Jaime Mejía Ossman

Derecho Disciplinario Sustancial

UNIVERSIDAD
La Gran Colombia

Derecho Disciplinario Sustancial

Conforme a:

Código General Disciplinario
(Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021);

Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 del 22 de enero de 2007);

Código de Ética y Disciplinario del Congresista (Ley 1828 del 23 de enero de 2017);

Código Disciplinario Militar (Ley 1862 del 4 de agosto de 2017);

Estatuto Disciplinario Policial (Ley 2196 del 18 de enero de 2022).

Incluye las referencias a las reemplazadas *Leyes 734 del 5 de febrero de 2002* (Código Disciplinario Único); *836 del 16 de julio de 2003* (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares) y *1015 del 7 de febrero de 2006* (Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares), las que por mandato de los principios de legalidad y de favorabilidad podrán ser aplicadas en casos muy especiales.

Función pública

Relaciones especiales de sujeción

La potestad disciplinaria

Principios rectores de la ley disciplinaria

La acción disciplinaria

Teoría de la falta disciplinaria (tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad)

Tercera edición

Esta edición fue amablemente cedida por su autor a la Universidad La Gran Colombia para su divulgación.

Derecho Disciplinario Sustancial / Jaime Mejía Ossman -- 3a edición -- Bogotá, Universidad La Gran Colombia, 2026.

906 páginas ; 16,5 x 23.5 cm

ISBN: 978-628-7626-77-5
E-ISBN: 978-628-7626-78-2

1. Derecho disciplinario - legislación 2. Debido proceso. 3. Función pública 4. Responsabilidad administrativa I. Universidad La Gran Colombia

344.0684 SCDD 15 ed.

CAJR BUGC

Derecho Disciplinario Sustancial
Tercera edición, noviembre 2026

ISBN: 978-628-7626-77-5
E-ISBN: 978-628-7626-78-2

© Jaime Mejía Ossman, autor
© Universidad La Gran Colombia

Editorial Universidad La Gran Colombia
Carrera 6 n.° 12b – 40, segundo piso
Bogotá, D. C., Colombia
PBX: 327 69 99, ext.: 1048, 1049, 1050
investigaciones.editorial@ugc.edu.co

Producción
Dirección de Investigación de la Universidad La Gran Colombia
Directora: Deixa Moreno Castro
Coordinación editorial: Héctor Alfonso Gómez
Corrección de estilo: Pablo Emilio Daza Velásquez
Diagramación y Diseño de cubierta: Nathalia López Ramírez - Ediciones Cra 7a.

Impresión
Ediciones Carrera 7a. SAS.
Calle 24 # 19ª–43
Teléfono: 3106665525
gerentecarrera7@hotmail.com

Impreso en Colombia • *Printed in Colombia*

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito del titular de los derechos patrimoniales. Universidad La Gran Colombia. I Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución n.º 47 del 25 de septiembre de 1953.

A todos los profesores y estudiantes de la Universidad La Gran Colombia de la sede Bogotá y de la seccional de Armenia, a quien les debo mi afecto sincero. A ellos, el Todopoderoso y Mamita María los conducirán a transitar por el camino de la fe y de la conservación de todos los valores cristianos y patrios que con constancia e insistencia les ha inculcado nuestra Alma Mater.

Además, es importante recordar que:

Respetando la dignidad inherente al ser humano, haremos de nuestra Patria un territorio de paz, armonía, valores, proyección y equidad. ¡Seamos siempre justos! y de la mano del profeta Isaías (32,17), digamos: "Opus iustitiae pax". "La obra de la justicia será la paz".

JAIME MEJÍA OSSMAN

Contenido

Sobre el autor ..... **XIII**

Prólogo ..... **XVII**

Presentación ..... **XIX**

Capítulo I. Función pública **17**

1. Concepto "jurisprudencial" de función pública 17
2. Concepto "legal" de función pública 19
3. Concepto "doctrinal" de función pública 19
4. Origen de la función pública 23
5. Función pública y funciones públicas 24
6. Naturaleza jurídica de la función pública 25
7. Fundamento axiológico que dirige la función pública 26
8. Desarrollo de los principios que dirigen la función pública 28
9. Garantía de la función pública 38
10. Finalidades de la función pública 38
11. Función pública y función administrativa 39
12. Función pública y servicio público 41
13. Servicio público y función administrativa 82
14. La utilidad del concepto de la función pública en la ley disciplinaria 83

Capítulo II. Relaciones especiales de sujeción **99**

1. Relaciones especiales de sujeción y flexibilización de principios constitucionales en el derecho disciplinario 99
2. Relaciones especiales de sujeción y la jurisprudencia colombiana con relación a la flexibilidad de los principios constitucionales en el derecho disciplinario 103
3. Las relaciones especiales de sujeción analizadas por la doctrina internacional 111
4. Las relaciones especiales de sujeción analizadas por la doctrina nacional ... 116
5. Las relaciones especiales de sujeción desde la óptica de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana 122
6. Conclusiones y reflexiones académicas de las relaciones especiales de sujeción en la aplicación del régimen disciplinario 140

Capítulo III. La potestad disciplinaria 147

1. Generalidades 147
2. Potestad disciplinaria del Estado 149
3. Potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación 152
4. Potestad disciplinaria. Naturaleza 156
5. Potestad disciplinaria. Características 156
6. Potestad disciplinaria y potestad discrecional. Independencia 157
7. Potestad disciplinaria y coercibilidad 157
8. Potestad Disciplinaria. Autoridades que la ejercen 158
9. Potestad Disciplinaria. Elementos 159
10. Potestad de mando. Enunciado y alcance 160
11. ¿Potestad Disciplinaria y norma objetiva de valoración o norma subjetiva de determinación? 161
12. Potestad disciplinaria. Concepto general 169
13. Potestad disciplinaria. Concepto jurisprudencial 169
14. Potestad disciplinaria. Concepto legislativo 179
15. Potestad disciplinaria. Concepto doctrinal 179
16. Potestad disciplinaria y funciones jurisdiccionales 185

Capítulo IV. Principios rectores de la ley disciplinaria 187

1. Principios rectores. ¿Su aplicación flexible y menos rigurosa? 187
2. Principios rectores. Interpretación y aplicación 195
3. Legalidad 223

Capítulo V. La acción disciplinaria 417

1. Concepto jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional 417
2. Naturaleza 423
3. Titularidad 430
4. Características 431
5. Indesistibilidad 432
6. Finalidad 435
7. Apertura de la acción disciplinaria 435
8. Caducidad, extinción y prescripción 436
9. Destinatarios 444
10. Ejercicio y autoridades disciplinarias 468
11. Poder disciplinario preferente 492
12. Maneras de iniciarse, improcedencia y responsabilidad patrimonial con relación a la acción disciplinaria 523

13. Obligatoriedad 527
14. Independencia 528
15. Doctrina acerca de las diferencias y semejanzas entre la acción disciplinaria y la acción penal 540
16. Acción disciplinaria y existencia de falta disciplinaria 542
17. Acción disciplinaria en la comisión de una o varias faltas conexas "cometidas por funcionarios de distintas entidades" 542
18. Acción disciplinaria y causales de impedimento y recusación en quienes la ejerzan 542
Capítulo VI. Teoría de la falta disciplinaria 545
1. La tipicidad en materia disciplinaria 545
2. La Ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea en la ley disciplinaria 608
3. La culpabilidad en materia disciplinaria 717
Índice temático 851

Sobre el autor

Jaime Mejía Ossman

Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia de las ciudades de Armenia y Bogotá; Especialista en Derecho Disciplinario de la Universidad Cooperativa de Colombia; Especializado en Derecho Penal de la Universidad Externado de Colombia y Especializado en Derecho Probatorio de la Universidad La Gran Colombia. Magíster en Derecho Público Militar de la Universidad Militar Nueva Granada, estudios de doctorado en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Miembro Honorario del Colegio de Expertos en Derecho Disciplinario, creador, exdirector y profesor de la Especialización en Derecho Sancionatorio de la Universidad Militar Nueva Granada (única en Hispanoamérica); se desempeñó como docente de la Escuela Superior de Guerra, de la Escuela de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ejército Nacional y de la Escuela de Cadetes "General José María Córdoba"; autor de más de 40 obras en Derecho Disciplinario del Servidor Público y de las Fuerzas Militares de Colombia; ex presidente del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario, Conjuez del Tribunal Superior de Bogotá (Sala Penal) desde 1998 hasta 2008, Conjuez del Consejo Superior de la Judicatura (Sala Disciplinaria) en 2009; exveedor Ético Nacional del Partido Conservador Colombiano, ex procurador Delegado para la Contratación Estatal, exprocurador Delegado para la Policía Nacional, exprocurador Delegado y Presidente de la Sala Disciplinaria y Procurador Delegado ante la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; exprocurador Delegado encargado para las Fuerzas Militares, para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, así como Procurador Auxiliar de la Procuraduría General de la Nación; docente del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación, y de la Universidades La Gran Colombia de Bogotá-Armenia, Libre y Militar Nueva Granada; formó parte de la Comisión Redactora del Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019); fue distinguido el 19 de noviembre de 2013 con la medalla "Excelencia al Mérito Académico" como el mejor formador interno del Ministerio Público y como "Colegiado Honorario" del Colegio Colombiano de Abogados Disciplinaristas. Senador de la Cámara Junior de Colombia, servidor público emérito, conferencista en derecho sancionatorio, abogado litigante. Prestó sus servicios como Consiliario y fue nombrado Plenario de la Universidad La Gran Colombia, en cuya Alma Máter impulsó la creación de la primera Maestría en Hispanoamérica en Derecho Sancionatorio y Disciplinario. Fue decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales de la sede Bogotá entre 2024 y 2026.

Igualmente Jaime Mejía Ossman ha ocupado distintos cargos en el sector público y privado, entre los que se destacan Asesor del Ministro de Hacienda y Crédito Público, del Director de Impuestos y Aduanas Nacionales, del Viceministro de Justicia, del Secretario para la Seguridad del Presidente de la República; fue Director de Seguridad Aeroportuaria de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil; primer Director de la Especialización en Casación Penal de la Universidad La Gran Colombia; Director del Área Penal y Catedrático de la Universidad La Gran Colombia; Conferencista y profesor de la Escuela Superior de Guerra, de la Escuela de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario del Ejército Nacional de Colombia, así como en la mayoría de las Universidades Colombianas y Entidades Públicas y privadas.

En la actualidad se desempeña como profesor de las Universidades Gran Colombia de Bogotá y Armenia (especializaciones y Maestría); formador del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación y docente de la Maestría

en Derecho Disciplinario de la Universidad Libre de Colombia. De su vida académica y oficial quedan varias distinciones y condecoraciones anteriores a 2013, así:

Medalla "Marco Fidel Suárez" de la Fuerza Aérea Colombiana (1997); Medallas Virtud Académica (1997), Excelencia Académica (2002) y Pergamino del Intelecto (2003), impuestas por la Asociación de Abogados Gran Colombianos. Condecoración Orden del Mérito Militar Antonio Nariño de las Fuerzas Militares de Colombia en el grado de Comendador (2003) Presidente de la República; Medalla Servicios Distinguidos a la Justicia Penal Militar (2003); Cruz de la Fuerza Aérea Colombiana al Mérito Aeronáutico en el grado Comendador (2006) Presidente de la República; Moneda de la Escuela Superior de Guerra (2007); Escudo de la Universidad La Gran Colombia de Bogotá (2012); Medalla "Orden de los Fundadores". Alcaldía municipal de Córdoba (Q); Cruz Laureada de los Servicios Distinguidos. Gobernador del Quindío (2012); Fe en la Causa (Fuerza Aérea Colombiana -2012); Distintivo y Medalla de la Jefatura Jurídica y Derechos Humanos de la Fuerza Aérea Colombiana (2013 y 2014).

Además, el día 19 de noviembre del año 2013, fue condecorado con la distinción "Mérito a la Excelencia Académica" como el mejor formador interno del Ministerio Público.

El día 6 de junio de 2014, fue invitado al I Congreso de Derecho Económico Internacional y de los Negocios Internacionales como ponente en "Contratación Internacional y Derecho Disciplinario" en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (España).

Mediante Resolución del 20 de abril de 2014, expedida por el señor Procurador General de la Nación, formó parte de la Comisión Redactora del Código General Disciplinario, en su condición de Presidente del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario.

Recibió al mérito académico el Escudo "Escuela Militar de Cadetes José María Córdoba (2014); Condecoración "Servicios Distinguidos" de la Inspección General de la Policía Nacional (2014); el Escudo de la Policía Nacional (2014); la Condecoración al Mérito Educativo (Alcaldía Municipal de Calarcá, Quindío–2016); la Exaltación por servicios destacados al Ministerio Público (Procuraduría General de la Nación -2016).

En el mes de diciembre de 2016 obtuvo el grado de Coronel de los profesionales Oficiales de la Reserva de la Fuerza Aérea Colombiana.

Así mismo en el año de 2017 recibió la Distinción por Compromiso, Dedicación y Apoyo al Cumplimiento de los Objetivos y Metas del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación.

Se desempeñó en los años 2017 y 2018 como Procurador Delegado, Presidente de la Sala Disciplinaria (enero 18 de 2017 y febrero de 2018) y Presidente del Comité de Seguimiento Misional Disciplinario de la Procuraduría General de la Nación (marzo 5 de 2018).

En el año (2018) fue exaltado como Senador Junior de la Cámara Junior de Colombia (JCI).

Recibió la Condecoración Emblema Amor a Armenia – TEDEUM (12 de octubre de 2019); Condecoración de la Policía Fiscal y Aduanera (2020); la Condecoración el "Bo-

tón del Municipio de Córdoba (Quindío) y exaltación como hijo ilustre de Córdoba, departamento del Quindío)" – TEDEUM (noviembre 1 de 2021).

El día 18 de mayo de 2021 fue distinguido como "Colegiado Honorario" del Colegio Colombiano de Abogados Disciplinaristas.

El día 26 de julio de 2021 la Universidad La Gran Colombia le otorgó la Medalla a los 50 años de la Seccional Armenia.

El último cargo que desempeñó Jaime Mejía Ossman en la Procuraduría General de la Nación fue: Procurador Delegado ante la Corte Suprema de Justicia–Sala de Casación Penal (febrero 9 de 2021).

Prestó sus servicios como Consiliario en representación de los egresados de la Universidad La Gran Colombia y posteriormente fue nombrado Plenario de la misma.

En la actualidad fue reconocido por el Estado colombiano como Servidor Público Emérito; ejerce la profesión de abogado; se dedica a la academia y a la redacción de textos jurídicos y acompañó a la Universidad La Gran Colombia de Bogotá como Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas y Sociales.

Prólogo

Jaime Mejía Ossman, con esta tercera edición de su obra *Derecho Disciplinario Sustancial*, que muy gentilmente obsequia a la Universidad que presido, quiere seguir brindando a los estudiosos del tema las reflexiones académicas que le ha generado su dedicación y afecto por esta compleja disciplina, con la esperanza que quienes conservamos especial interés sobre esta, cada día la construyamos con más claridad y respeto por el Estado social y democrático de derecho y por los principios constitucionales y legales en que está inspirada.

Así mismo, el autor de este importante recurso, con la utilización de la Constitución Política y la ayuda de las disposiciones legales y reglamentarias; con la jurisprudencia de las Altas Cortes y con la doctrina nacional y extranjera, le permite a quien consulta sus temáticas, la solución de muchos interrogantes que le dificultan la aplicación e interpretación de las actuales teorías disciplinarias que han orientado las diferentes codificaciones. Pienso que con la ayuda de esta gran herramienta es probable pensar que ya se acerca el día en que el derecho disciplinario sea conducido con sumo respeto por la dignidad humana que debe ser acatada en nuestro Estado constitucional, social y democrático de derecho, en el cual siempre el debido proceso sea aplicado de la misma manera como lo hace el derecho penal y las demás disciplinas sancionatorias.

Por esto, el texto del doctor Mejía Ossman, como él mismo lo sostiene y como otros lo hemos concebido, no es un documento de lectura sino una valiosa herramienta de consulta, en el que se estudian y profundizan los conceptos de función pública, relaciones especiales de sujeción, potestad disciplinaria, acción disciplinaria, principios rectores, tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad, de cuyas temáticas exhorta a evitar la aplicación de teorías que contrarían nuestra Constitución Política de 1991, es decir propende en aislar las teorías que autorizan la matización o aplicación con menor rigurosidad de los principios constitucionales sin que la misma Ley Superior lo autoricen, lo cual lo soporta en la Ley, el precedente judicial, las *ratio motivandi* de las Altas Cortes y en algunos libros que contienen la doctrina nacional o internacional especializada en materia disciplinaria y/o sancionatoria.

De la misma manera, en el Derecho Disciplinario Sustancial, el autor deja escrita con mucha claridad su interpretación en los temas aquí concebidos, así como muestra el pensamiento de nuestra Corte Constitucional y de las Altas Cortes; el de la Procuraduría General de la Nación en las consultas realizadas a la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios y la posición de los más destacados juristas nacionales y extranjeros, lo que permite que quienes estudien los temas que allí se desarrollan adquieran unos recursos prácticos para edificar su criterio profesional y puedan así contribuir a la construcción de un derecho disciplinario que no se extravíe del Estado constitucional, social y democrático de derecho, de su Constitución Política y del actual artículo 3.º de la *Ley 1437 del 18 de enero de 2011* (CPACA).

Por consiguiente, esta tercera edición, del ***Derecho Disciplinario Sustancial*** es una invitación a todos los estudiosos, inquietos o especialistas en este tema, para que acrecienten, perfeccionen o enriquezcan, en sus diferentes temáticas que se desarrollan esta importantísima disciplina del derecho punitivo del Estado, con el apoyo de la *Constitución Política* para la aplicación e interpretación de las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021*(C*ódigo General Disciplinario*); *1123 del 22 de enero de 2007* (Código Disciplinario del Abogado); *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*

(Código de Ética y Disciplinario del Congresista); *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar) y *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* (Estatuto Disciplinario Policial)[1], con la seguridad de que sólo con una *verdadera justicia disciplinaria*, realizada con apego al *reconocimiento de la dignidad humana* y de las demás *garantías constitucionales y legales* de quienes intervengan en la actuación disciplinaria, se protejan los principios, fines y funciones del Estado.

Marco Tulio Calderón Peñaloza

Rector de la Universidad La Gran Colombia

1 El autor recuerda el contenido de las reemplazadas Leyes 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único); 836 del 16 de julio de 2003 (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares) y 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares), para que en observancia de los principios de legalidad y de favorabilidad puedan ser aplicadas en casos muy especiales.

Presentación

En mi condición de egresada Grancolombiana, mi padre Jaime Mejía Ossman quiso que escribiera la presentación de esta Tercera Edición de su obra *Derecho disciplinario Sustancial*. Una vez estudiada, como lo hice en pasadas ediciones, sigo comprendiendo, definitivamente, que esta subespecialidad del derecho administrativo no puede estar alejada del derecho sancionatorio o punitivo del Estado, ni mucho menos, no puede ignorar la protección de las garantías y derechos fundamentales de los destinatarios de la Ley Disciplinaria y de quienes intervienen en la Actuación Disciplinaria. Por esto, hoy por hoy, sigo convencida que si nuestros legisladores no le dan vida a los ingredientes normativos propios del derecho disciplinario, irremediablemente su interpretación y aplicación quedará en manos de quienes quieran darle el alcance y significado de acuerdo a las teorías que sean de su agrado, sin que para nada valga la remisión a otros campos del derecho sancionatorio.

Por esto he vuelto a leer con especial atención las **teorías de las relaciones especiales de sujeción**, la de los ***numerus apertus***, la de la **ilicitud sustancial** y la de la **culpa por asunción**, amén de una gran cantidad de temas que desarrollan la **función pública**, la **potestad disciplinaria**, los **principios rectores**, la **acción** y la **falta disciplinaria**, en cuyo engranaje, las **teorías referidas** conducen a la aplicación de las "ocho emes" que mi padre les atribuye, toda vez que ellas, sin ninguna explicación pretenden **morigerar**, **mermar**, **matizar**, **modular**, **minimizar**, aplicar con **menor rigurosidad**, con **menor intensidad** y con **menor grado**, los **principios del derecho penal al derecho disciplinario**, flexibilizaciones que tal como él y otros doctrinantes lo advierten, en mi sentir también resultan contrarias al *artículo 29 de la Constitución Política* que exige la aplicación del **debido proceso** a "toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", lo que, sin duda, contradice el alcance de las referidas teorías, pues todas ellas se alejan, además de la *Carta Superior*, de la nueva concepción del legislador al consagrar en el *artículo 3.º* de la *Ley 1437 del 18 de enero de 2011* (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) que "**todas las autoridades deberán interpretar** las disposiciones que regulan las **actuaciones y procedimientos administrativos** a la luz de los **principios** consagrados en la **Constitución Política**…"; que "**las actuaciones administrativas se desarrollarán**, especialmente, **con arreglo a los principios** del **debido proceso**…" y que "en virtud del principio del **debido proceso**… en **materia administrativa sancionatoria**, se observará adicionalmente los **principios de legalidad de las faltas** y de las sanciones…", mandato que impide la aplicación de las "ocho emes" en las relaciones especiales de sujeción. Respecto de la **teoría de los** "numerus apertus" no convengo que se autorice tanta libertad de interpretación en el derecho disciplinario, ya que dentro del **debido proceso** se encuentra el **principio de legalidad** y él, en todas las materias punitivas o sancionatorias, debe corresponder a **la preexistencia de la ley** al momento de la realización de la conducta y no como lo autoriza la susodicha **teoría** a que es el "fallador" el que **convierte una conducta dolosa descrita por el legislador en** "**culposa**" ***motu proprio y expost*** y donde, por **falta de capacitación**, las autoridades disciplinarias **convierten en culposas** disposiciones que contienen **ingredientes subjetivos**, las cuales ***per se*** siempre serán **únicamente dolosas**.

Qué buen escenario, el de la academia, para poder repensar la creatividad de la jurisprudencia y de algunos doctrinantes y poder ofrecer a los jueces disciplinarios, a los litigantes y a quienes gocen de estos temas unas respuestas de Estado constitucional, social y democrático de derecho, ante la multitud de preguntas que se suscitan al repasar línea a línea este texto de consulta que, estoy segura, provocará una investigación

más cercana a la protección y respaldo de los derechos de los destinatarios de la ley disciplinaria.

No puedo pasar por alto volver a decir que esta obra ha sido producto de la experiencia de mi padre desde la existencia del Decreto 2400 del 18 de septiembre de 1968, su reglamentario el Decreto 1950 del 24 de septiembre de 1973, la Ley 13 del 9 de marzo de 1984 y su Decreto reglamentario 482 del 19 de febrero 1 de 1985, hasta el día de hoy con la vigencia del Código General Disciplinario, lo que lo convierte en un verdadero "**cultor**" del derecho disciplinario como lo llamara el doctor ***Óscar Villegas Garzón*** cuando le entregó el diploma que lo acreditaba como **Miembro Honorario del Colegio de Expertos en Derecho Disciplinario** el 20 de mayo de 2003.

Karolina Mejía Acosta

"¡Dichosos los que guardan el derecho,
los que practican en todo tiempo la justicia!".

Salmo 106 (105)

"Cada uno de nosotros es el fruto
de un pensamiento de Dios".

Benedicto XVI

Capítulo I

Función pública

Podría decirse que *función pública* es toda actividad tendiente a la satisfacción del interés general a través del Estado, quien, para el cumplimiento de sus principios y finalidades, se organiza constitucional y legamente a través de personas, las que en su nombre tienen la obligación de imponer unas condiciones administrativas que le permiten funcionar social y patrimonialmente. Es, en síntesis, toda actividad propia del Estado (incluyendo sus ramas y órganos), encaminada al cumplimiento de sus principios, fines y funciones o, también, las relaciones laborales de los servidores públicos[1].

1. Concepto "jurisprudencial" de función pública

El *Consejo de Estado*, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia de Germán Rodríguez Villamizar, el *5 de agosto de 1999* (Acción de Cumplimiento – Radicación: *ACU-798*. Actor: *Sindicato de Trabajadores de la Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá*), en sus *"consideraciones" definió* la *función pública*, de la siguiente manera:

> 1.1. El concepto de función pública.
>
> Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el término *'función'* significa 'capacidad de acción o acción propia de los seres vivos y de sus órganos y de las máquinas o instrumentos; capacidad de

1 Antes de la Constitución Política de 1991, el concepto de función pública básicamente estaba referido a la regulación de los servidores públicos que prestaban sus servicios "al gobierno en sus seccionamientos nacional, departamental y municipal, así como a los establecimientos públicos". Ver: Vidal Perdomo, Jaime. Derecho Administrativo. 7ª ed. Actualizada. Editorial Talleres Gráficos Banco Popular. Bogotá, 1980, pág. 418.

Igualmente, en la obra de Miguel González Rodríguez, *La función pública en Colombia*, publicada por Ediciones Rosaristas del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, que data del año de 1980, en la página 7 se constata:

"En el libro que hoy someto a la consideración de los profesionales del derecho, se busca dar una noción aproximada de lo que se denomina la 'función pública'; señalar que ella es ejercida por funcionarios o empleados públicos y trabajadores oficiales; indicar cuáles son los criterios que se han seguido para distinguir uno servidores públicos de los otros y, exponer, cuál es en definitiva, el criterio por el cual se ha inclinado nuestra legislación, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia en este aspecto; se observa, por otra parte, quiénes no son ni empleados públicos ni trabajadores oficiales, no obstante que desempeñan funciones públicas o colaboran en determinado momento en la satisfacción de necesidades públicas; cuál es la situación de los servidores de las entidades territoriales; y, cuál es el régimen jurídico de empleados públicos, trabajadores oficiales y de quienes no son lo uno ni lo otro no obstante lo ya anotado".

Así mismo el término *función pública*, después de la Constitución Política de 1886, en nuestro país y en España, en algunos estudios se encuentra relacionado con la carrera administrativa, en donde la función pública se entiende como el conjunto de "relaciones laborales entre el Estado y sus servidores". Ver: Rodríguez Rodríguez, Libardo. *Derecho Administrativo, general y colombiano*. 15ª ed. Actualizada. Editorial Temis. Bogotá, 2007, pág. 219; Manzana Languarda, Rafael. *Derechos y deberes del funcionario público*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2006, págs. 39 y s.s. y Martínez Cárdenas, Edgar Enrique. *Jurisprudencia Constitucional sobre función pública y carrera administrativa en Colombia. Revista de Derecho* N.º 30, Barranquilla 2008 ISSN: 0121-8697, págs. 299 y s.s.

acción o acción propia de los cargos y oficios'[2]; por su parte, el vocablo *'público'* se define como 'aplicación a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado'[3] de allí que, en atención al origen etimológico de la locución, el profesor Manuel María Díez, anota que la palabra *función* se empleó inicialmente en las ciencias físico naturales, pero que luego fue transferida al campo de las disciplinas jurídico-sociales, pasando igualmente al campo del derecho público en donde sufrió las consecuencias propias de esa transposición, por manera que, la concepción de función pública depende de la idea que cada uno se haga del Estado[4].

"El manejo que generalmente se hace de la función pública se ha reducido exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, para significar la relación que une al servidor público con la administración, y en tal sentido entonces se entiende, con carácter totalmente restringido como, el conjunto de regímenes de administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al Estado, cuando es lo cierto que, el concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor.

"En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, *'es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa'*[5]**;** por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público[6] comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación de aquél, como sería el caso, por ejemplo, de los particulares transitoriamente investidos de la función de administrar justicia como conciliadores o árbitros (artículo 116 Constitución Política); o los particulares que bajo las condiciones del artículo 269 constitucional, sean encargados de ejercer el control interno de las entidades públicas; o la función notarial que desempeñan los particulares (artículo 1º Decreto 960 de 1970); o las funciones de registro mercantil (artículos 26 y 27 del Código de Comercio) y registro de proponentes (artículo 22 Ley 80 de 1993) confiados a las cámaras de comercio, etc.

"Es ese el sentido y alcance que la Constitución Política le confiere al concepto de función pública en los artículos 122 y 123, al caracterizarla como el ejercicio de competencias, es decir, de atribuciones legal o reglamentariamente asignadas a los órganos y servidores del Estado, señalando al propio tiempo que *'la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente*

2 Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, Editorial Espasa Calpe, Tomo I, Madrid, 1992, pág. 1004.

3 Ibídem, Tomo II, pág. 1687.

4 Función: Deriva de la voz latina funtio, perteneciente a la misma raíz del verbo fungor-fungi, que quiere decir cumplir, ejecutar, desempeñar. Díez, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo III, Editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967, pág. 328.

5 Díez, Manuel María. Op. cit. pág. 330.

6 Entendido el servicio público como aquella actividad organizada dirigida a satisfacer necesidades de interés general en forma regular y continua por parte del Estado en forma directa, o por particulares expresamente autorizados para ello, con sujeción a un régimen jurídico especial.

desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio'. Y así entonces, se define expresamente como función pública, entre otras, la administración de justicia (artículo 228), el control fiscal (artículo 228 -sic[7]), etc., e igualmente quedan comprendidas en ese concepto otras actividades estatales, como la legislativa, la ejecutiva, la electoral, etc., en cuanto consisten en el ejercicio de competencias atribuidas a los órganos del Estado".

2. Concepto "legal" de función pública

El inciso 3º del artículo 70 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, en adelante *Código General Disciplinario*, señala:

> "(...)
>
> 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.
>
> (...)".
>
> En el pasado, y antes de la reforma del *Código Disciplinario Único*, el artículo 44 de la *Ley 1474 del 12 de julio de 2011*, que modificó al artículo 53 de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, en su inciso 2º anotaba:
>
> "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.
>
> (...)".

3. Concepto "doctrinal" de función pública

Jesús Alejandro Garzón Rincón, cuando se desempeñaba como asesor del Despacho del señor Procurador General de la Nación, en sus escritos y conferencias[8] entendía por *función pública*:

> "Toda expresión de la autoridad soberana del Estado tendiente a la realización de sus fines, ya sea a través de sus agentes naturales (los servidores públicos) o de los particulares que por autorización legal se conviertan en agentes excepcionales del Estado de manera permanente o transitoria.

7 Léase artículo 267 de la Constitución Política.

8 Dictados en la Especialización de Derecho Sancionatorio de la Universidad Militar Nueva Granada.

"El anterior concepto demanda aclarar: a. No todo agente natural del Estado ejerce función pública, pues en la categoría servidor público se incluyen tanto los *funcionarios o empleados públicos* como los *trabajadores oficiales*; estos últimos regularmente ejercen funciones administrativas de apoyo que no entrañan o expresan el ejercicio de la autoridad soberana del Estado. b. Los agentes excepcionales del Estado, bien pueden ser transitorios o permanentes y también respecto de ellos se puede decir que son las actividades o funciones que desarrollan las que determinan si ejercen o no funciones públicas, es decir si ejercen meras funciones administrativas o si también ejercen funciones que expresen la aludida autoridad soberana del Estado, aspecto por el cual se tornan en sujetos pasibles de la acción disciplinaria del mismo. Lo anterior se desprende de la *Ley 1474 del 12 de julio de 2011*, que en esencia recogió en el artículo 44 *(hoy inciso 3º del artículo 70 del Código General Disciplinario),* que modificó al artículo 53 de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, el criterio plasmado por la *Corte Constitucional* en la *Sentencia C-037 de 2003*. Dicha norma hace girar el concepto de función pública en torno a la expresión de autoridad soberana del Estado, lo que permite suponer que en aquellos casos en los que el agente excepcional no realice actividades de la misma naturaleza de las que en la norma se enuncian, no podrá predicarse de él la vocación disciplinaria.

"El tema tratado guarda una estrecha relación con las denominadas relaciones especiales de sujeción, en cuyo ámbito opera restrictivamente el derecho disciplinario. Puesto en otros términos, la potestad sancionadora del Estado, se manifiesta a través de varias expresiones que corresponden a ámbitos y destinatarios diferenciables: i) el derecho penal, que se aplica *erga omnes* a toda persona en el ámbito de las relaciones generales de sujeción y que busca tutelar de manera preferencial los bienes jurídicos de la comunidad y del propio Estado; ii) el derecho contravencional, que se distingue del anterior por los niveles de aflicción que se derivan de la conducta objeto de sanción, pero que es igualmente derecho sancionador en el ámbito de las relaciones generales de sujeción; iii) el denominado derecho penal administrativo que tiene destinatarios especiales y que opera esencialmente en el ámbito de la prestación de los servicios públicos ya estén a cargo del Estado o de un particular, como sucede cuando la Superintendencia de Salud sanciona a una IPS o cuando la Superintendencia Financiera sanciona a un Banco; iv) el *impeachment* o acción pública de indignidad que se consagra en el artículo 174 de la Constitución Política respecto de los denominados funcionarios aforados del Estado, y v) finalmente el derecho disciplinario que tiene en común con todos los anteriores que es un derecho aflictivo, pero que se procura velar por la buena marcha de la administración a través de la conducta oficial de los agentes del Estado ya de los naturales o de los excepcionales. Cuando la acción disciplinaria recae sobre los agentes naturales del Estado, es decir sobre los servidores públicos, examinará la conducta tanto de quienes desempeñan funciones públicas o meramente administrativas, pero cuando recae en los agentes excepcionales del Estado, únicamente examina las actividades que entrañan función pública. Lo dicho se reafirma al examinar el inciso cuarto del artículo 53 de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* en la nueva redacción tras la reforma de la *Ley 1474* que dispone que no serán disciplinables quienes presten servicios públicos, salvo que al hacerlo desempeñen funciones públicas (*hoy inciso 3º del artículo 70 del Código General Disciplinario*).

> "Al examinar los preceptos de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, que se ocupan de los destinatarios del régimen disciplinario, se advierte entonces que el legislador incurrió en tautologías jurídicas al disponer, innecesariamente, que los interventores particulares y quienes administran recursos del Estado también son destinatarios, toda vez que la naturaleza de las funciones, a ellos confiadas, son públicas en esencia[9].
>
> "Todo lo dicho permite entonces establecer que el ejercicio de las potestades sancionadoras del Estado, en sus diferentes manifestaciones, tiene características, destinatarios, intereses y ámbitos de aplicación diferentes, que imprimen identidad a cada sistema punitivo. El derecho disciplinario tutela la buena marcha de la administración en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción y dependiendo de sus destinatarios se interesará por la función pública y por la función administrativa respecto de los agentes naturales del Estado y cuando se trate de los agentes excepcionales sólo se ocupará de aquellos que desempeñen función pública, lo que conduciría a reconocer que el concepto de relaciones especiales de sujeción, no solo depende de la posición de señorío que ostenta el Estado respecto de sus agentes, sino de la relación funcional de éstos para con aquel".

Pedro Alfonso Hernández Martínez, excomisionado Nacional del Servicio Civil y profesor de la cátedra de *función pública* en postgrados de derecho de la Universidad Externado de Colombia en su artículo *"Acepciones Constitucionales de la expresión Función Pública"*, publicado en el volumen 4 de la obra colectiva *Lecciones de Derecho Disciplinario*[10], precisó:

> "(...)
>
> Se entiende por funciones públicas aquellas actividades o potestades de interés general cuya titularidad corresponde al Estado, como expresión de la soberanía y que están directamente relacionadas con el cumplimiento de sus fines esenciales como sistema de organización política y democrática.
>
> (...)".
>
> "(...)
>
> La Constitución Política emplea la expresión *Función Pública* con dos significados diferentes. Uno de ellos para aludir a las actividades cuya titularidad corresponde con carácter exclusivo al Estado... El segundo significado es para referirse al conjunto de las relaciones laborales entre el Estado y los servidores públicos.
>
> (...)".

9 Hoy en el inciso 1º del artículo 70 del Código General Disciplinario su redacción es mucho más técnica y advierte: "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 justicia".

10 Obra de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Diagramada e reimpresa por la Imprenta Nacional. Bogotá D.C., agosto de 2009, págs. 27 y 28.

De la misma manera, Pedro Alfonso Hernández Martínez, citando a José Luis Moreno Pérez y José Vida Soria[11], quienes en su obra *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*. Colección Estudios. Ministerio de las Administraciones Públicas (MAP). Madrid, 1991, págs. 23-24, con relación al concepto en derecho comparado de *función pública*, señalaron:

> "Desde el punto de vista técnico-jurídico, como ha realizado Garrido Falla, las nociones de función pública y de servicio público se sitúan en planos distintos, ya que 'la función pública debe reservarse en principio para designar los modos primarios de manifestación de soberanía del Estado (de donde la enumeración primaria que cabe hacer de las funciones del Estado: legislativa, administrativa y jurisdiccional, con la adición, si acaso, de la función política o de gobierno), mientras que el servicio es el desarrollo de una actividad técnica ('se corresponde con la 'utilidad' proporcionada a los particulares') respecto de la que una Administración Pública asume una específica competencia'. Para la más autorizada doctrina la función pública se vincula a la soberanía estatal al comportar como regla el ejercicio efectivo de potestades públicas. Es precisamente por ello por lo que su titularidad es indelegable del Estado. Por su parte, las otras actividades integrativas de la noción de servicio público son de carácter técnico, comercial o industrial".

César Augusto Murcia Suárez, en su trabajo de investigación para optar al título de Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda, titulado "Cuál es la realidad y la importancia de las teorías doctrinales y jurisprudenciales sobre el régimen disciplinario de los particulares en el marco del artículo 53 de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* (Código Disciplinario Único), modificado por el artículo 44 de la *Ley 1474 del 12 de julio de 2011*" *(hoy artículo 70 del Código General Disciplinario)*, páginas 5 y 6, señaló:

> "(...)
>
> Uno de los aspectos más importantes en esta investigación es precisar que las actividades que son propias del Estado tienen la compleja denominación de Función Pública que palabras más palabras menos, implica la verdadera exteriorización de los poderes de éste, teniendo oportunidad de materializar su poder de coerción, expedir decisiones de manera unilateral, entre otros, siendo característica importante el que por regla general son actividades muy ligadas y muy propias del aparato estatal, es decir son de hondo y profundo calado para el oportuno y debido desarrollo de la administración, las cuales deberán estar perfectamente definidas legal o constitucionalmente.
>
> (...)".

Javier Henao Hidrón, citado por Hernán Alejandro Olano García, en la séptima edición de su obra *Constitución Política de Colombia* (Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D. C., 2006, pág. 442) ve a la *función pública* como un empleo definido como el conjunto de funciones establecidas en la Constitución, en la ley o el reglamento, las cuales deben

11 Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen 4 (Obra Colectiva) de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Diagramada e reimpresa por la Imprenta Nacional. Bogotá D.C., agosto de 2009, pág. 29.

ser desempeñadas por una persona natural para atender necesidades permanentes de la administración.

José Fernando Reyes Cuartas, en su texto *Dos Estudios de Derecho Sancionador Estatal de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público* (Colección Derecho Disciplinario N.º 3, Bogotá D. C., 2003, pág. 31) dice que "*La función pública* como tal remite a la idea del cumplimiento de los fines del Estado (art. 2º C.P.) y los medios e instrumentos cómo ello se lleva a cabo. En efecto, se trata entonces de esclarecer las reglas que gobiernan la conducta de quien tiene por misión —*funcionario público*— hacer patentes las relaciones del Estado con sus ciudadanos. Pero al lado de ello, existen servicios públicos[12] que pueden ser cumplidos por particulares o incluso tareas propias del Estado que cumplen personas no funcionarias públicas; tales son los jueces de paz, los árbitros y conciliadores, los jurados en causas criminales, las autoridades indígenas, los colegios profesionales, etc. No se olviden además ciertos entes de naturaleza pública que desarrollan actividades bajo las reglas del derecho privado, por razones de su objeto social y la necesidad de hacerlas competitivas".

4. Origen de la función pública

El término *función pública* tiene su génesis en el derecho público francés, en donde "no se requiere diferenciar el uso de la expresión en referencia, tal como sucede en el derecho público colombiano, porque los significados que aquí tiene allá cuentan con diferente denominación. La primera versión, expuesta en el numeral 1 de este documento[13], corresponde a la expresión en francés *'puissance publique'* (potestad pública/poder público) mientras que la segunda, descrita en el acápite 2[14], corresponde a los vocablos *'la fonction publique'* (función pública) en ese sistema jurídico. Por consiguiente, cuando en derecho francés se dice *'fonction publique'*, ella tiene una sola acepción: las relaciones laborales entre la Administración y sus funcionarios[15]. En cambio, cuando se hace referencia a las funciones públicas, a los poderes públicos, se alude a *'la puissance publique'*[16].

12 Que tales conceptos se relacionan sin identificarse, lo sostiene la Corte Constitucional en su fallo C-037/03, cuando puntualiza: "El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado".

13 "Actividad cuya titularidad corresponde al Estado".

14 "Relaciones laborales en el sector público".

15 "FONCTION. 1º Exercise d'un emploi, d'une charge (...) FONCTIONNAIRE. (fonctionnaire public; de fonction) Personne qui remplit une fonction publique; persone qui occupe, en qualité de titualire, un emploi permanent dans les cadres d'une administration publique (...)". Le Petit Robert, Dictionnaire de la Langue Française 1. Paris, 1991, p, 801.

16 La conception traditionnelle ou la puissance publique souveraine. La notion de puissance publique est, au tournant du XXe siècle, le critère décisif qui identifie le pouvoir de l'administration en lui imposant des obligations et en l'autorisant à recourir à la forcé matérielle pour les faire exécuter.

"La théorie de la souveraineté. La puissance reflète le pouvoir de coercition et le droit de commander, indissolublement liés à l'Étad qui réalise seul l'unité, la synthèse de l'intérêt general et des passions individuelles. Cette analyse se retrouve chez Carré de Malberg au centre de sa théorie de la souveraineté: par-delà l'individu, se profile un personne morale abstraite, puissance majestuese et régalienne, c'est-á-dire l'État.

"Dès lors que la puissance imprègne tous ses actes, l'État ne peut être *traité comme un particulier. C'est la nature même de ses moyens d'action qui justifie la création d'un droit administratif particulier. Cette conceptualisation est confirmée par la jurisprudence de l'arrêt Blanco (1873). Lorsque l'administration*

Ahora bien, la procedencia de distintas expresiones en derecho francés o en otro cualquiera para tales ámbitos, es decir *potestades o poderes públicos*, de una parte, *y función pública*, de la otra, no puede asumirse como una indefinición o una imprecisión del derecho público colombiano por cuanto las instituciones públicas de todo Estado son el resultado de su propia evolución, de su propia historia. Si bien el derecho extranjero es esencial para hacer análisis comparado, es insuficiente para explicar las instituciones de cada nación"[17].

5. Función pública y funciones públicas

Estos términos se usan indistintamente en la *Carta Política de 1991*, para significar toda actividad del Estado tendiente a la satisfacción del interés general, quien, para el cumplimiento de sus principios y finalidades, se organiza constitucional y legamente a través de personas, las que en su nombre tienen la obligación de imponer unas condiciones administrativas que le permiten funcionar social y patrimonialmente. De la misma manera se utilizan los términos *función pública* o *funciones públicas* en el Capítulo 2 del Título V de la *Constitución Política de 1991* comprendidos en la expresión *"De la Función Pública"*, para expresar los principios y disposiciones que determinan las relaciones laborales del Estado con los servidores públicos. Ejemplos de ello aparecen en la *Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003*, al señalar:

> "(...) Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como 'funciones públicas' la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la 'función administrativa' (...) especie dentro del género función pública (...)".

En otros países como Francia y en la forma como lo explicamos en precedencia, la *función pública*, tiene un solo significado: "las relaciones laborales entre la Administración y sus funcionarios" y cuando se emplea la expresión *"potestad pública o poder público"*, se refiere a las *funciones públicas*.

La *Constitución Política* usa la expresión *función pública* con dos sentidos diferentes, que hay que mantener separados: uno para aludir a las actividades cuya titularidad está reservada al Estado, que están relacionadas con el ejercicio de su soberanía y corresponden al interés general que este representa, y otro para referirse a las relaciones laborales en el sector público. Por consiguiente, la función administrativa, la función judicial o la función de control fiscal, entre otras, son *funciones públicas* (C.P., arts. 209, 228 y 267) pero no son *función pública* (C.P., Tít. V, cap. 2). Ello es así por determinación del Constituyente de 1991.

Aunque parezca extraño o contradictorio, al separar los dos significados a que se ha hecho referencia puede afirmarse que la *función administrativa* es una *función pública* pero no hace parte del *régimen de función pública*.

---

apparaît comme dépositaire de l'autorité, ses actes relèvent de la compétence administrative, lorsque les actes de gestión de l'administration sont identiques à ceux des particuliers, ils restent soumis au droit commun. Dès lors, il faut analyser les conditions et les formes de l'action administrative pour découvrir le droit qui lui est applicable". Joseph Carles et Jérôme Dupuis. Service Public Local – Gestion publique, gestión privée? Nouvelles Editions Fiduciaires, Alençon, 1989.

17 Hernández Martínez, Pedro Alfonso. Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen 4 (Obra Colectiva) de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Ob. cit., págs. 31 y 32.

Por ser *función pública* una expresión constitucional homófona, no parece necesario fusionar sus diversos significados porque se podrían confundir o refundir los alcances que corresponden a cada uno de ellos, así las *funciones públicas* se asignen a través de empleos y corporaciones públicas o los servidores públicos cumplan funciones públicas"[18].

En la misma posición se encuentra el derecho administrativo español. Prueba de ello es la afirmación que hace Belén Marina Jalvo, en su manual *El régimen Disciplinario de los funcionarios públicos,* al señalar:

> "**III. Las bases constitucionales de la función pública y del poder disciplinario**.
>
> Las referencias realizadas a la evolución del régimen funcionarial resultan útiles para la interpretación de las previsiones de la Constitución de 1978[19] relativas a la posición y funciones de la Administración y, cómo no, de las referidas a la función pública. Pese a su brevedad, las previsiones del artículo 103 de la Constitución de 1978 proporcionan pautas suficientes para la configuración del régimen funcionarial sobre nuevas bases. Si en el apartado primero del artículo 103 de la CE (Constitución española) se señala que la Administración sirve con objetividad a los intereses generales, de acuerdo —en lo que aquí interesa— con los principios de eficacia, jerarquía y con sometimiento a la Ley y al Derecho, el apartado tercero de este mismo precepto sienta la necesidad de un estatuto profesional de los funcionarios públicos, refiriéndose también al contenido mínimo de éste: el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio del derecho de sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, dentro de las cuales se incluye el régimen disciplinario.
>
> En definitiva, el artículo 103.3 de la CE (Constitución española) establece las peculiaridades del régimen funcionarial atendiendo a las exigencias de correcto funcionamiento de la Administración, es decir, en garantía de los intereses públicos cuya realización constituye el fin institucional de la Administración. (...)"[20].

6. Naturaleza jurídica de la función pública

Sin lugar a equivocaciones la *función pública* goza de naturaleza constitucional y legal. Es constitucional porque le compete al Estado cumplir con sus *fines y funciones* y ellos se encuentran comprendidos en el artículo 209 de la *Constitución Política,* y es legal, porque es la *Ley* la que determina cuando se está en cumplimiento de una *función pública*.

---

18 Hernández Martínez, Pedro Alfonso. Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen 4 (Obra Colectiva) de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Ob. cit., pág. 38.

19 Se refiere a la Constitución española.

20 Jalvo, Belén Marina. El Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos (Fundamentos y regulación sustantiva). 2ª edición. Editorial Lex Nova, S.A. Valladolid, 2001, págs. 42 y 43.

7. Fundamento axiológico que dirige la función pública

El fundamento axiológico de la función pública se encuentra condensado en los principios contenidos en el artículo 209 de la Carta Constitucional. Es decir, los referidos a la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. De la misma manera los principios definidos en el artículo 3º de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998[21], valga señalar: buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia[22]; y los incluidos en el artículo 3º de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011[23], como son los principios de debido proceso[24], igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad. Como complemento axiológico a la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, el inciso 1º de su artículo tercero, advierte:

> "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".

Lo anterior significa que la *función pública* está respaldada no sólo en el artículo 209 de la *Constitución Política*, sino en los artículos 3º de las *Leyes 489 del 29 de diciembre de 1998, 1437 del 18 de enero de 2011* y en los principios contenidos en los artículos 23 de las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019* -Código General Disciplinario- (22 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* -Código Disciplinario Único-); 121 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* -Código Disciplinario Militar- y en el artículo 24 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* (Estatuto Disciplinario Policial), entre otras y para efectos de la aplicación e interpretación del derecho disciplinario y con relación a sus destinatarios. Las restantes *Codificaciones Disciplinarias*, por integración normativa, se deberán complementar con lo dispuesto en la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*.

Un estudio axiológico se destaca en la *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia* – Sala de Casación Penal – del 15 de mayo de 2008, dentro del proceso 29206, en cuya parte motiva el magistrado ponente doctor Yesid Ramírez Bastidas, anotó:

---

21 Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

22 Principios que de acuerdo con el parágrafo del mismo artículo 3º, "deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

23 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

24 Conforme lo determina esta disposición, "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 ídem*".

> "Tales principios no deben ser letra muerta, sino que, por el contrario, deben ser observados diariamente en el ejercicio de la función pública porque los mismos son la Constitución viva. Con razón se ha afirmado que la Constitución no sólo pretende que los derechos de los ciudadanos se hagan efectivos, esto es, que se borre la consabida brecha entre normas válidas y normas eficaces, también pretende que los mecanismos por medio de los cuales los ciudadanos ven garantizados sus derechos sean efectivos. De ahí el énfasis en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función administrativa consagrada en el artículo 209 y la exigencia contemplada en el precepto 228 para que los términos procesales se observen con diligencia so pena de sanciones[25].
>
> El artículo 209 Superior establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos entre principios finalísticos, funcionales y organizacionales. Entre los primeros (finalísticos), se tiene que la función administrativa propiamente dicha está al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, entre los organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones[26].
>
> Valga señalar que legislativamente se vienen consagrando unos principios coincidentes con los aquí precisados, como ocurre con la Ley 489 de 1998, que tienen incidencia en todos los órdenes de la función pública, así como otras disposiciones que buscan como fin gobernar particularmente determinadas actividades[27].
>
> Merece una referencia especial el Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo[28], estatuto que a pesar de haber sido expedido en el marco constitucional de 1886, dedica varias disposiciones a la forma como se deben desarrollar las actuaciones administrativas, resaltando que su objeto es el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley – artículo 2º; así mismo consagra los principios que gobiernan las actuaciones administrativas, es decir, el ejercicio de la función pública: economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción- artículo 3º".

Igualmente, José Rory Forero Salcedo ha estudiado a profundidad lo que constituye el fundamento axiológico de los *"Principios Constitucionales de la Función Pública Disciplinaria"*, destacando su importancia de estudio para la regulación de las relaciones

25 Corte Constitucional, Sentencia C-165/93.

26 Corte Constitucional, Sentencia C-561/99.

27 Así, por ejemplo, la Ley 42 de 1993, art. 8º, señala los principios que gobiernan la vigilancia de la gestión fiscal –eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de costos ambientales – y la Ley 80 de 1993, artículos 23 y s.s. consagra unos principios orientadores de la actividad contractual del Estado – transparencia, economía, responsabilidad y en general los que rigen la función pública.

28 Derogado por la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo–CPACA).

de la administración pública con sus administrados, al punto que, en relación con el tema, dijo:

> "La tipología de administrado simple y cualificado determina que existen unos vínculos más o menos estrechos con aquélla, adquiriendo esos nexos o relaciones de sujeción la connotación de generales cuando comprometen a todos, es decir, a cualquier ciudadano, y especiales, en tanto se refieren a determinadas personas, siendo el ejemplo paradigmático los funcionarios públicos, en quien recae la potestad disciplinaria del Estado.
>
> Ahora bien, la complejidad de tales ataduras ha llevado a que el Derecho, como instrumento regulador de la difícil convivencia entre los seres humanos, haya construido toda una serie de categorías dogmáticas para expresar el fenómeno y es así como la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción explica la razón de ser y vicisitudes de tan complejos lazos.
>
> En efecto, los valores y principios constitucionales que inspiran la función administrativa disciplinaria, *verbi gracia,* la justicia, eficacia, eficiencia y efectividad de la Administración, moralidad, *ethos funcionarial*, principio supralegal del interés público o general, oportunidad y discrecionalidad, régimen, control, potestad y responsabilidad disciplinaria de los servidores estatales, adquieren unas connotaciones *sui generis* en el ámbito de una relación especial de sujeción"[29].

8. Desarrollo de los principios que dirigen la función pública

Atrás expresamos que el fundamento axiológico de la *función pública* se encuentra condensado en los *principios* contenidos en el artículo 209 de la *Constitución Política* (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad). Igualmente agregamos los principios definidos en el artículo 3º de la *Ley 489 del 29 de diciembre de 1998* (buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia[30]; y finalmente incluimos los desarrollados en el artículo 3º de la *Ley 1437 del 18 de enero de 2011* (debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad). También dijimos que las *Leyes 489 del 29 de diciembre de 1998* y *1437 del 18 de enero de 2011*, formaban parte del complemento axiológico constitucional, porque ellas eran una extensión del artículo 209 *Superior* y además porque los principios en ellas contenidos, según la *Ley 489* determinan la *finalidad de la función pública* y el inciso 1º del artículo 3º de la *Ley 1437*, obliga a *"Todas las autoridades" a "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".*

29 Forero Salcedo, José Rory. Fundamentos Constitucionales de la Potestad Disciplinaria del Estado Colombiano – la influencia del derecho comparado -. Ed. Panamericana Formas e Impresos S.A., Bogotá 2011, págs. 90 y 91.

30 Insistimos: Principios que de acuerdo con el parágrafo del mismo artículo 3º, "deberán ser tenidos en cuenta por los órganos de control y el Departamento Nacional de Planeación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 343 de la Constitución Política, al evaluar el desempeño de las entidades y organismos administrativos y al juzgar la legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular.

Como quiera que ya se hizo referencia a cada uno de los principios que fundamentan la *función pública*, en este espacio y con un criterio académico y pedagógico, se debe buscar el mejor significado para cada uno de ellos y qué mejor que la jurisprudencia y la ley para hacerlo.

Sea lo primero traer el significado de los principios que deben ser observados en cumplimiento y ejercicio de la *función pública* y qué afortunado es extraerlos de la *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia* – Sala de Casación Penal – del 15 de mayo de 2008, dentro del proceso 29206, en cuya parte motiva el magistrado ponente doctor Yesid Ramírez Bastidas, haciendo referencia tanto al artículo 209 de la *Constitución Política* y al artículo 3º de la *Ley 489 del 29 de diciembre de 1998*, los desarrolló, así:

> "(...)
>
> 3. **Igualdad**: Este principio-derecho aparece regulado en el art. 13 de la Carta. Como principio de la función pública, obliga a la administración a actuar conforme la regla de la no discriminación y a promover dentro del ámbito de sus competencias que la igualdad sea real y efectiva, adoptar medidas en favor de los grupos discriminados o marginados, así como proteger especialmente a quienes por su condición económica, física o mental estén en circunstancias de debilidad manifiesta.
>
> En palabras del Tribunal Constitucional este principio implica la exigencia constitucional de que la gestión de la Administración Pública no establezca distinciones injustificadas entre los administrados y obre respecto de ellos y de sus intereses guardando equilibrio, de modo que garantice a todos, en condiciones adecuadas a sus circunstancias, el acceso a ella y a sus funcionarios y la misma importancia en cuanto al disfrute de los beneficios que genera la actividad estatal[31].
>
> La no discriminación es un componente axial de la igualdad, por lo que se ha afirmado que el principio de igualdad no le impide al legislador reconocer entre las personas, distinciones legítimas, sino que inadmite tratos desiguales que sean irracionales, esto es, que no contengan una justificación objetiva y razonable, o que no guarden proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa a la norma y los fines que ésta persigue[32] .
>
> **Moralidad**[33]: La moral como principio constitucional aparece en seis oportunidades en la Carta y debe ser siempre entendida como «moral social», así: en la obligación del Estado de ejercer inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos (artículo 67); en la extinción del dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social (artículo 34); en la función administrativa que se desarrolla con fundamento en los principios de moralidad (artículo 209); en la obligación

31 Ver Corte constitucional, Sentencia T-489/99. Así mismo, en la Sentencia C-124/96 se dice que la igualdad en abstracto implica una identidad en la oportunidad, al paso que en lo específico requiere un discernimiento, una diferencia y una proporcionalidad: se iguala lo diverso, no por homologación, sino por adecuación.

32 Corte Constitucional, Sentencia C-339/96.

33 Corte Constitucional, Sentencia C-427/94.

de los congresistas de poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración (artículo 182); en las acciones populares, que podrán ser invocadas para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con la moral administrativa (artículo 88); y, como causa de formulación de peticiones por parte de los miembros de la fuerza pública (artículo 219)[34].

La moralidad no responde a exigencias confesionales o subjetivas, sino al marco ético conceptual, propio de la moral media o social al que se refiere la Constitución en su artículo 34.

El principio de moralidad busca la honestidad en la actuación de los servidores públicos. Se proponen como ejemplos contrarios a tal moral (i) el irrespeto a la autoridad jerárquica, (ii) las faltas contra la honra de las personas o su intimidad, (iii) el trato discriminatorio o vejatorio contra alguien, (iv) la traición del interés nacional en beneficio del exterior, (v) las afrentas a la dignidad inherente a la persona humana, (vi) la expedición de actos administrativos o celebración de contratos con desconocimiento del régimen de inhabilidades[35] , (vii) incompatibilidades[36] y (viii) requisitos o calidades para el desempeño de la función pública.

34 Corte Constitucional, Sentencia T-602/92.

35 Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la expresión "inhabilidad" tiene entre otras acepciones la de "defecto o impedimento para ejercer un empleo u oficio". La Corte Suprema de Justicia la definió como "aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros" (Sentencia del 9 de junio de 1988). Las inhabilidades, entonces, son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos. Así las cosas, las inhabilidades son de distinta índole, v.gr. generales, es decir, que operan para toda clase de empleados del sector público; específicas, para una determinada entidad o rama del poder, limitadas en el tiempo, permanentes, absolutas, relativas, etc. Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público [Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-546/93 y C-147/98]. La incompatibilidad comporta una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-181/97.

La incompatibilidad comporta una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado. Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-181/97.

36 Corte Constitucional, Sentencia T-489/99. Ver también Sentencia C-449/92.

> 4. **Eficacia**: Este principio implica el compromiso de la Carta con la producción de efectos prácticos de la acción administrativa. Se trata de abandonar la retórica y el formalismo para valorar el cumplimiento oportuno, útil y efectivo de la acción administrativa. El principio impone el logro de resultados mínimos en relación con las responsabilidades confiadas a los organismos estatales, con miras a la efectividad de los derechos colectivos e individuales.
>
> La eficacia está contenida en varios preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública: en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; y, en los artículos 256 numeral 4°, 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados[37].

La Corte Constitucional ha insistido[38] en que la eficacia de la función administrativa, que resume en general todos los demás principios a que se refiere la norma precitada, se logra entonces mediante el mecanismo de descentralización[39], desconcentración[40] y delegación[41], que permiten una distribución racional de funciones.

5. **Economía**: La maximación de los resultados o beneficios sociales con la menor cantidad de recursos y en el menor tiempo posible es lo que comprende el principio de *economía*. Se sabe que no siempre la utilización de más recursos de los estrictamente necesarios implica una vulneración a este dogma pues en ciertos casos el beneficio social se encuentra justamente en el empleo de tales recursos.

6. **Celeridad**: Con este principio que aparece indisolublemente vinculado con la prevalencia del derecho sustancial[42], se busca la agilidad en el trámite y la gestión administrativa. Es congruente con lo prescrito en el artículo 84 de la Constitución que prohíbe a las autoridades públicas la creación de licencias, requisitos o permisos adicionales cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general. Comporta la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos con prontitud,

---

37 Corte Constitucional, Sentencia SU-086/99.

38 Corte Constitucional, Sentencia C-722/99.

39 En el fenómeno jurídico de la descentralización, se produce un traslado de asuntos que serían de conocimiento de la autoridad central, o las autoridades territoriales, o de la administración central a otras autoridades a quienes se confía el desempeño de labores especializadas, de tal suerte, que la decisión administrativa en los dos casos, no se adopta por la autoridad central, sino por un ente territorial, o por la entidad prestadora del servicio, o encargada del ejercicio de funciones administrativas [Corte Constitucional, Sentencia C-561/99].

40 Consiste en el otorgamiento de ciertas funciones a agentes nacionales, regionales o locales, las cuales se ejercen siempre y en todo momento a nombre de la entidad otorgante. [Corte Constitucional, Sentencias C-216/94 y C-722/99].

41 La delegación se realiza y revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución, en busca de descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales [Corte Constitucional, Sentencia C-561/99].

42 Corte Constitucional, Sentencia T-526/92.

asegurando que el efecto de su gestión se proyecte oportunamente en la atención de las necesidades y aspiraciones de sus destinatarios"[43].

7. **Imparcialidad**: Que significa o se entiende desde las obligaciones inherentes a los poderes públicos de obrar sin tomar partido respecto de los intereses privados[44]. El principio de imparcialidad pretende asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna, mediante la igualdad de trato y el respeto al orden en que actúan[45].

8. **Publicidad:** Para permitir el control ciudadano sobre la función pública es que nace el principio de *publicidad*. La efectividad de este principio se logra cuando la administración comunica, publica o notifica sus decisiones y cuando cumple "el deber de motivar los actos administrativos"[46]. Por ello, en principio no deben existir en la administración actuaciones secretas ajenas al conocimiento público y a la correspondiente fiscalización popular. Un orden institucional participativo necesariamente se vincula a la publicidad de las acciones y actos que se desarrollan desde la administración, con lo que se explica la existencia de las veedurías ciudadanas[47].

En la Ley 489 de 1998, artículo 3º, nominado *principios de la función administrativa,* se dispone que el desarrollo de la función administrativa atenderá particularmente los principios constitucionales de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia, con lo que se adiciona el art. 209 de la Carta, así:

9. **Buena fe:** Como lo ha entendido la Corte Constitucional en una gran cantidad de fallos, este principio es de doble vía, es decir predicable tanto de los particulares como de la administración pública, en la forma de pilar del Estado social de derecho y de la convivencia pacífica, siendo exigible en un grado mayor para la administración, en razón de su poder y posición dominante que mantiene sobre los gobernados y la indefensión de éstos, para así evitar caer en abusos.

Con el principio de la buena fe -indisolublemente vinculado a la celeridad, eficiencia y economía de la gestión estatal- se busca garantizar el derecho a que se crea en la palabra de las personas, esencial para la protección de la confianza tanto en la ética como en materia de seguridad del tráfico jurídico[48].

10. **Eficiencia**: El concepto de eficiencia, que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros -casi siempre limitados- de los que dispone la hacienda

43 Corte Constitucional, Sentencia T-489/99.

44 Cfr. Enrique Orts Berenguer e Inmaculada Valeije Álvarez Delitos contra la Administración Pública, en Tomás Salvador Vives Antón, (coordinador), Comentarios al Código Penal de 1995, volumen II, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1996, pág. 1810.

45 Gómez Méndez, Alfonso. Delitos contra la Administración Pública, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 25.

46 Corte Constitucional, Sentencia C-054/96.

47 En este sentido Corte Constitucional, Sentencia T- 187/93. En la Sentencia C-053/95 se indica que el principio de publicidad se expresa por medio del derecho de acceso a los documentos. Por esto en la Sentencia C-038/96 se dice que toda limitación al derecho de acceso a los documentos debe realizarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad.

48 Corte Constitucional, Sentencia C-575/92.

pública. En otros términos, el Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias.

A la eficiencia, como principio rector de la gestión pública, aluden preceptos constitucionales como los contenidos en los artículos 48, 49 y 268, numerales 2º y 6º, de la Constitución Política[49].

11. **Participación:** Entendida la democracia, desde el punto de vista formal, como

Un gobierno en el cual los destinatarios de las normas son los mismos que las producen, pues las decisiones colectivas son tomadas por los propios miembros de la comunidad.

Ha de aceptarse que la participación de los ciudadanos en la toma de esas decisiones es elemento fundamental, sin el cual no puede concebirse la existencia de dicho sistema[50].

Como fuera señalado por la jurisprudencia[51], el concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional. No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

12. **Responsabilidad:** Debe entenderse el principio como la pretensión de exigibilidad del ejercicio positivo y diligente de las competencias legales atribuidas a las autoridades administrativas cuando su actuación es indispensable para realizar los intereses generales **o proteger un bien jurídico que tutela el derecho** y cuya omisión es susceptible de generar riesgos y peligros inminentes que la norma configuradora del derecho ha querido prevenir o evitar *(las negrillas fuera del texto).*

Las autoridades públicas, sin excepción alguna, tienen el deber -responsabilidad- de procurar por todos los medios el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados, mediante el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Carta Política[52].

12. **Transparencia:** Este principio está vinculado a los de igualdad y publicidad. Implica el desarrollo de la función pública con claridad, nitidez, refulgencia, limpieza, pureza, es decir, todo lo contrario, a oscuridad, nebulosidad, turbiedad, equivocidad, suciedad o fuliginosidad, por lo que, por ejemplo, en apoyo de este principio, se establecen las inhabilidades que rigen sobre

49 Corte Constitucional, Sentencia SU-086/99. También en Sentencias C-134/93, en la que se indica los organismos responsables de la prestación del servicio público como destinatarios del principio, y T-238/93, que trata de la integración de los principios de moralidad y buena fe con el de eficiencia.

50 Corte Constitucional, Sentencia C-337/97.

51 Corte Constitucional, Sentencia C-180/94.

52 En estos términos Corte Constitucional, Sentencia C- 366/93.

Los familiares de determinados servidores públicos que, conforme al criterio del Legislador, pueden incidir en la contratación (...) toda vez que se procura la salvaguarda del interés general que rige la contratación pública[53].

13. Así mismo, el ejercicio de la función administrativa se rige por los principios de **Coordinación y Colaboración** [Constitución, artículo 113 inciso 3º y Ley 489 de 1998, artículo 6º], que imponen a las autoridades el deber de garantizar la armonía en el ejercicio de sus respetivas labores con el fin de lograr los fines y cometidos estatales, a pesar de que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas[54].

Durante la vigencia de la Constitución de 1886 la doctrina nacional se había inclinado por considerar «la función pública» como *bien jurídico protegido* en los delitos contra la Administración Pública, argumentando que en él se podían incluir todas las formas de *deslealtad* posibles en contra del bien común[55] *(las letras inclinadas fuera del texto).*

También se dijo que con tales tipos se amparaba penalmente al Estado, no por el aspecto político, como ocurre con los delitos contra la existencia del Estado y la organización institucional de éste, sino por el aspecto funcional o de servicio. Se precisó que:

> El objeto *genérico* de la tutela penal es el deber de *fidelidad* de los funcionarios con la administración pública y el respeto que a ella y a quienes la representan deben los particulares. El objeto *específico* lo constituyen los diversos aspectos en que se descompone ese deber general, como son: dar a los caudales públicos la aplicación ordenada por la ley, no atentar contra el patrimonio del Estado, no exigir utilidades indebidas por la prestación de los servicios públicos, no corromper, ser imparciales, no atentar contra la libre determinación de los empleados públicos, etc.[56].

Hasta finales de la década de los ochenta se defendió que el *bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública era "el ejercicio de la función pública dentro de parámetros de legalidad, eficiencia y honestidad»*[57]. *(las letras inclinadas fuera del texto).*

> (...)
>
> La Constitución de 1991 ha obligado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a reconsiderar los criterios sostenidos hasta antes de su entrada en vigencia. *Obras de reciente publicación empiezan a inclinarse por una concepción del bien jurídico protegido en este Título a partir de los parámetros de legalidad, eficiencia y honestidad que se derivan del artículo 209 de la Constitución, precepto en el que se encuentran los principios y objeto de la función administrativa. (Las letras inclinadas fuera del texto).*

53 Corte Constitucional, Sentencia C-429/97.

54 La referencia normativa permite constatar que el principio de coordinación es de naturaleza constitucional y no legal, como equivocadamente lo sostiene Gómez Méndez, Delitos contra la Administración Pública, ob. cit., pág., 25.

55 Reyes Echandía, Alfonso. Derecho Penal parte General. Bogotá, 10a edición, Universidad Externado de Colombia, 1986, pp. 153 y 154.

56 Arenas, Antonio Vicente. Compendio de Derecho Penal. Bogotá, Editorial Temis, 1989, pág., 137.

57 Gómez Méndez, Alfonso. Delitos contra la Administración Pública, en Derecho penal parte especial tomo I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987, pág. 24.

A su vez, la Corte[58] últimamente ha señalado que:

> El bien jurídico protegido, de acuerdo con la descripción legal, es la Administración Pública. Se trata de un interés funcional o institucional porque la salvaguarda apunta directamente a las vías o procedimientos que facilitan la relación entre los individuos o el ejercicio de los derechos en la comunidad.
>
> En todo caso no se tutela directamente la libertad de opinión, la igualdad, el derecho al sufragio, la autodeterminación o cualquier privilegio radicado en los individuos, sino que se protege de manera inmediata el ejercicio debido o correcto de la administración con el fin de que los primeros bienes mencionados puedan ser reales y efectivos.
>
> Es necesario hacer trascender la diferencia entre bienes jurídicos individuales e institucionales, porque si bien los segundos están al servicio de los primeros, como vía para su realización, la antijuridicidad material debe referirse, en principio, al interés expresamente escogido y tutelado por la ley.
>
> Y se ha agregado:
>
> En los delitos contra la administración pública ésta se tutela como un interés al servicio de la comunidad y los gobernados, de tal manera que aparezca protegido algo funcional y dinámico, pues, de lo contrario, se sancionaría como delito la mera desobediencia a la ley (violación de prohibiciones o mandatos) y no la real trasgresión de bienes jurídicos. El *ius puniendi*, por su naturaleza extrema, no puede disponerse para aislados quebrantamientos de deberes profesionales o para la protección de una vaga pureza de la administración pública, pues ello se traduciría en una visión totalitaria de la actividad administrativa, sino que es preciso establecer que la conducta juzgada pone en riesgo concreto los procedimientos que los miembros de la colectividad tienen para resolver sus conflictos. Así pues, aunque el proceso de adecuación típica de una acción u omisión prevaricadora no está determinado por los móviles del juez sino por la justificación jurídica de lo que hizo o dejó de hacer, lo cierto es que esas tendencias anímicas del funcionario (simpatía o animadversión, por ejemplo), por referirse directamente a los partícipes o involucrados en el cumplimiento del deber jurídico (que es el elemento normativo determinante de la existencia de la omisión), sin duda contribuyen a evidenciar de mejor manera el dolo requerido en esta clase de comportamientos delictivos[59].

58 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia de 18 de mayo de 1999, proceso 13827.

59 En el sistema jurídico español, de acuerdo con lo previsto en la Constitución de 1978 —art. 103, precepto en el que se lee que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y que los funcionarios públicos deben actuar con imparcialidad en el ejercicio de sus funciones— la doctrina mayoritaria sostiene que el bien jurídico protegido es el deber de objetividad e imparcialidad que ha de regir el funcionamiento de la Administración. Cfr. L. Morillas Cueva y G. Portilla Contreras, Revelación de Secretos, Cohecho y Tráfico de Influencias, ob. cit.; E. Octavio de Toledo, La Prevaricación..., ob. cit.; T. S. Vives Anton y otros, Derecho Penal Parte Especial, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1993; Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal Parte Especial, Valencia, Tirant lo Blanch, 1988; José Luis González Cussac, El Delito de Prevaricación de Funcionario Público, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, y Mercedes García Aran, La Prevaricación Judicial, Madrid, editorial Tecnos, 1990, entre otros.

> (...)
>
> En conclusión, las conductas corruptas afectan la función pública que los funcionarios han de ejercitar conforme al interés general según la legalidad existente[60], por manera que los bienes jurídicos indicados en las conductas sancionables procuran mantener el funcionamiento normal de los servicios que el Estado brinda a los asociados de acuerdo a las normas vigentes en un momento histórico determinado[61].
>
> Según todo lo expuesto *se ha de entender, en general, que el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública se concentra en los servicios y funciones que las ramas del poder público están obligados a ofrecer por medio de servidores públicos a los miembros de la comunidad, con arreglo a principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (las letras inclinadas fuera del texto).*
>
> (...)".

Así mismo, es de gran importancia traer el significado que la *Ley 1437 del 18 de enero de 2011*, confeccionó acerca de los *principios*, que como se refleja en su *artículo 1º*, estos tienen como "finalidad y ámbito de aplicación", "*el cumplimiento de los fines estatales*, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares", lo cual coincide con el mandato constitucional del *artículo 209* y que la misma ley en su artículo 3º, desarrolla así:

> "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. *(las letras inclinadas fuera del texto).*
>
> 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*[62], de presunción de inocencia, de no *reformatio in pejus y non bis in idem (las letras inclinadas fuera del texto).*

60 Cfr. J. L. González Cussac, El Delito..., ob. cit., p. 20.

61 Cfr. E. Orts Berenguer y I. Valeije Álvarez, Delitos contra la Administración Pública, ob. cit., p. 1810.

62 Con esta redacción del legislador, en la que incorpora el debido proceso como principio administrativo para sus actuaciones y procedimientos, podemos interrogarnos ¿cuál será en adelante la interpretación que las autoridades disciplinarias o jueces administrativos y disciplinarios harán respecto a las relaciones especiales de sujeción y a la teoría de los númerus apertus? ¿Cual, además, será la interpretación al artículo 20 de la Constitución Política en la que se afirma de manera imperativa que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (subrayo debido proceso y administrativas).

2. En virtud del principio de igualdad, las autoridades darán el mismo trato y protección a las personas e instituciones que intervengan en las actuaciones bajo su conocimiento. No obstante, serán objeto de trato y protección especial las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

3. En virtud del principio de imparcialidad, las autoridades deberán actuar teniendo en cuenta que la finalidad de los procedimientos consiste en asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna y sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva.

4. En virtud del principio de buena fe, las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.

5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

6. En virtud del principio de participación, las autoridades promoverán y atenderán las iniciativas de los ciudadanos, organizaciones y comunidades encaminadas a intervenir en los procesos de deliberación, formulación, ejecución, control y evaluación de la gestión pública.

7. En virtud del principio de responsabilidad, las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias por sus decisiones, omisiones o extralimitación de funciones, de acuerdo con la Constitución, las leyes y los reglamentos.

8. En virtud del principio de transparencia, la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.

9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

10. En virtud del principio de coordinación, las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.

11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.

> 12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas.
>
> 13. En virtud del principio de celeridad, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas".

9. Garantía de la función pública

Para estos efectos y sin aislarse de los principios, fines y funciones establecidos en los artículos 209 de la *Constitución Política*, 3º de las *Leyes 489 del 29 de diciembre de 1998* y *1437 del 18 de enero de 2011*, el *Código General Disciplinario* en su artículo 23 (art. 22 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*), que también los enuncia, determina que quien sea *destinatario de la ley disciplinaria*, en salvaguarda de la moralidad pública, la transparencia, la objetividad, la legalidad, la honradez, la lealtad, la igualdad, la imparcialidad, la celeridad, la publicidad, la economía, la neutralidad, la eficacia y la eficiencia "que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función" debe ejercer sus derechos, cumplir con sus deberes; respetar las prohibiciones y aceptar que está "sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses establecidos en la Constitución Política y en las leyes". Por consiguiente, la *función pública* se garantiza, salvaguardando los principios, fines y funciones que establecen las disposiciones constitucionales y legales enunciadas al inicio del presente texto. Términos que resultan igualmente aplicables a todas las restantes *Codificaciones Disciplinarias*.

10. Finalidades de la función pública

Del estudio integral de la *Carta Política* y de las Leyes que regulan la *función administrativa*, resulta claro que la *función pública*, como manifestación soberana del Estado, tiene como *finalidad* "la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes" colombianos, lo cual se consigue, como lo venimos señalando, con la correcta y exigente aplicación de los principios y cometidos consagrados en la *Constitución Política*, en la forma como lo prevé el artículo 4º de la *Ley 489 del 29 de diciembre de 1998,* disposición que, entre otras cosas, obliga a "los organismos, entidades y personas encargadas, de manera permanente o transitoria, del ejercicio de funciones administrativas" a "ejercerlas consultando el interés general", lo que de indudablemente constituye el fin primordial y decisivo de la *función pública*.

El doctor Edgardo José Maya Villazón precisa que para que se pueda dar cumplimiento *"adecuado"* a los *fines del Estado*, es menester mantener un interrelación armónica, sistemática y permanente, entre la Procuraduría, la Fiscalía, la Contraloría, Auditoría y la Oficina Anticorrupción de la Presidencia de la República (hoy Secretaría de Transparencia); es indispensable tener en cuenta que el acceso al servicio público debe recaer en *"un ciudadano virtuoso"*; es imperioso que la comunidad defienda lo público, en razón que *"la defensa de lo público es asunto de todos"* y que la *función pública* debe ser ejercida y confiada a personas con un *"mí*nimo de conocimientos de lo público*"*. Es decir, que

el *servidor público de hoy* ha de ser una persona con una *experiencia básica*, sin que ello exija una preparación universitaria, con actitudes de protección de las cosas que se le han encargado, en fin, *"una persona más o menos preparada y* éticamente dispuesta a dar la batalla por el bien común que le permita evaluar las ventajas y desventajas de una determinada decisión, o los riesgos que se asumen con estas; *"de manera análoga esos conocimientos han de posibilitarle ejercicios hermenéuticos normativos elementales*, en síntesis, la asunción de posturas que muestren prudencia, diligencia e idoneidad en el desarrollo de los asuntos encomendados[63].

11. Función pública y función administrativa[64]

El *Consejo de Estado*, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, con ponencia de Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, en decisión del 1º de noviembre de 2007 (Recurso ordinario de súplica–Radicación 25000-23-24-000-00772-01. Actor: *Aceites y Grasas Vegetales S.A.*), sobre el particular expresó:

> "(…) la función administrativa es una de las funciones del poder público, o sea, una clase de función pública, de modo que el género es función pública y una de sus especies es la función administrativa, en la medida en que ésta se inscribe en la función ejecutiva, de suerte que su primera característica es la de ser inherente al poder del Estado, igual que lo son las demás funciones públicas clásicas: la legislativa y la jurisdiccional, correspondientes a las tres ramas en lo que constituye la tradicional división tripartita del poder público, según lo consagra el artículo 113 de la Constitución Polítca (…)"[65].
>
> (…)
>
> "la naturaleza de la función administrativa está determinada ante todo por su origen y su inmanencia al Poder Público, en cuanto es sustancialmente expresión o forma suya de manifestarse, y no porque se trate de actividad desarrollada por el Estado, o regulada, vigilada y controlada por el mismo cuando la presten los particulares, caso este en el cual tales mecanismos

63 Maya Villazón, Edgardo José, La Función Pública – Aspectos éticos, filosóficos, políticos y disciplinarios represivos y preventivos-. Colección Derecho Disciplinario N.º 6 de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Editorial Imprenta Nacional. Bogotá agosto de 2003, págs. 19, 56, 57, 124 y 125.

64 Como se analizará en el desarrollo de esta temática, la Carta Política de 1991 en varios textos legales se refiere a los dos términos (función pública y función administrativa), así:

El Título VII, Capítulo 5, trata: De la ***función administrativa***.

En el artículo 209, se expresa: "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. (…)".

En el artículo 228, se señala: "La Administración de Justicia es ***función pública*** (…) Las actuaciones serán públicas (…)".

En el artículo 267, se dice: "El control fiscal es una ***función pública*** que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación (…) La Contraloría (…) ***No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización***".

65 Auto de 20 de marzo de 2003, acción de grupo, expediente Núm. 2002200601, núm. interno 065, consejero ponente doctor Manuel Santiago Urueta Ayola.

> de intervención estatal no convierten *per se* la actividad o el servicio de que se trate en función administrativa pues, si así fuere, habría que considerar como función administrativa actividades mercantiles como la bancaria, la bursátil, de seguros, etc., o servicios públicos como el de transporte público de pasajeros, aéreo o terrestre, entre otros, a cargo de los particulares.
>
> La función administrativa es siempre actividad del poder estatal, sea que se realice por órganos o autoridades públicas o por particulares, de allí que éstos, en ese caso, adquieran el carácter de autoridades, según lo establece el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo al señalar que "Para los efectos de este código, a todos ellos (entre los cuales se mencionan las entidades privadas cuando cumplen funciones administrativas) se les dará el nombre genérico de 'autoridades'". Por ello esta Corporación, tratando de diferenciar los dos conceptos aquí considerados, refiriéndose al concepto de función pública, de la cual, como se dijo, la función administrativa es una de sus clases, haya expresado que 'puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado'[66]."

De lo anterior se colige:

Que la función administrativa se encuentra prevista en la *Constitución Política* y en las leyes colombianas, con especial énfasis en la *Ley 489 del 29 de diciembre de 1998*[67] (publicada en el Diario Oficial N.º 43.464 de diciembre 30 de 1998).

Que la función administrativa es una clase de la función pública, o mejor, la función pública es el continente y la función administrativa el contenido;

Que la función administrativa de la rama ejecutiva es inherente al poder del Estado, de la misma manera que lo son la función pública de las ramas legislativa y judicial.

Que la función administrativa es la forma con la cual el Estado se expresa y manifiesta "y no porque se trate de actividad desarrollada por el Estado, o regulada, vigilada y controlada por el mismo cuando la presten los particulares".

---

66 Sentencia de 5 de agosto de 1999, Ref. ACU-798, consejero ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar.

67 "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones".

Los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Carta Política se refieren a:

"15. Suprimir o fusionar entidades u organismos administrativos nacionales de conformidad con la ley.

16. Modificar la estructura de los Ministerios, Departamentos Administrativos y demás entidades u organismos administrativos nacionales, con sujeción a los principios y reglas generales que defina la ley."

El artículo 1º señala como objeto de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998:

"La presente ley regula el ejercicio de la función administrativa, determina la estructura y define los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública".

12. Función pública y servicio público

El *Consejo de Estado*, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia de María Elena Giraldo Gómez, el 18 de noviembre de 1999 (Acción de Cumplimiento–Radicación ACU-1016. Actor: Alberto Ovalle Escobar), en sus "consideraciones", diferenció estos dos temas, de la siguiente manera:

> La Sala en reciente providencia dictada dentro del expediente ACU 798 señaló las diferencias entre función pública y servicio público; manifestó:
>
> 'El manejo que generalmente se hace de la función pública se ha reducido exclusivamente al ámbito del derecho administrativo, para significar la relación que une al servidor público con la administración, y en tal sentido entonces se entiende, con carácter totalmente restringido como, el conjunto de regímenes de administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al Estado, cuando es lo cierto que, el concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor.
>
> En efecto, función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares; pero, '*es de señalar que la función pública significa una actividad de Estado que no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular, aun cuando se tratara de una empresa'*; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación de aquél (...)[68].
>
> Sobre el particular, la doctrina inclusive tiene precisada la diferencia existente entre *función pública y servicio público,* que, si bien son dos figuras próximas en el ámbito del derecho público, cada una de ellas posee su propia caracterización y tipificación que las diferencia entre sí, 'esta distinción procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que «toda tarea administrativa es constitutiva de servicios públicos» hoy ya desechada. No obstante, puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de

68 La Sentencia original, es decir la ACU-798, continúa anotando: "cómo sería el caso, por ejemplo, de los particulares transitoriamente investidos de la función de administrar justicia como conciliadores o árbitros (artículo 116 Constitución Política); o los particulares que bajo las condiciones del artículo 269 constitucional, sean encargados de ejercer el control interno de las entidades públicas; o la función notarial que desempeñen los particulares (artículo 1º Decreto 960 de 1970); o las funciones de registro mercantil (artículos 26 y 27 del Código de Comercio) y registro de proponentes (artículo 22 Ley 80 de 1993) confiados a las cámaras de comercio, etc. Es ese el sentido y alcance que la Constitución Política le confiere al concepto de función pública en los artículos 122 y 123, al caracterizarla como el ejercicio de competencias, es decir, de atribuciones legal o reglamentariamente asignadas a los órganos y servidores del Estado, señalando al propio tiempo que 'la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio'. Y así entonces, se define expresamente como función pública, entre otras, la administración de justicia (artículo 228), el control fiscal (artículo 267), etc., e igualmente quedan comprendidas en ese concepto otras actividades estatales, como la legislativa, la ejecutiva, la electoral, etc., en cuanto consisten en el ejercicio de competencias atribuidas a los órganos del Estado".

> sus manifestaciones no puede utilizar el poder público (por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización) *(subrayado por fuera del texto original).*
>
> Por lo tanto, se halla razonable la decisión del *a quo*, de rechazar por improcedente la acción de cumplimiento al haberse dirigido contra la Universidad Externado de Colombia, particular que no está en ejercicio de funciones públicas (...)".

El *Consejo de Estado*, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia de Germán Rodríguez Villamizar, el 5 de agosto de 1999 (Acción de Cumplimiento–Radicación ACU-798. Actor: *Sindicato de Trabajadores de la Cooperativa de Motoristas del Huila y Caquetá*), en sus "consideraciones" y citando un caso concreto, también diferenció estos dos temas, de la siguiente manera:

> "**2.2. El servicio público de transporte terrestre no constituye ejercicio de función pública.**
>
> En el marco conceptual expuesto, si bien el transporte público de pasajeros por carretera constituye un servicio público esencial, tal como lo define inclusive expresamente el artículo 5º de la Ley 336 de 1996, significa que se trata de la satisfacción de una necesidad de interés general a cargo de particulares, sujeta en su desarrollo a la prelación del interés general sobre el particular, especialmente en cuanto a la garantía del servicio y a la protección de los usuarios, de conformidad con los derechos y obligaciones que para el efecto señala la ley y el reglamento, bajo la inspección y vigilancia del Estado. Pero, la prestación de dicho servicio no implica el ejercicio de función pública, en cuanto no corresponde al ejercicio de competencias atribuidas a los órganos y servidores del Estado.
>
> Sobre el particular, la doctrina inclusive tiene precisada la diferencia existente entre *función pública y servicio público*, que, si bien son dos figuras próximas en el ámbito del derecho público, cada una de ellas posee su propia caracterización y tipificación que las diferencia entre sí, "esta distinción procede de la doctrina italiana y fue elaborada frente a la pretensión inicial de que «toda tarea administrativa es constitutiva de servicios públicos» hoy ya desechada. No obstante, puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado, y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público (por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización)."[69]
>
> **2.3. El caso concreto.**
>
> En tal virtud, como la empresa *Coomotor Ltda.*, no tiene a su cargo el ejercicio de una función pública, sino tan sólo la prestación de un servicio público, la acción de cumplimiento contra ella instaurada por *Sintracoomotor* es improcedente, según lo reglado en el artículo 6º de la Ley 393 de 1997 (...)".

69 De la Cuetara, Juan Miguel. La Actividad de la Administración. Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983, pág. 139.

La *Corte Constitucional*, en *Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003*, con ponencia de **Álvaro Tafur Galvis**, (Demanda de inconstitucionalidad – Expediente D-3982. Actor: ***Óscar Antonio*** Márquez Buitrago), en sus "consideraciones", se refirió a estos dos temas, así:

> "(…)
>
> **4.1.1.3 Los conceptos de función pública y de servicio público en la Constitución. La imposibilidad de hacer equivalentes el ejercicio de funciones públicas y la prestación por un particular de un servicio público.**
>
> Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función pública, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia[70].
>
> 4.1.1.3.1 La Constitución utiliza el término 'función' para identificar las actividades del Estado, (art. 113 C.P.)[71] así como para determinar las competencias de los diferentes órganos estatales (arts. 150, 241, 277 C.P. por ejemplo). Así mismo el artículo 122 señala que «no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento», en tanto que el artículo 212 Superior expresa que 'Ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley'.
>
> La Constitución hace referencia a las expresiones 'función pública' y 'funciones públicas' de manera específica en el capítulo II del título V sobre la organización del Estado, en el que se establecen los principios que rigen el cumplimiento de 'funciones públicas' por los servidores públicos.
>
> Cabe recordar, así mismo, que la Constitución califica expresamente como 'funciones públicas' la administración de justicia (art. 228 C.P.) y el control fiscal (art. 267 C.P.), en tanto que el artículo 209 se refiere a la 'función administrativa' (art. 209 C.P.) especie dentro del género función pública.
>
> Ahora bien, como ya ha señalado esta Corporación, las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y defini-

70 Articulo 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(…)

23. Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos.

71 Artículo 113. Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines.

ción funciones públicas, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado[72].

Según la idea que fluye del artículo 123 de la Constitución, servidor público es en este sentido toda persona que ejerce a cualquier título una función pública y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (C.P. arts. 123 y 125).

Así las cosas, la noción de 'función pública' atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines.

Empero, debe la Corte señalar que la posibilidad de desempeñar funciones públicas se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado mediante la elección o nombramiento y la posesión en un cargo, sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, puedan investirse de la autoridad del Estado y desempeñar funciones públicas administrativas (art. 123-3, 210-2, 267-2) o funciones públicas judiciales (art. 118-3).

4.1.1.3.2 La Carta Política -Capítulo V del Título XII, artículos 365 a 370-, se ocupa de la 'Finalidad social del Estado y de los Servicios Públicos', capítulo en el que se señala el régimen general que establece la Constitución para dichos servicios (art. 365 C.P.); se señalan objetivos para la actividad del Estado en materia de solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable y prioridades en materia de gasto público social (art. 366 C.P.); se fijan reglas específicas para los servicios públicos domiciliarios (arts. 367 a 369 C.P.); y se asigna competencia al Presidente de la República para señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten.

La Constitución utiliza igualmente el término de 'servicio público' para calificar expresamente como tales determinadas actividades, por ejemplo: (i) La Seguridad Social (art. 48 C.P.) de la que señala es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Así mismo que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley y precisa que la Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley; (ii) La atención en salud y el saneamiento ambiental (art. 49 C.P.), los cuales señala son servicios públicos a cargo del Estado, precisando en todo caso que corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a

72 Ver Sentencia C-563/98 M.P. Carlos Gaviria Díaz y Antonio Barrera Carbonell.

los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley; (iii) La educación (art. 67 C.P.) de la que expresa es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social que corresponderá al Estado regular y sobre el cual ejercerá la suprema inspección y vigilancia; así como (iv) la que desarrollan los notarios y registradores en relación con la cual la Constitución señala que compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías, con destino a la administración de justicia (art .131 C.P.)[73].

Cabe recordar además que la Constitución asigna al Presidente de la República la competencia para ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. (art. 189-22)[74].

Dichos servicios públicos estarán sometidos de acuerdo con el artículo 365 Superior, al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

La Corte ha señalado que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional; ello comporta que si bien los particulares concurren a dicha prestación, sea parcial o totalmente, como expresión de la libertad económica (art. 333 C.P.), el Estado tiene el deber de intervenir de modo que se aseguren tanto los fines fijados por el Constituyente para los servicios públicos en general (art 365 C.P.), como los que éste haya definido para determinados servicios (seguridad social, salud, por ejemplo)[75], por lo que puede establecer las condiciones y limitaciones que resulten necesarias, sean ellas relativas por ejemplo a la aplicación de '*instrumentos de intervención con los cuales se controlan y limitan los abusos y deficiencias del mercado'* [76], o el establecimiento de inhabilidades o incompatibilidades que puedan resultar necesarias para 'el logro de sus fines competenciales' y 'el respeto

73 Cabe precisar que en el caso de los notarios y registradores ellos ven atribuido el ejercicio de funciones públicas, relativas al cumplimiento de la función fedante y al manejo del registro público. Ver sobre la función notarial y su interpretación constitucional las Sentencias C-741/98 y C-399/99 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

74 Artículo 189. Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)

22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos. (...).

75 Ver Sentencia C- 915/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

76 Ver Sentencia C- 616/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

de los principios que rigen la función administrativa'[77] , fijando en todo caso límites a dicha intervención[78].

4.1.1.3.3 Las anteriores referencias permiten señalar que no resulta entonces asimilable en la Constitución el concepto de función pública con el de servicio público.

El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares[79]. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado[80].

Debe recordarse así mismo que como se desprende del artículo 365 Superior, la actividad de prestación de los servicios públicos no es únicamente del Estado, y que bien puede éste decidir dejarla en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22, 365, 370).

Ello no sucede en cambio en el caso de las funciones públicas, que corresponde ejercer a los servidores públicos y solo de manera excepcional puede ser encargado su ejercicio a particulares (art. 123-2), y en los términos ya expresados.

Cabe precisar que este entendimiento dado por la Constitución a la noción de servicio público corresponde a la evolución que dicha noción ha tenido en la doctrina[81] y que ya no corresponde a la noción clásica de servicio público que implicaba la asimilación del servicio público con la función pública y con el derecho público[82].

---

77 Ver Sentencia C-815/01 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

78 Así por ejemplo en relación con el servició público de seguridad social en salud ha precisado la Corte lo siguiente "Ahora bien, si el legislador decide mantener el modelo de concurrencia de empresas públicas y privadas en la prestación de un servicio público como el de salud, pero lo interviene y regula a fin de obtener objetivos constitucionales, ¿cuál es el límite de esta intervención? ¿hasta dónde puede llegar la imposición de restricciones y controles? Como se dijo arriba, esa intervención no puede ser tan intensa que en realidad llegue a eliminar radicalmente el esquema de mercado libre que mantiene la ley (pues si lo elimina cae en el extremo de estatización de la actividad que impone indemnización a los particulares que lícitamente la ejercían), por lo cual debe respetar ciertos límites que, con base en la Constitución, han sido señalados por esta Corporación. Estos límites, como se recuerda, indican: i) que tal intervención sólo puede adelantarse mediante ley; ii) que no puede afectar el núcleo esencial de la libertad de empresa; iii) que debe obedecer a motivos adecuados y suficientes que justifiquen la limitación; iv) que debe obedecer al principio de solidaridad; y, v) que debe responder a criterios de razonabilidad y proporcionalidad". Sentencia C-615/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

79 Ver Santamaría Pastor, Juan Alfonso *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, segunda edición, C.E. Ramón Areces, Madrid, 2000, pág. 301 y ss.

80 Sobre las potestades que reflejan el *imperium* estatal ver Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, quinta edición, Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1994, págs. 17 y ss.

81 Ver en particular Ariño Ortiz, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*, segunda edición. Fundación de Estudios de Regulación, Editorial Comares, Granada, 2001, págs. 487-614; Santamaría Pastor, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, segunda edición, C.E. Ramón Areces, Madrid, 2000, págs. 299-340; Cassagne, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, quinta edición, Abeleo Perrot, Buenos Aires, 1994, págs. 416-444.

82 Sobre la noción de servicio público y su evolución reciente en el derecho francés en el que tuvo origen ver Espulgas, Pierre. *Le service public*, 2e édition, Dalloz, Paris, 2002. Ver igualmente Che-

La Constitución Política, ha reservado para el Estado las funciones de regulación, control y vigilancia de los servicios públicos, -que en sí mismas corresponden cabalmente al ejercicio de funciones públicas-, mientras que la prestación de los mismos, en la medida en que no implica *per se* dicho ejercicio, ha determinado que puede ser adelantada por el Estado, por particulares o por comunidades organizadas (art. 365 C.P.).

No sobra precisar, que conforme al aparte final del artículo 365 Superior, cuando el Estado se reserva para sí la prestación exclusiva de un servicio público, previa la indemnización de las personas que en virtud de la ley que así lo determine queden privadas del ejercicio de una actividad legítima, el particular que eventualmente llegue a prestar ese servicio por decisión del mismo Estado, por el solo hecho de dicha prestación, o de la sola celebración de un contrato de concesión para el efecto, tampoco ejercerá una función pública. Solamente en caso de que la prestación haga necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, como, por ejemplo, señalamiento de conductas, ejercicio de coerción, expedición de actos unilaterales, podrá considerarse que este cumple en lo que se refiere a dichas potestades una función pública.

Ahora bien, en relación con los controles que se pueden ejercer respecto de los particulares que excepcionalmente cumplen funciones públicas, frente a aquellos que simplemente prestan un servicio público, cabe hacer las siguientes consideraciones.

Como ya se señaló el particular que ejerce funciones públicas se encuentra sometido exactamente a los mismos controles que los servidores públicos[83].

En el caso de un particular que presta un servicio público la Corte ha precisado que éste se encuentra sometido al régimen especial fijado por el legislador para la prestación del servicio público de que se trate, así como al control y vigilancia del Estado[84]. Ello no implica, sin embargo, que ese particular por el simple hecho de la prestación del servicio público se encuentre sometido al régimen disciplinario.

Así, la simple prestación por un particular del servicio público educativo, respecto del que la Constitución, al tiempo que reconoce la libre iniciativa de los particulares (art. 68 C.P.) y en materia universitaria un régimen de autonomía[85] (art. 69), señala precisos marcos para su ejercicio y un régimen de inspección y vigilancia específico (arts. 67, 189-21 C.P.), no se encuentra sometida al control de las autoridades disciplinarias.

El particular que presta dicho servicio si bien se encuentra sometido a la regulación y control del Estado para asegurar el cumplimiento de los fines

---

vallier, Jacques. *Le service public*, Que sais-je, PUF, 3e édition, Paris 1994 y Valette, Jean Paul. "Le service public à la française ", Ellipses, Paris, 2000.

83 Ver las Sentencias C-563/98 M.P. Antonio Barrera Carbonell y Carlos Gaviria Díaz y C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra citadas precedentemente en esta providencia.

84 Ver Sentencia C- 915/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

85 Sobre las características y límites del régimen de autonomía universitaria: Ver entre otras las Sentencias T-870/00 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-974/99 y T-460/02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

que en este campo ha señalado el Constituyente (arts. 67 a 71 C.P.), no cumple una función pública objeto de control disciplinario.

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

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

Así por ejemplo en aquellos casos a los que alude el artículo 33 de la Ley 142 de 1994[86] el particular que presta un servicio público domiciliario podrá responder disciplinariamente de sus actos dado que en esas circunstancias el particular ejerce respecto de las potestades que se le atribuyen una función pública, que como tal queda sometida al control disciplinario.

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

No sobra reiterar que en ese supuesto necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada en una habilitación expresa de la ley[87].

(…)".

La *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios*, en Conceptos C-187, C-188 y C-189 de 2011, suscritos por su procurador José Omar Ortiz Peralta, con relación al tema de "función Pública" y "servicio público", expuso:

86 De acuerdo con el artículo 33 de la Ley 142 de 1994 "quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos".

87 Ver Sentencia C-089a/ 94 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, así como las Sentencias C-543/01 y C-233 /02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

> "Sobre el concepto de 'función pública', ha de recordarse que la ilustración contenida en la Ley 1474 para precisar su alcance, viene de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En efecto, en la Sentencia C-037 de 2003, la Corte sostuvo, a propósito de la distinción entre conceptos de 'servicio público' y 'función pública' lo siguiente:
>
> *'La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado'*.
>
> De manera paladina precisó más adelante la Corte:
>
> *'(…) para efectos del control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado –que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción-, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario'*.
>
> En resumen, podríamos decir que el particular solamente ejerce funciones públicas en la medida en que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, profiere decisiones de aquellas que solo podría tomar quien está investido de las atribuciones del Estado".

De lo trascrito en precedencia se deduce:

Que la *función pública* no solo pertenece al derecho administrativo "para significar la relación que une al servidor público con la administración". "(…) el concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor".

Que la *función pública* involucra a "toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares".

Que la *función pública* no puede concebirse como análoga a la de un particular. Luego no puede aceptarse "que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de función pública, aunque, "en ocasiones" coincide el ejercicio de la función pública y la prestación del servicio público.

Que la *función pública y el servicio público,* si bien "son dos figuras próximas en el ámbito del derecho público, cada una de ellas posee su propia caracterización y tipificación que las diferencia entre sí". La función pública puntualiza una tarea que solo le compete al Estado, mientras que el servicio público se encuentra materializado en prestaciones a los particulares, ya sea por el mismo Estado o por particulares, sin que sea aceptable la generalización de que todo servicio público conlleva la realización de una *función pública*.

Que el alcance de *función pública* es el que determina la *Carta Política* en los artículos 122[88] y 123[89], "al caracterizarla como el ejercicio de competencias, es decir, de atribuciones legal o reglamentariamente asignadas a los órganos y servidores del Estado". Por ello señaló, como se expresó, que "la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen *funciones públicas* y regulará su ejercicio". Es decir, que los únicos instrumentos normativos que pueden precisar y señalar lo que constituye una *función pública* son la Carta Política y la ley, en donde de manera muy clara determine el poder y las competencias que debe cumplir el Estado. Es así como la *Constitución Política* define "expresamente como *función pública*, entre otras, la administración de justicia (artículo 228[90]), el control fiscal (artículo 267[91]), etc.,". Un

88 Señala la disposición constitucional: "No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando la autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

(inciso modificado por el artículo 4º del Acto Legislativo 1 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:) Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

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

89 Dice la disposición constitucional: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

"La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio".

90 Indica la disposición constitucional: "La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo".

91 Precisa la disposición constitucional: "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado.

La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial.

La Contraloría es una entidad de carácter técnico con autonomía administrativa y presupuestal.

claro ejemplo de la función pública atribuida por la ley es el citado en la *Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003*, cuando trae a colación el artículo 33 de la *Ley 142 del 11 de julio 1994*[92] en el que el particular "que presta un servicio público domiciliario podrá responder disciplinariamente de sus actos dado que en esas circunstancias el particular ejerce respecto de las potestades que se le atribuyen una función pública, que como tal queda sometida al control disciplinario. En ese orden de ideas, para efectos del control disciplinario será solamente en el caso en que la prestación del servicio público haga necesario el ejercicio de funciones públicas, entendidas como exteriorización de las potestades inherentes al Estado —que se traducen generalmente en señalamiento de conductas, expedición de actos unilaterales y ejercicio de coerción—, que el particular estará sometido, en relación con dicho ejercicio, al régimen disciplinario. No sobra reiterar que en ese supuesto necesariamente la posibilidad de que el particular pueda hacer uso de dichas potestades inherentes al Estado debe estar respaldada en una habilitación expresa de la ley"[93]. Otro ejemplo que trae la ley, es el relacionado con el interventor (en los contratos estatales), sobre el cual la jurisprudencia y la doctrina han precisado que cumplen una verdadera *función pública* (la vigilancia para la correcta ejecución contractual)[94], prueba de ello es lo expresado en el artículo 70 del *Código General Disciplinario* (que en su oportunidad se encontraba contenido en el artículo 53

No tendrá funciones administrativas distintas de las inherentes a su propia organización.

El Contralor será elegido por el Congreso en pleno en el primer mes de sus sesiones para un período igual al del Presidente de la República, de terna integrada por candidatos presentados a razón de uno por la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, y no podrá ser reelegido para el período inmediato ni continuar en ejercicio de sus funciones al vencimiento el mismo. Quien haya ejercido en propiedad este cargo no podrá desempeñar empleo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Sólo el Congreso puede admitir las renuncias que presente el Contralor y proveer las vacantes definitivas del cargo; las faltas temporales serán provistas por el Consejo de Estado.

Para ser elegido Contralor General de la República se requiere ser colombiano de nacimiento y en ejercicio de la ciudadanía; tener más de 35 años de edad; tener título universitario; o haber sido profesor universitario durante un tiempo no menor de 5 años; y acreditar las calidades adicionales que exija la ley.

No podrá ser elegido Contralor General quien sea o haya sido miembro del Congreso u ocupado cargo público alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección. Tampoco podrá ser elegido quien haya sido condenado a pena de prisión por delitos comunes.

En ningún caso podrá intervenir en la postulación o elección del Contralor personas que se hallen dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil o legal respecto de los candidatos".

92 Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones. Su artículo 33 señala:

"Artículo 33. Facultades especiales por la prestación de servicios públicos. *Quienes presten servicios públicos tienen los mismos derechos y prerrogativas que esta Ley u otras anteriores, confieren para el uso del espacio público, para la ocupación temporal de inmuebles, y para promover la constitución de servidumbres o la enajenación forzosa de los bienes que se requiera para la prestación del servicio; pero estarán sujetos al control de la jurisdicción en lo contencioso administrativo sobre la legalidad de sus actos, y a responsabilidad por acción u omisión en el uso de tales derechos".*

93 Ver Sentencia C-089a/ 94 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, así como las Sentencias C-543/01 y C-233 /02 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

94 Julio César Cárdenas Uribe, en su obra La responsabilidad disciplinaria en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios, dijo: "(…) Pero en este caso específico, realizar una actividad que es propia del Estado, como es un contrato de interventoría, ya que la administración pública le está otorgando al particular unas prerrogativas especiales como son la de vigilar la buena marcha del contrato, exigir al contratista la información necesaria, dar órdenes en los contratos… esto da a

del *Código Disciplinario Único*) en el que el legislador señaló que "*el presente régimen se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria (…) que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales (…)"*, lo cual permanece vigente a pesar de la modificación que introdujera el artículo 44 de la *Ley 1474 del 12 de julio de 2011* y la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019 o* Código General Disciplinario.

De la misma manera, la *Constitución Política* en los artículos 123, 210 y 150-23, precisa que el mecanismo para otorgar funciones públicas lo constituye la ley. Cosa similar se afirma en la jurisprudencia de la *Corte Constitucional* y especialmente en las Sentencias C-308/94, C-167/95, C-286/96, C-563/98, C-060/01, C-1195/01, C-037/03. Así mismo esa condición jurídica se refleja en la *Sentencia de la Corte Suprema de Justicia* – Sala de Casación Penal – del 29 de agosto de 2012 y en el Concepto 070/08 de la *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios*.

Veamos:

> ***Constitución Política*:**
>
> *Artículo 123*. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.
>
> Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.
>
> La *ley* determinará el régimen aplicable a los *particulares* que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio
>
> *Artículo 210*. Las entidades del orden nacional descentralizadas por servicios sólo pueden ser creadas por ley o por autorización de ésta, con fundamento en los principios que orientan la actividad administrativa.
>
> Los *particulares* pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la *ley*.
>
> La ley establecerá el régimen jurídico de las entidades descentralizadas y la responsabilidad de sus presidentes, directores o gerentes.
>
> *Artículo 150*. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:
>
> (…) 23. *Expedir las leyes que regirán el ejercicio de las funciones públicas* y la prestación de los servicios públicos (…)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.
>
> ***Corte Constitucional:***
>
> *Sentencia C-308 del 7 de julio de 1994*
>
> Actor: Milcíades Zuluaga Herrera

entender que el particular objetivamente está realizando una actividad que es propia del Estado, y por esta razón puede ser sujeto disciplinable (…)".

M.P. Antonio Barrera Carbonell

D-476.

"(...)

Dentro del debate ocurrido en el presente proceso, tanto el actor como los intervinientes y aún la propia Procuraduría coinciden en admitir que los recursos del Fondo son el producto de contribuciones parafiscales. Tal convencimiento se apoya en los criterios reiterados de la jurisprudencia nacional que ha admitido esa caracterización como propia de los referidos recursos, después de superar el examen ponderado de su origen, objetivos y funciones, teniendo en cuenta el hecho de que la Constitución de 1991 reconoció y consagró expresamente el fenómeno de la parafiscalidad como una categoría autónoma dentro de los gravámenes o contribuciones que puede imponer el Estado. La inversión de recursos del Fondo 'al servicio de la industria cafetera... hace parte de la tarea oficial', y que la justificación para que tales recursos se incorporen al presupuesto nacional estriba en el hecho de que ese es 'un principio de orden en el manejo de los dineros públicos y en su gasto'**.** *Lo que se acaba de señalar supone evidentemente la afirmación por el organismo judicial, de que las atribuciones asignadas por la ley a la Federación Nacional de Cafeteros son funciones públicas* y, del mismo modo, que los recursos del Fondo Nacional del Café son *ingresos públicos*.

(...)

La Federación Nacional de Cafeteros administra, no obstante tener la condición de *persona jurídica de derecho privado*, unos *recursos públicos* que son los que integran el *Fondo Nacional del Café*. Y debe tenerse en cuenta, así mismo, que dichos recursos se canalizan para sufragar los gastos e inversiones que demandan la ejecución de los programas que asumió la Federación como delegataria del Estado para la defensa, protección y fomento de la industria cafetera colombiana, actividades estas que indudablemente constituyen *funciones públicas*. Hay que dejar en claro que, en razón de ser recursos públicos, provenientes de contribuciones parafiscales, los bienes que integran el Fondo Nacional del Café no hacen parte del erario, es decir, del Tesoro de la Nación. Y por esta razón, en ningún caso, mientras esté vigente el contrato con la Federación, podrá dárseles destinación diferente a la prevista en las leyes que establecen las fuentes de financiación del referido Fondo. Las contribuciones parafiscales, se repite, son recursos públicos, pero no son ingresos corrientes de la Nación.

(...)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Sentencia C-167 del 20 de abril de 1995

Actor: Luz Amparo Serrano Quintero

M.P. Fabio Morón Díaz

D-754

"(…)

Tercera. El Ejercicio de la Función del Control Fiscal en la C. P. de 1991 y los particulares que Administran Fondos y Bienes de la Nación.

(...)

En efecto, la Carta Política en el artículo 267 determina como *función pública* a cargo de la *Contraloría General de la República* el control fiscal de la gestión de la Administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación. Es así como, en el Estado social de derecho, se han concebido dentro de un largo proceso histórico sistemas articulados de controles y contrapesos que procuran prevenir y sancionar las fallas o extralimitaciones en el ejercicio del poder público. Es bajo este orden de ideas que el constituyente colombiano institucionalizó varios sistemas de controles entre los cuales se destaca el control fiscal, que comprende la 'gestión fiscal de la administración' que no sólo se limita a la Rama Ejecutiva del poder público, sino que se hace extensivo a todos los órganos del Estado y a los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación. La doctrina nacional ha señalado con acierto el fundamento que posee el control fiscal cuando dice:

'El principio superior sobre el cual se basa toda teoría de control de la función pública, es la soberanía nacional, es decir, el poder que posee la Nación, por conducto de sus representantes, no solamente al fijar los ingresos y los gastos públicos según las necesidades generales sino de asegurarse al mismo tiempo, que los fondos han quedado realmente afectados a los fines para los cuales fueron creados y destinados. (Alfonso Palacios Rudas citado por Jacobo Pérez Escobar. '*Derecho Constitucional Colombiano'*. Ediciones Librería el Profesional 1987).

En efecto, el Congreso de la República expidió la Ley 42 de 1993 'sobre organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que la ejercen'. En su articulado se determinan los organismos que ejercen el control fiscal en los diferentes niveles, así como los principios, sistemas y procedimientos que lo rigen.

El artículo 2º señala los sujetos del control fiscal, entre los cuales quedan comprendidos las personas naturales o jurídicas de carácter privado que manejan fondos o recursos del Estado.

Para la Corte, la función fiscalizadora ejercida por la *Contraloría General de la República* propende por un objetivo, el control de gestión, para verificar el manejo adecuado de los recursos públicos sean ellos administrados por organismos públicos o privados, *en efecto, la especialización fiscalizadora que demarca la Constitución Política es una función pública que abarca incluso a todos los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación*. Fue precisamente el constituyente quien quiso que ninguna rama del poder público, entidad, institución, etc., incluyendo a la misma *Contraloría General de la República*, quedara sin control fiscal de gestión. Entonces ningún ente, por soberano o privado que sea, puede abrogarse el derecho de no ser fiscalizado cuando tenga que ver directa o indirectamente con los ingresos públicos o bienes de la comunidad; en consecuencia, la Constitución vigente crea los organismos de control independientes (art. 263) para todos los que manejen fondos públicos y recursos del Estado, incluyendo a los particulares.

(...)

La *función pública* de la *Contraloría General de la República* también ha sido considerada por esta Corporación en Sentencias C-529 y C-574 del 11 de noviembre de 1993, en las cuales se ha establecido con claridad la naturaleza y fines del mismo. En efecto, esta Corte ha manifestado que:

(...)

La Contraloría General de la República como acertadamente lo anota el concepto del Procurador General de la Nación, fue creada en la Ley 42 de 1923 y luego la función de control fiscal se elevó a rango constitucional en 1945 y se ratificó en la Reforma Constitucional de 1968 hasta la redefinición de su papel constitucional en la Carta de 1991.

En efecto, según lo preceptuado por el artículo 267 del Estatuto Superior, es función pública exclusiva y excluyente de la Contraloría General de la República ejercer la vigilancia de la gestión fiscal de la administración y de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación. El legislador, entendió que el ejercicio del control fiscal sobre una entidad, pertenezca o no a la administración, se produce cuando ella administre, recaude o invierta fondos públicos, o sea de los que pertenecen al erario con el fin de que se cumplan los objetivos que el legislador constitucional pretende, toda vez que el control fiscal persigue el recaudo y la inversión debida de los fondos públicos, conforme con las determinaciones legales del caso, o sea en armonía con presupuestos válidamente adaptados sobre el monto de las rentas por recaudos y los gastos de inversiones en servicios por hacer.

(...)

En efecto, no es extraño que los particulares ejerzan funciones públicas por habilitación del Estado, ya que los particulares pueden intervenir en el ámbito de funciones públicas. Sus atribuciones y el ejercicio de la función no modifican *per se*, la naturaleza privada de las personas jurídicas, pero en el ejercicio de las atribuciones estas se hallan sujetas a las reglas propias de la función que ejercen, pues en razón del acto de habilitación ocupan el lugar de la autoridad estatal, con sus obligaciones, deberes y prerrogativas. En consecuencia, para los efectos de la función administrativa, las personas jurídicas privadas deben actuar teniendo en cuenta las finalidades señaladas en el ordenamiento jurídico y utilizando explícitamente los medios autorizados, tales como las normas administrativas; *por tanto, los recursos económicos provenientes del ejercicio de las funciones públicas, tienen el carácter de fondos públicos y, por ende, están sujetos a controles específicos, entre otros el que ejerce la Contraloría General de la República a través del control fiscal de los particulares que manejan fondos o bienes de la Nación*.

Para esta Corporación es claro entonces que, a pesar de la naturaleza corporativa, gremial y privada de las Cámaras de Comercio a la luz de los artículos 123 inciso 3º y 210 inciso 2º de la Carta Política, éstas pueden ser habilitadas para cumplir funciones públicas en las condiciones previstas en la ley, como sería el caso del artículo 86 inciso 3º *del* Código de Comercio que le confía la función pública de llevar el registro público mercantil y certificar sobre los

documentos y actos en él inscritos, no obstante el carácter privado de las mismas. A este respecto ya esta Corporación se ha pronunciado en Sentencia C-144 del 20 de abril de 1993 que declaró la exequibilidad de los artículos 119 y 124 de la Ley 6ª de 1992, en la cual la Corte Constitucional consideró que:

'A las cámaras de comercio la Ley confía *la función de llevar el registro mercantil y certificar sobre los actos y documentos en él inscritos* (C de Co art. 86). El origen legal del registro, la obligatoriedad de inscribir en él ciertos actos y documentos, el valor vinculante de las certificaciones que se expiden, la regulación legal y no convencional relativa a su organización y a las actuaciones derivadas del mismo, el relieve esencial que adquiere como pieza central del Código de Comercio y de la dinámica corporativa y contractual que allí se recoge, entre otras razones, justifican y explican el carácter de función pública que exhibe la organización y administración del registro mercantil.

'Las cámaras de comercio a las cuales se ha encargado el ejercicio de la anotada función, *no son entidades públicas,* pues no se avienen con ninguna de las especies de esta naturaleza contempladas y reguladas en la Constitución y la Ley. Si bien nominalmente se consideran 'instituciones de orden legal' (C. de Co. Art. 78), creadas por el Gobierno, lo cierto es que ellas se integran por los comerciantes inscritos en su respectivo registro mercantil (C. de Co.). La técnica autorizatoria y la participación que ella reserva a la autoridad pública habida consideración de las funciones que cumplen las cámaras de comercio, no permite concluir por sí solas su naturaleza pública. Excluida la función de llevar el registro mercantil, las restantes funciones de las cámaras, su organización y dirección, las fuentes de sus ingresos, la naturaleza de sus trabajadores, la existencia de estatutos que las gobiernan, extremos sobre los cuales no es necesario para los efectos de esta providencia entrar a profundizar, ponen de presente que sólo a riesgo de desvirtuar tales elementos no se puede dudar sobre su naturaleza corporativa, gremial y privada.

Las cámaras de comercio, no obstante su carácter privado, pueden ejercer la función pública de administrar el registro mercantil. Los artículos 123 y 365 de la C.P. permiten al Legislador disponer que un determinado servicio o función pública sea prestado por un particular de acuerdo con el régimen que para el efecto establezca.

"La circunstancia de que un servicio o función, en los términos de la ley, se desempeñen por un particular, no impide que el Legislador sujete dicha actividad o servicio a un sistema tributario de tasa, máxime si éste resulta ser el único adecuado e idóneo para ese propósito. En este evento, la determinación de la tarifa puede revestir un cierto grado de complejidad técnica que no haga aconsejable su inmediata fijación por el Legislador, a lo cual puede igualmente sumarse la inconveniencia política (un particular que participe en la elaboración de la norma tributaria que grava a otro particular) y ética (conflicto de interés en cabeza de quien determina la tarifa y recibe el ingreso correspondiente a la misma) de librar su determinación al particular que presta el servicio. En estas condiciones, cabe admitir que la tarifa sea fijada por el Gobierno, pues si bien no presta directamente el servicio, no es ajeno al mismo como quiera que la Constitución le confía su control y vigilancia (C.P. arts. 189-22 y 365). La función pública de la administración del registro mercantil se lleva a cabo bajo la estricta vigilancia y control del Gobierno,

que de esta manera participa en la prestación de los servicios inherentes al mismo. No se observa, por este concepto, violación alguna al texto del artículo 338 de la C.P.". (M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz).

(...)

Cuarto.–Los ingresos de la Cámara de Comercio y el Registro Público Mercantil.

Evidentemente, y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, las Cámaras de Comercio ejercen en cuanto al registro mercantil, una *función pública* en las condiciones previstas en la ley.

En efecto, el registro mercantil es público, tal como lo prevé el artículo 27 del Código Mercantil Colombiano, el cual dispone.

'Cualquier persona podía examinar los libros y archivos en que fuere llevado, tomar anotaciones de sus asientos o actos y obtener copias de los mismos". Igualmente este registro es obligatorio, toda vez que los comerciantes deben matricularse en el mismo, renovar anualmente su matrícula y la de sus establecimientos de comercio, inscribir todos los actos, libros y documentos, respecto de los cuales la ley exija esa finalidad, *en consecuencia, por habilitación del Estado, las Cámaras de Comercio cumplen en esta materia clara función pública, no obstante su carácter privado.* Es claro que, en la medida en que la ley reguladora de una determinada actividad de interés social autorice su cumplimiento por parte de entidades privadas, *bien puede asignar las funciones públicas, sin que éstas per se pierdan su naturaleza de personas jurídicas de derecho privado*. Igualmente, el acto estatal de habilitación en estas materias, debe ser, dentro del contexto constitucional colombiano, de naturaleza legal como quiera que la Carta Política en varias de sus disposiciones contempla la idea de la participación y la intervención de los particulares en las actividades sociales y estatales, es decir el estatuto superior permite lo que los doctrinantes del derecho administrativo han concebido y denominado como la descentralización por colaboración.'

(...)

A propósito de la función pública administrativa de las personas privadas debe destacar la Corte que la atribución de funciones públicas implica la titularidad y ejecución de poderes públicos especiales de derecho público.

El cumplimiento por parte de las personas jurídicas privadas de actividades originalmente reservadas al Estado y delegadas por éste, *mediante habilitación legal*, como atribuciones del poder público, genera la existencia correlativa de controles especiales, de los cuales es titular la organización estatal; ellos pueden manifestarse, por ejemplo, en la injerencia del Estado en los órganos de dirección y decisión de la entidad y en la sujeción a estatutos legales o el sometimiento de ciertos actos a aprobación y revisión por parte de instancias estatales, como el ejercicio del control fiscal de los particulares que manejen fondos o bienes de la Nación.

La *función pública* en las condiciones previstas en la ley implica que los recursos económicos provenientes de estas funciones tienen el carácter de

fondos públicos, sujetos a controles específicos, así es como, verbigracia, la Ley 6ª de 1992 faculta al Gobierno Nacional para fijar el monto de las tarifas que deben sufragarse en favor de las Cámaras de Comercio por concepto de las matrículas, sus derivaciones e incorporaciones de los actos, libros y documentos en el registro mercantil.

Considera la Corte, que las actuaciones que las Cámaras de Comercio desarrollan en cumplimiento de la función pública del registro mercantil, es una función a cargo del Estado, pero prestada por los particulares por habilitación legal (art. 86 inc. 3º del Código de Comercio), igualmente, los ingresos que genera el registro mercantil, proveniente de la inscripción del comerciante y del establecimiento de comercio, así como de los actos, documentos, libros respecto de los cuales la ley exigiere tal formalidad, son ingresos públicos (tasa), administrados por estas entidades privadas, gremiales y corporativas, sujetas a control fiscal por parte de la Contraloría General de la República.

(…)

En conclusión, la tasa creada por la Ley 6ª de 1992, no es un recurso privado de las Cámaras de Comercio, sino que se constituye en un recurso público, toda vez que surge de la soberanía fiscal del Estado, no de la voluntad individual entre los particulares comerciantes, *pues únicamente posee el propósito de financiar la función pública del registro mercantil; no es un título adquisitivo de dominio para la persona jurídica de derecho privado que la presta, ya que el ejercicio de las funciones públicas atribuidas a las personas jurídicas se hallan sujetas a las reglas propias de la función administrativa ejercida*, pues, en virtud de la habilitación, ocupan el lugar de la autoridad estatal con sus deberes y prerrogativas; en consecuencia, los recursos económicos provenientes del ejercicio de tales funciones, como el registro público mercantil se traducen en la generación y conformación de fondos públicos.

(…)

De tal suerte que el control fiscal que se ejerce sobre las tasas no modifica su naturaleza de ingreso público por ser administradas y percibidas por una persona de derecho privado, ya que la misma Carta dispone en el artículo 123 que 'la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen *funciones públicas* y regulará su ejercicio'. Igualmente, el control fiscal posterior y selectivo que establece, el artículo 267 de la Carta, se traduce en un control financiero de gestión y de resultados, fundado en la eficacia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales, lo cual implica la vigilancia específica sobre las Cámaras de Comercio tendiente a asegurar que la prestación del servicio del registro mercantil se realice dando cumplimiento a los principios reseñados en la ley mercantil.

(…)". *(las letras inclinadas fuera del texto).*

Sentencia C-286 del 27 de junio de 1996

Actor: Alba Nelly Obando Reyes y Darío Correa Uribe

M.P. José Gregorio Hernández Galindo

D-1116

"(...)

El ejercicio de funciones públicas por particulares. Sujeción objetiva de éstos al poder disciplinario.

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

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

A la inversa, el particular, quien precisamente no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado -en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura-, ni percibe de él asignación o salario, está en principio exento del régimen disciplinario estatal y su responsabilidad ante las autoridades únicamente puede surgir de las transgresiones en que incurra en relación con los preceptos constitucionales y legales, tal como lo pregona el artículo 6º de la Carta Política.

Sin embargo, de nuestro sistema jurídico ha desaparecido hace mucho tiempo la separación absoluta y extrema entre las órbitas pública y privada en lo relacionado con las actividades que tienen por objeto la realización de los fines perseguidos por la sociedad y la satisfacción efectiva de sus necesidades.

La distinción subsiste, como corresponde al Estado de Derecho, pero la complejidad de las relaciones que deben establecerse en el seno de la colectividad y el necesario acomodamiento de las instituciones a las exigencias reales impuestas por la convivencia, han dejado atrás los moldes formalistas y los criterios herméticos, *para dar paso a la concepción material de la cosa pública, a la creciente participación de todos en las decisiones que los afectan y al cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, con miras al servicio efectivo de la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución* (artículo 2º C.P.).

De allí resulta que, sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, *la Constitución haya previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada*.

Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo N.º 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, *que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen*, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.

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

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

Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, *el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado* desde el punto de vista subjetivo.

El asunto planteado en la demanda *radica en definir si la atribución de responsabilidades y funciones públicas en cabeza de particulares, así como la correspondiente responsabilidad disciplinaria* y el régimen al que, en virtud de ella, queda sometida la persona tan sólo pueden tener lugar a título estrictamente temporal o sería factible que se extendieran de modo indefinido o permanente.

La regla general, deducida del artículo 123 de la Constitución, es la de atribuciones apenas transitorias según lo que disponga el legislador: '*La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas*'.

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*.

Si ello es así, no podía el legislador ignorar la diversidad de posibilidades al fijar el ámbito del poder disciplinario en la Ley 200 de 1995. Haber atado el

control correspondiente al ejercicio temporal de la *función pública* en el caso de personas privadas, a sabiendas de que la propia preceptiva constitucional propicia situaciones de ejercicio permanente, *habría llevado al contrasentido de que precisamente ellas -y no las de actividad pública transitoria- quedaran fuera de todo control disciplinario*.

La Corte considera que el precepto acusado no está creando casos de actuación pública permanente a cargo de particulares -supuesto del cual parte el actor- *sino reconociendo que, a la luz de la Constitución, ellas pueden darse y señalando como consecuencia la sujeción de quienes asuman su desempeño al régimen disciplinario que la Ley contempla*.

No se encuentra, por tanto, motivo alguno de inconstitucionalidad de las expresiones impugnadas y así habrá de declararse.

Estimase necesario precisar que el ejercicio de *funciones públicas* por particulares, según lo visto, no incluye, para los fines de la Ley Disciplinaria, las relaciones contractuales entre el Estado y personas privadas, pues éstas son independientes en cuanto no las liga al ente público lazo alguno de subordinación.

Se reitera, por ello lo afirmado en la Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996 (M.P.: Dr. Alejandro Martínez Caballero).

Por otra parte, la Corte debe advertir que la norma objeto de proceso fija apenas el ámbito de aplicación de la normatividad disciplinaria *e incluye allí a los particulares que ejerzan funciones públicas*, lo cual no implica que el mismo precepto se haya ocupado en la definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas.

Con arreglo al principio de legalidad, que surge claramente para los particulares del artículo 6º de la Constitución, y según el postulado del debido proceso, cuya vigencia estricta en los procesos disciplinarios ha proclamado la doctrina constitucional, *la incorporación de los particulares que ejercen funciones públicas como sujetos pasibles del poder disciplinario no representa ni podría representar, so pena de flagrante oposición a los mandatos superiores, una norma abierta que de modo automático exponga a quien se halla en tal hipótesis al escrutinio arbitrario de su actividad por parte de los organismos que ejercen el poder disciplinario y a la expectativa de posibles procesos y sanciones ajenos a reglas legales predeterminadas o al derecho de defensa*.

Lo que se declara exequible en esta ocasión es únicamente la expresión demandada y su implicación fundamental, *cual es la de que los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente están sujetos al régimen disciplinario que la ley disponga*.

Corresponde, entonces, al legislador establecer ese régimen, consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, *estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos*.

La constitucionalidad de las correspondientes disposiciones habrá de verificarse en su momento, por lo cual no resulta ni se desprende de la que ahora se declara.

(…)". *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Sentencia C-563 del 7 de octubre de 1998

Actor: Nicolás Alberto Danies Silva

M.P. Carlos Gaviria Díaz

D-1989

"(…)

3.6. Las actividades de los servidores públicos, propias de su cargo o destino, son por esencia y definición *funciones públicas*, pues están dirigidas a contribuir al logro de la prestación oportuna y eficaz de los cometidos públicos a cargo del Estado.

Según la idea que fluye del art. 123 de la Constitución, servidor público es toda persona que ejerce a cualquier título una *función pública* y, en tal virtud, ostentan dicha condición los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, así como las personas vinculadas al Estado mediante relaciones laborales especiales, según lo determine el legislador (C.P. arts. 123 y 125).

Los particulares pueden ejercer funciones públicas, en forma temporal o permanente, como se deduce de los artículos 123, inciso tercero y 210, inciso segundo. No resulta exótico, por lo tanto, que el legislador califique de servidores públicos a los particulares que desarrollan *funciones públicas*, aun cuando no por ello se les deba encajar necesariamente dentro de las mencionadas especies constitucionales, es decir, miembro de corporación pública, empleado o trabajador oficial, porque el legislador puede establecer diferentes categorías de servidores públicos.

Lo que coloca al particular en la situación de servidor público, no es concretamente el vínculo que surge de la relación, importante o no, con el Estado, sino de la naturaleza de la función que se le atribuye por ministerio de la ley, la cual fija la índole y alcance de la relación jurídica.

3.7. En sentido amplio *la noción de función pública atañe al conjunto de las actividades que realiza el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes, (art. 113) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines*.

En un sentido *restringido se habla de función pública, referida al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado*. Por lo mismo, empleado, funcionario o trabajador es el servidor público que esta investido regularmente de una

función, que desarrolla dentro del radio de competencia que le asigna la Constitución, la ley o el reglamento (C.P. art. 123).

El funcionario o empleado, al vincularse al servicio, adquiere una investidura que lo coloca en una relación de dependencia con el Estado, la cual determina que pueda exigírsele, en razón de su conducta, un grado específico de responsabilidad. De este modo, cuando incumple sus deberes o incurre en conductas prohibidas, debe acarrear con las cargas y consecuencias de orden patrimonial, disciplinario, e inclusive penal.

Situación parecida se presenta con el trabajador oficial, con algunas variables derivadas de la naturaleza de la relación contractual.

3.8. La comunidad de ideales y de problemas que comparten y afrontan el Estado y la sociedad civil ha determinado la búsqueda de soluciones comunes a las necesidades colectivas, donde el esfuerzo mancomunado y creativo tiende a reemplazar las oposiciones y diferencias, que antes eran naturales.

Es dentro de la anterior concepción, como se ha hecho posible la colaboración de los particulares en el desempeño de ciertas funciones o actividades públicas, sin que éstas ni el sujeto que las ejecuta se desnaturalicen.

En este sentido ha señalado la Corte:

'De allí resulta que, sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución haya previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada'.

3.9. *Cuando se asigna al particular el cumplimiento de una función pública, éste adquiere la condición de un sujeto cualificado, en la medida en que se amplifica su capacidad jurídica, sin que por ello deje de ser un particular*. Sin embargo, en este evento su situación jurídica se ve afectada en virtud de las responsabilidades que son anejas a quien cumple funciones de la indicada naturaleza.

Con todo, es necesario tener en cuenta que no toda relación con el Estado genera de hecho o de derecho la situación prevista en el supuesto anterior, *porque la asignación de funciones es una atribución reservada a la ley y ello no podrá ocurrir sino en los casos en que ella misma lo determine, desde luego con arreglo a la Constitución*.

La Corte ha señalado *los eventos en que es posible la asignación de funciones públicas, precisando que el ejercicio de éstas no puede estar al margen de los controles públicos, ni supeditado a consideraciones subjetivas*, pues su valoración no atiende a la condición de quien la ejerce, sino a su materialidad. Así anotó:

'Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2º, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo N.º 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, *que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.*

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

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

3.10. Las razones precedentes obligan a un cuidadoso examen de la situación atinente a la responsabilidad de los contratistas.

> Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, *pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública*.

Lo anterior es evidente, si se observa que *el propósito de la entidad estatal no es el de transferir funciones públicas a los contratistas, las cuales conserva, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual*, en aras de realizar materialmente los cometidos públicos a ella asignados. Por lo tanto, por ejemplo, *en el contrato de obra pública el contratista no es receptor de una función pública, su labor que es estrictamente material y no jurídica* se reduce a construir o reparar la obra pública que requiere el ente estatal para el alcanzar los fines que le son propios. Lo mismo puede predicarse, por regla general, cuando se trata de la realización de otros objetos contractuales (suministro de bienes y servicios, compraventa de bienes muebles, etc.).

En las circunstancias descritas, *el contratista se constituye en un colaborador o instrumento de la entidad estatal para la realización de actividades o prestaciones que interesan a los fines públicos, pero no en un delegatario o depositario de sus funciones*.

Sin embargo, *conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc*.

En consecuencia, *cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador*.

3.11. Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Corte entra a pronunciarse en concreto sobre los cargos de la demanda, así:

(...)

b) En el artículo 56 de la Ley 80/93, se adiciona la regulación de la responsabilidad en materia penal del contratista, *el interventor, el consultor y el asesor, cuando al asimilarlos a 'particulares que cumplen funciones públicas', se les sujeta 'a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos'*.

Las razones antes expuestas sirven para justificar la constitucionalidad de este artículo pues, de acuerdo con la Carta, nada obsta para que los consultores, interventores y asesores externos respondan penalmente en los mismos términos que los servidores públicos.

Ahora bien: en contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. *Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos*.

En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público.

La mayor responsabilidad que adquiere el particular cuando interviene en los contratos estatales, ya ha sido objeto de análisis por parte de esta Corporación:

> '(...) a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo'.

Algo más: es conveniente precisar y reiterar que el artículo demandado asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales; otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continúa predicando con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria.

Sobre el punto la Corte ha insistido repetidamente que el régimen disciplinario no puede ser aplicado a los particulares que prestan sus servicios al

Estado, pues en esos casos no se presenta una relación de sujeción o supremacía entre la Administración y la aludida persona. *Este régimen, sólo puede ser aplicado a los servidores públicos, porque la posición de éstos 'en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquel con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales*. Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado'.

No sucede lo mismo en materia penal, pues toda persona, sin importar si es servidor público o particular debe responder por infringir la Constitución o la ley (artículo 6º CN). La competencia para establecer el grado de responsabilidad que se deriva de la conducta desplegada por los particulares o los funcionarios públicos corresponde al legislador y mientras ésta no sea desproporcionada o exagerada en relación con el interés que se pretende proteger, válido a la luz de la Constitución, no puede existir reproche alguno de constitucionalidad.

(...)

c) El artículo 63 del Código Penal, modificado por la Ley 190/95, art. 18, considera servidores públicos para fines penales, entre otros, a los miembros de las corporaciones públicas, a los empleados y trabajadores del Estado, a los integrantes de la fuerza pública y a '*los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria'*.

La figura que utiliza la norma para considerar al particular como servidor público, se sustenta en la exigencia especial de que **éste cumpla funciones públicas**. Es esta cualificación del sujeto la que da lugar a la asimilación jurídica, de manera que existirá o dejará de existir si el particular ejerce o deja de ejercer dichas funciones.

La referida disposición, incorporada en la parte general del Código Penal, no tiene otra pretensión que la de regular, para efectos penales, una situación específica en que se extiende la noción de servidor público, en relación con los particulares que ejercen *funciones públicas*, en forma permanente o transitoria, sin tener que recurrir a enumeraciones en las descripciones de los diferentes tipos penales en los que el servidor público es sujeto activo del ilícito.

La asimilación a servidor público de los particulares que ejercen *funciones públicas* en forma permanente o transitoria se compadece con el sentido incito en el artículo 123 de la Constitución, en la medida en que objetivamente quien ejerce una *función pública* adquiere la condición de servidor público.

Es función pública, como dice Maggiore, *toda actividad que realice fines propios del Estado, aunque la ejerzan personas extrañas a la administración pública*.

En esta perspectiva la *función pública* se valora objetivamente, haciendo abstracción de quienes la ejercen o son investidos de ella, y considerando que por esta vía el sujeto que la ejerce participa o colabora en la realización de las funciones y cometidos del Estado.

Para efectos de dicha valoración, poco interesa que dichas funciones se ejerzan en forma temporal o permanente, porque las normas de la Constitución regulan ambos tipos de situaciones, como se deduce de la preceptiva de los artículos 123, 131, 210, 246 y 365 de la Constitución.

Lo dicho no significa que la responsabilidad de los servidores públicos sea siempre igual, ni que la condición de servidor público se pueda predicar, a modo de una presunción, de toda relación jurídica de una persona con el Estado.

En síntesis, *el segmento acusado condiciona la asimilación del particular a servidor público, para efectos penales, al hecho de que aquél asuma realmente el ejercicio de una función pública, lo cual constituye un desarrollo legal que se ajusta al espíritu de las normas constitucionales y se apoya en una realidad objetiva*.

(…)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Sentencia C-060 del 24 de enero de 2001

Actor: Rigoberto Amaya Neira

M.P. Carlos Gaviria Díaz

D-3089

"(…)

De la participación de los particulares en la administración de justicia. El arbitramento (reiteración de jurisprudencia).

La Corte Constitucional ha desarrollado una consistente jurisprudencia sobre la participación de los particulares en la administración de justicia, y las diferentes modalidades en las que se concreta esta atribución reconocida por la propia Carta Política en su artículo 116. Se trata de herramientas jurídicas *a través de las cuales, los ciudadanos son investidos de la función de impartir justicia de manera ocasional en calidad de conciliadores o árbitro*.

El arbitraje es, entonces, una de las posibilidades a través de las cuales los particulares administran justicia, pues se les confiere la atribución de resolver conflictos jurídicos, previo acuerdo de voluntades entre las personas que discuten un derecho. La doctrina constitucional define el arbitramento en los siguientes términos: *'es un mecanismo jurídico en virtud del cual las partes en conflicto deciden someter sus diferencias a la decisión de un tercero, aceptando anticipadamente sujetarse a lo que allí se adopte'*.

Es posible identificar algunas de las características distintivas de la institución arbitral, que permitirán entender la manera cómo opera esta figura en nuestro ordenamiento:

El arbitramento es voluntario. La decisión de presentar las disputas surgidas en una relación jurídica ante un tribunal de arbitramento (antes que acudir a los jueces ordinarios), es el resultado de un acuerdo previo de carácter voluntario y libre efectuado por los contratantes. El arbitramento, al ser un

instrumento jurídico que desplaza a la jurisdicción ordinaria en el conocimiento de ciertos asuntos, tiene que partir de la base de que es la voluntad de las partes en conflicto, potencial o actual, la que habilita a los árbitros para actuar.

Pero del origen voluntario del arbitramento resulta equivocado deducir 'que el Legislador está impedido para regular el procedimiento que rige este tipo de mecanismos de solución de conflictos, pues si bien el acceso a la justicia arbitral es voluntario, *la función de administración de justicia por árbitros deberá desarrollarse ´en los términos que determine la ley´ (C.P. art. 116)*'. (subrayas no originales).

Así, el fundamento de esta figura procesal es, entonces, 'la determinación voluntaria de acudir a una forma alternativa de resolver conflictos, con la garantía de que, como acontece en los demás procesos, los derechos consagrados en la Constitución y la ley tienen plena vigencia'. Es deber de las partes, con el propósito de dotar de eficacia a sus determinaciones, establecer con precisión los efectos que se siguen de acudir a la justicia arbitral y conocer las consecuencias jurídicas y económicas subsiguientes a su decisión; sólo así se puede hablar de un verdadero acuerdo.

En este punto, resulta necesario reiterar que, tanto el convenio que da origen al contrato de concesión —sobre el que versa el parágrafo parcialmente demandado—, como todas las decisiones tomadas en desarrollo de este vínculo contractual, tienen que ser el resultado de la libre discusión de las partes, y no de la aceptación de cláusulas y condiciones impuestas por la ley o uno de los contratantes. Si algún significado ha de dársele al principio de autonomía de la voluntad, que estructura todo el régimen de contratación nacional (pública y privada), éste tiene que ver con la posibilidad de que sean las propios sujetos de la relación jurídica, quienes decidan el destino de su vínculo y obviamente, los procedimientos y autoridades que habrán de resolver los eventuales desacuerdos; de esta forma se garantiza, no sólo el recto y libre ejercicio de la voluntad individual, sino el adecuado acceso a la administración de justicia.

b. *El arbitramento es de carácter temporal*. No es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de *árbitros* puedan ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. De no ser así, se crearía una jurisdicción paralela a la ordinaria que, con grave perjuicio del orden público, debilitaría la estructura estatal y menoscabaría la función pública de administrar justicia. En palabras de la Corte: ´no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores' (C.P. art. 113).

Y ha reiterado: «En el proceso arbitral, el árbitro está investido del poder de administrar justicia, habilitado para ello por las partes, en forma transitoria, en el negocio *sub-lite*, sustrayéndolo de la competencia de la jurisdicción ordinaria, por voluntad de las mismas partes: son ellas quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia. *Además, los árbitros*

administran justicia 'en los términos que determine la ley', lo cual permite al legislador, v.gr., Establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral (subrayas e inclinadas no originales).

c. *El arbitramento es excepcional*. La habilitación de particulares para solucionar conflictos por medio del arbitramento cuenta también con claras limitaciones materiales, pues no todo problema jurídico puede ser objeto de un laudo. El legislador ha sido consciente de que la equiparación funcional que se hace entre los funcionarios del Estado y ciertos ciudadanos, temporalmente investidos de poder jurisdiccional, no puede extenderse a todas las materias, pues es claro que existen bienes jurídicos cuya disposición no puede dejarse al arbitrio de un particular, así haya sido voluntariamente designado por las partes enfrentadas.

Principios como el de la seguridad jurídica hacen necesario que ciertos asuntos sean ventilados a través de la jurisdicción ordinaria, pues se trata de eventos que se relacionan con la garantía de derechos constitucionales fundamentales, con el reconocimiento de facultades legalmente reconocidas a favor de ciertos ciudadanos -v.g. derechos fundamentales de los contratantes-, o con el ejercicio del control estatal sobre ciertas circunstancias jurídicamente relevantes como 'la fijación del estado civil, las cuestiones que tengan que ver con derechos de incapaces o derechos sobre los cuales la ley prohíbe a su titular disponer'. Sobre el particular, ha dicho este Tribunal:

'La colaboración prestada por los particulares en la administración de justicia tiene claro fundamento en la Constitución. Sin embargo, dicha colaboración, en el ámbito jurisdiccional, tiene carácter transitorio y excepcional. En primer término, [...] el arbitraje sólo puede tener por objeto asuntos que por su naturaleza sean susceptibles de dicho trámite, y es evidente que no todos lo son. No todo asunto de competencia de los jueces ordinarios, en consecuencia, puede ser trasladado a la justicia arbitral'.

El arbitramento, tal como ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico, es una figura procesal. Cuando *la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes*. De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros. En palabras ya expresadas por la Corte Constitucional:

'El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial -en sentido material- y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales'.

Se reitera así, un principio que ha sido sostenido con énfasis desde los orígenes de la jurisprudencia constitucional sobre la materia:

'En este orden de ideas, el artículo 116 de la Carta debe interpretarse en armonía con el artículo 29 superior, según el cual ´toda persona tiene derecho a ser juzgado ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio´, lo cual permite concluir que, en situaciones donde los particulares no acordaron procedimiento especial que los regule, le corresponde al Legislador fijar las formas procesales de cada juicio, lo que incluye, el proceso arbitral. *Por consiguiente, si los árbitros ejercen la función pública de administrar justicia, es razonable que el Legislador configure el marco general y las directrices de la actuación arbitral, dentro del marco de la Constitución*.

Y es precisamente con el propósito de unificar la manera como han de aplicarse distintas herramientas para resolver las controversias jurídicas, que se ha pensado en formas de control para asegurar que, sin importar la forma a la que se acuda -a través de particulares o de funcionarios regulares-, la justicia que se imparta sea igual para todos y responda a los mismos fundamentos:

'El deber de efectividad no es incompatible con las instituciones y mecanismos procesales que dispone la ley para asegurar la capacidad de acierto de la justicia y a través de los cuales se articula el debido proceso. El establecimiento de causales de anulación de los laudos y de mecanismos para invocarlas, no viola el principio de efectividad ni desconoce la garantía de la tutela judicial de los derechos. Por el contrario, es una de las formas necesarias para lograr que se observe la ley y se hagan efectivos los derechos '(subrayas e inclinadas no originales).

(…)".

Sentencia C-1195 del 15 de noviembre de 2001

Actor: Andrés Rodríguez Pizarro

M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y Marco Gerardo Monroy Cabra.

D-3519.

"(…)

5.1. El alcance del derecho a acceder a la justicia en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

La Constitución se preocupó tanto por el fortalecimiento y la eficacia de la justicia, como por el acceso a ella. Así, en cuanto a la justicia formal, la Carta consagró el derecho a acceder a la justicia (artículo 229), estableció mecanismos como la tutela (artículo 86), la acción de cumplimiento (artículo 87), las acciones populares y las acciones de clase (artículo 88) y, además, dejó en manos del legislador la posibilidad de crear los demás recursos, acciones y procedimientos necesarios para garantizar la integridad del orden jurídico y la protección de los derechos individuales, de grupo o co-

lectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas (artículo 89). Adicionalmente, autorizó de manera excepcional que las autoridades administrativas administran justicia (artículo 116, inciso 3). Pero también se preocupó el constituyente por garantizar el acceso a la justicia a través de la propia organización de la administración de justicia y, así, encargó al Consejo Superior de la Judicatura (artículo 257) la función de ubicar y redistribuir los despachos judiciales, crear, suprimir, fusionar y trasladar cargos en la administración de justicia y proponer proyectos de ley en la materia, así como códigos sustantivos y de procedimiento.

En materia de justicia no formal, el Estatuto Superior autorizó la participación transitoria de los particulares en la administración de justicia como árbitros o conciliadores (artículo 116, inciso 4) y como jueces de paz (artículo 247).

(...)

Durante los debates de la Comisión IV de la Asamblea Constituyente, se aprobó el siguiente texto relacionado con el *ejercicio de funciones jurisdiccionales por los particulares, cuya regulación y alcances se dejaba en manos del legislador* y, además, se hacía referencia a la administración permanente del servicio de justicia por los órganos de la rama jurisdiccional, en el sentido de que este servicio debía ofrecerse de manera ininterrumpida y con dedicación exclusiva por parte de los jueces. El articulo aprobado por la Comisión IV, decía en lo pertinente lo siguiente:

(Artículo 58). Funcionarios que administran justicia.

La Justicia es un servicio público a cargo de la Nación, que se administra en forma permanente, por el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces. (...)

Los particulares podrán intervenir en la Administración de Justicia en los casos que determine la Ley y proferir fallos en equidad.

Posteriormente la Plenaria aprobó en primer debate, el día 7 de junio de 1991, un texto que decía:

'*Artículo*. El Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y Jueces administran justicia.

(...)

Las autoridades administrativas *y los particulares podrán ejercer función jurisdiccional* y proferir fallos en equidad, en los términos que determine la ley, sin que les sea permitido juzgar y sancionar delitos.'

Se eliminó, entonces, cualquier referencia a criterios de orden temporal, sea el de permanencia o sea el de transitoriedad. La Plenaria en segundo debate, después de estudiar la propuesta por la Comisión codificadora aprobó un texto que fue el definitivo. Este dice:

'Artículo 4 (58) La Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el (...)'

'Artículo 121.- La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar'. (...)

Excepcionalmente la Ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo, no les será permitido juzgar ni sancionar delitos.

'Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores, o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley.'

Así que, según el método histórico, la expresión 'transitoriamente' surge en la Asamblea Constituyente para diferenciar el ejercicio de funciones jurisdiccionales ejercidas de manera ininterrumpida y con dedicación exclusiva por los órganos judiciales, de la función de administrar justicia de carácter complementario y temporal que podían ejercer los particulares, sin dedicarse únicamente a obrar como árbitros o conciliadores.

Como quiera que el artículo 116 de la Carta emplea tanto la expresión 'excepcional', como el vocablo 'transitoriamente' para referirse a dos formas específicas de acceso a la justicia que complementan el ejercicio permanente y general de esta función por los órganos jurisdiccionales, resulta necesario hacer una interpretación sistemática de este artículo, a fin de aclarar las diferencias entre estos dos términos y desentrañar su alcance en el contexto de toda la Constitución.

En primer lugar, el constituyente usó la expresión 'excepcional' en relación con la justicia impartida por autoridades administrativas. La regla general es que la justicia sea administrada a través de los órganos jurisdiccionales del Estado. Esa regla general tiene como excepción el ejercicio de funciones jurisdiccionales por autoridades administrativas, quienes al igual que los órganos jurisdiccionales imparten justicia al resolver las controversias que se les presenten, en aquellas materias que la ley les asigne.

En segundo lugar, la Carta emplea la acepción 'transitoriamente' para describir el ejercicio de las funciones que en *condición de conciliadores pueden asumir los particulares*. No se trata de un traslado permanente de la función, como quiera que no desplace a la justicia formal. Por eso no es tampoco permanente. En cambio, la excepción a la regla sí puede ser permanente en la medida en que la administración de justicia por autoridades administrativas representa una reasignación de competencias y una desjudicialización de la resolución de ciertas disputas.

En consecuencia, según el método sistemático, el carácter transitorio de la función de administrar justicia por los particulares en la condición de conciliadores surge del hecho de no desplazar a la justicia formal en la resolución de los conflictos.

De conformidad con el método teleológico, el carácter transitorio de esta función cuando es ejercida por los particulares, recogió la preocupación del constituyente por garantizar la participación ciudadana en todos los ámbitos, incluso en aquellos tradicionalmente reservados a los funcionarios del Estado, como el de la administración de justicia, *y llevó a que se tomaran las previsiones necesarias para legitimar constitucionalmente esta forma de participación ciudadana como complemento a la justicia formal estatal y para la consolidación de los valores democráticos,* el logro de una convivencia pacífica. En consecuencia, el carácter transitorio de la participación de los particulares en la función de administrar justicia tiene como finalidad abrir un espacio de participación democrática adicional, que complementa la justicia formal del Estado.

Desde el punto de vista jurisprudencial, la razón de ser de la transitoriedad ha sido explicada profusamente por la Corte: la Constitución no tolera que una de las funciones esenciales del Estado en el artículo 2º de la Carta, se transfiera de manera permanente a los particulares. Sobre este particular ha dicho la Corporación:

'Según el artículo 116 de la C.P., *la ley puede transitoriamente atribuir la función jurisdiccional a particulares que obren como árbitros o conciliadores*. (…) No es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal, se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. art. 113). Tampoco resulta admisible ampliar la materia arbitrable a asuntos que trascienden la capacidad de disposición de las partes y respecto de los cuales no sea posible habilitación alguna.' (inclinado fuera del texto).

Desde este punto de vista, la transitoriedad de la participación de los particulares en la administración de justicia depende de que no haya un desplazamiento definitivo de los sistemas de heterocomposición que ofrece la justicia formal.

En conclusión, todos los métodos de interpretación aplicados conducen a una misma dirección, cual es que la transitoriedad de la función de administrar justicia como conciliador prevista en el artículo 116, según el método gramatical, hace referencia a una actividad que se realiza dentro de un período corto de tiempo, actividad que, según el método histórico, puede ser interrumpida en el tiempo y no exige la dedicación exclusiva del conciliador, que busca, según el método teleológico, permitir la participación de la ciudadanía en la administración de justicia y complementar la justicia estatal formal y, además, según el método sistemático, no desplaza de manera permanente a la justicia formal del Estado, lo cual ha sido reiterado por la jurisprudencia.

(…)

Por lo anterior, concluye la Corte que el requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial obligatoria no es contrario al artículo 116 de la Carta, *ni al ejercicio transitorio de la función de administrar justicia por los particulares en la calidad de conciliadores*.

(…)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003

Actor: **Óscar Antonio Márquez Buitrago**

M.P. **Álvaro Tafur Galvis**.

D-3982.

"(…)

4.1.1.1. La responsabilidad del particular que cumple funciones públicas en el Estado social de derecho.

Como ya lo ha señalado en otras oportunidades esta Corporación, uno de los elementos más importantes en el proceso de conformación del Estado social de derecho lo constituye la relevancia que ha tomado en el ordenamiento jurídico el principio de responsabilidad, *mirado no solamente desde la* ***órbita*** *del Estado sino también de la de los particulares.*

La afirmación del principio de responsabilidad se hace evidente, en efecto, a través de varios elementos que reorientan en forma significativa tanto las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, el papel de los agentes estatales *y el cumplimiento de las funciones públicas.* Así, la consolidación de la responsabilidad estatal para responder por el daño antijurídico causado por sus agentes, la ampliación del nivel de responsabilidad del agente estatal en relación con sus funciones y la posibilidad de comprometer su propio patrimonio en determinadas circunstancias, el establecimiento de una lógica de corresponsabilidad entre el Estado y los ciudadanos en el manejo de los asuntos públicos que pretende superar la visión tradicional de la esfera de lo puramente Estatal y de lo puramente privado, son entre otras, manifestaciones de un mayor énfasis de los sistemas jurídicos en este principio que busca garantizar el cumplimiento eficiente de las tareas públicas.

La Constitución de 1991 estableció en este sentido -artículo 90-, la cláusula general de responsabilidad patrimonial que cabe por el daño antijurídico que sea imputable al Estado, por la acción u omisión de las autoridades públicas, *lo que ha significado un importante avance para garantizar a los ciudadanos el resarcimiento de los perjuicios que les hayan sido causados con ocasión del ejercicio de funciones públicas.*

El mismo artículo estableció la obligación a cargo del Estado de repetir contra el agente por cuya actuación dolosa o gravemente culposa aquel haya sido condenado. Esta disposición constitucional se enmarca dentro del objetivo específico del Constituyente de obligar al servidor público a tomar conciencia de la importancia de su misión y de su deber de actuar de manera diligente en el cumplimiento de sus tareas. El Constituyente también quiso en este sentido someter al servidor público a un severo régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como a estrictas reglas de conducta que garanticen la moralidad pública y el ejercicio de las funciones a ellos atribuidas orientado siempre a la defensa del interés general y al cumplimiento de los fines del Estado.

La noción de servidor público establecida en la Carta tiene así una connotación finalista y no puramente nominal. Al respecto, recuérdese que conforme al artículo 2° de la Constitución, las autoridades están instituidas, entre otras razones, 'para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares' y cómo al tenor del artículo 209 constitucional son principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa los '(...) de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)'.

Ahora bien, *la responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado no corresponde solamente a los servidores públicos en el Estado social de derecho. Los particulares asumen en él una serie de obligaciones y de tareas que antes cumplían de manera exclusiva y en ocasiones excluyente las autoridades estatales*. Así, la Carta señala que sectores tan importantes como la salud (art. 49 C.P.), la seguridad social (art. 48 C.P.), la educación (art. 67 C.P.), la ciencia y la tecnología (art. 71 C.P.), la protección especial de las personas de la tercera edad (art. 46 C.P.), de los niños (art. 44 C.P.) y de los discapacitados (art. 47 C.P.), no son responsabilidad única del Estado, sino que la familia, la sociedad y los propios interesados deben también contribuir a su desarrollo.

De otra parte, cabe recordar que enmarcada la participación como derecho-deber (arts. 2º y 95 C.P.) se abre igualmente un sinnúmero de posibilidades para que los ciudadanos contribuyan al cumplimiento eficiente de las tareas públicas y participen en la vigilancia de la gestión pública (art. 270 C.P.).

En ese marco de corresponsabilidad y de cooperación entre el Estado y los particulares, la Constitución establece la posibilidad de que éstos participen en el ejercicio de funciones públicas. Así, el artículo 123 señala que la ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas, al tiempo que el artículo 210 constitucional señala que los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.

Tomando en cuenta estos preceptos, *la Corte ha aceptado que, como expresión auténtica del principio de participación, los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas, así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole*.

Sobre el particular ha dicho que:

'Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2º, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo N.º 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, *que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen*, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.'

(...)

4.1.2.3. El objeto del contrato de interventoría y la atribución al contratista de potestades que implican el ejercicio de funciones públicas.

(...)

Por tratarse de un particular, precisamente, como ya se señaló, *solo en el caso de que se le atribuyan prerrogativas que puedan considerarse el ejercicio de funciones públicas cabe someter a dicho particular a la Ley disciplinaria*.

Ahora bien, para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financiaras que fueron previstas en él, *es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal*.

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con *él* se persiguen, implica la protección de esos recursos.

Concluye la Corte entonces que *en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública* y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria.

(…)

4.1.2.4. El análisis de los cargos en contra de la expresión 'presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política' contenida en el primer inciso del artículo 53 de la Ley 734 de 2002[95]

(…)

95 Antes de la modificación surtida al Código Disciplinario Único por el artículo 44 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011.

Ha de tenerse en cuenta sin embargo que, como también ya se explicó, *el particular que presta un servicio público puede excepcionalmente ser encargado del ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, en cuanto estas resulten necesarias para dicha prestación y estén respaldadas en una habilitación expresa de la ley*. Entonces en ese caso, el particular que presta un servicio público podrá ser sujeto del poder disciplinario respecto del ejercicio de dichas potestades y ello en relación con cualquier servicio público en *que dicha habilitación de funciones públicas haya sido establecida*.

En este sentido lo que procede es la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición acusada, 'presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política' contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, *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 estas sean asignadas explícitamente por el Legislador*.

(...)" (las letras inclinadas fuera del texto).

Concepto C-070 de 2008

Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios

"(...)

Concepto C-070 Procuraduría General de la Nación 2008, en este orden de ideas la celebración de contratos de prestación de servicios que impliquen traslado de funciones públicas a los contratistas, es una posibilidad restringida que debe tener sustento no solo en la posibilidad de celebrar contratos de cualquier orden derivada del principio de la autonomía de la voluntad consagrado en los artículos 13, inciso 1°, 32, inciso 1°, y 40 de la Ley 80 de 1993, sino que requiere adicionalmente de un apoyo normativo específico que permita a la entidad trasladar sus funciones propias de poder a un particular contratista mediante el contrato. *No obstante, el simple ejercicio de la autonomía de la voluntad, se requiere consultar el régimen constitucional y legal que se desprende de los artículos 123 y 210 de la C.P desarrollado en leyes de carácter especial o en la Ley 489 de 1998,* para auscultar tal posibilidad de traslado'[96].

Corte Suprema de Justicia

Sentencia del 29 de agosto de 2012

Proceso Radicado N.º 38695

Actor: Mario Elías Florián López

M.P. María del Rosario González Muñoz.

"(...)

96 Murcia Suárez, César Augusto. Conferencia sobre el Régimen de los particulares en el Marco de la Ley 734 de 2002: La realidad del artículo 53 en la actividad disciplinaria. Ayuda de power point N.º 21.

> La Corte Constitucional declaró exequibles las citadas normas mediante Sentencia C-563 de 1998 (atrás trascrita parcialmente), oportunidad en la cual definió los criterios que deben ser ponderados en la labor de establecer cuándo los particulares que intervienen en una contratación con el Estado en calidad de contratistas, interventores, consultores o asesores, pueden ser considerados servidores públicos.
>
> Se precisó en la mencionada providencia:
>
> 'Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo al ejercicio de una función pública.
>
> (...)
>
> Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece *cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc*.
>
> En consecuencia, *cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador'* (subrayas fuera del texto).
>
> Ahora bien, impera recordar que en no pocas providencias esta Colegiatura ha acogido el referido criterio, en punto de señalar que si bien el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 asigna la calidad de servidor público para efectos penales al contratista, interventor, consultor y asesor en todo lo concerniente a la celebración de contratos, tal carácter se adquiere únicamente cuando en razón del contrato estatal, aquellos, quienes por regla general funge como particulares, de manera excepcional asumen funciones públicas, esto es, cuando el contrato les transfiere una función de tal naturaleza, no cuando como ocurre en la mayoría de situaciones, se trata de una labor simplemente material.
>
> (...)".

Que en el concepto de *función pública* tienen espacio "otras actividades estatales, como la legislativa, la ejecutiva, la electoral, etc., en cuanto consisten en el ejercicio de competencias atribuidas a los órganos del Estado".

Que la *función pública* participa, como ya se dijo, "en todo caso del poder del Estado", y que es de carácter siempre jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público".

Que una actividad puede constituir un servicio público por la satisfacción de un interés general a cargo de particulares, lo cual no genera el ejercicio de una *función pública*, pues, como lo sostiene el Consejo de Estado "la prestación de dicho servicio no implica el ejercicio de *función pública,* en cuanto no corresponde al ejercicio de competencias atribuidas a los órganos y servidores del Estado".

Que el servicio público a diferencia de la *función pública*, "no puede utilizar el poder público" que caracteriza "en todo caso" a la *función pública* "*(por ejemplo, y en la mayoría de los casos, para imponer coactivamente su utilización)",* como lo afirma Juan Miguel de la Cuetara, en su texto "La Actividad de la Administración". Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1983, pág. 139, tomado de la misma sentencia que atrás se cita.

Que es imposible hacer equivalentes el ejercicio de *funciones públicas* y la prestación por un particular de un servicio público. Es decir, no se puede confundir el ejercicio de *función pública*, con la prestación de servicios públicos.

Que la Constitución Política "distingue claramente los conceptos de *función pública* y de servicio público y les asigna contenido y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones". La Carta Política utiliza el término "*función",* como ya se dijo, para identificar competencias de los diferentes órganos estatales (administración de justicia y el control fiscal); "atañe al conjunto de las funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes (art. 113[97]) y de las demás entidades o agencias públicas, en orden a alcanzar sus diferentes fines" y el término servicio público para "calificar expresamente como tales determinadas actividades" como por ejemplo la seguridad social (art. 48[98]), la atención en salud y el saneamiento ambiental (art. 49[99]), la educación (art.

---

97 Destaca la disposición constitucional: "Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas, pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines".

98 Entre otros apartes, señala la disposición constitucional: "La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

(...)".

99 La disposición constitucional, entre otras cosas, dice: "(artículo modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo 2 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:) "La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

(...).

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad".

67[100]), la que desarrollan los notarios y registradores (art. 131[101]). Por consiguiente, las actividades de los servidores públicos "propias de su cargo o destino, son por esencia y definición *funciones públicas*, pues están dirigidas a contribuir al logro oportuno y eficaz de los cometidos a cargo del Estado", lo cual significa que servidor público es toda persona que ejerce a cualquier título una *función pública*.

Que la "posibilidad de desempeñar *funciones públicas* se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado (…) sino también de los particulares que, en los casos taxativamente señalados en la Constitución y la ley, pueden investirse de la autoridad del Estado y desempeñar *funciones públicas administrativas* (arts. 123-3[102], 210-2[103], 267-2[104]) o *funciones públicas judiciales* (art. 118-3[105])".

---

100 La disposición constitucional, entre otros aspectos, señala: "La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

(…)

El Estado la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

(…)

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo. (…)".

101 La cita constitucional, entre otras cosas, precisa: "Compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores, la definición del régimen laboral para sus empleados y lo relativo a los aportes como tributación especial de las notarías.

(…)".

102 "La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio". El texto constitucional trascrito, fue tomado de Pabón Parra, Pedro Alfonso. Constitución Política de Colombia Esquemática – Edición conmemorativa 1991-2011. Editorial Grupo Lecce. Bogotá D.C. 2011, pág. 143.

103 "(…) Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley (…)". El texto constitucional trascrito fue tomado de Pabón Parra, Pedro Alfonso. Constitución Política de Colombia Esquemática – Edición conmemorativa 1991-2011. Ob. cit., pág. 235.

104 "El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación.

Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado (…)". El texto constitucional trascrito fue tomado de Pabón Parra, Pedro Alfonso. *Constitución Política de Colombia Esquemática* – Edición conmemorativa 1991-2011. Ob. cit., pág. 305.

105 Este artículo citado por la Corte Constitucional como 118-3, contiene el siguiente texto: "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 desempeñen funciones públicas".

De acuerdo con la referencia a que alude la Corte Constitucional, creemos que el texto a que la misma se refiere es el que aparece en el inciso cuarto del artículo 116 (modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo N.º 3 de 2002), así: "(…) Los particulares pueden ser investidos transitoria-

Que los servicios públicos no son únicamente del Estado y que bien puede este decidir dejarlos en manos de los particulares, no obstante que la regulación, control y vigilancia de dichos servicios le corresponda ejercerla directamente y con exclusividad (arts. 189-22[106], 365[107], 370[108]).

Que le corresponde al Presidente de la República la competencia para ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos conforme lo anotado en el artículo 189-22 de la Ley de Leyes.

Que los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado y por ende es su deber asegurarlos.

Que el servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares, mientras que la *función pública* a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, ejercicio de la autoridad inherente del Estado. Es decir, las *funciones públicas*, por regla general, les corresponden a los servidores públicos y sólo excepcionalmente se pueden encargar a los particulares en la forma como ya se destacó en el inciso 3º del artículo 123 de la Constitución Política, caso en el cual los particulares que prestan un servicio público, jurisprudencialmente ha dicho la Corte que ellos se encuentran sometidos "exactamente a los mismos controles que los servidores públicos". Esto es al régimen especial fijado por el legislador para la pres-

---

mente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". El texto constitucional trascrito, fue tomado de Borrero González, Carlos Eduardo. *Reglamento del Congreso* – Cámara de Representantes –Editorial Avance Jurídico Casa Editorial Ltda. 1ª ed. Bogotá D.C., 2010, págs. 420 y 421.

106 La cita constitucional, expresa: "Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe de Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:

(…)

22. Ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los servicios públicos.

(…)".

El texto constitucional trascrito, el autor lo tomó de Borrero González, Carlos Eduardo. *Reglamento del Congreso* – Cámara de Representantes –Editorial Avance Jurídico Casa Editorial Ltda. 1ª ed. Bogotá D.C., 2010, págs. 455 y 457.

107 La cita constitucional, señala: "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional.

Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que, en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita". El texto constitucional trascrito fue tomado de Borrero González, Carlos Eduardo. *Reglamento del Congreso* – Cámara de Representantes –Editorial Avance Jurídico Casa Editorial Ltda. 1ª ed. Bogotá, D.C., 2010. Ob. cit., págs. 533 y 534.

108 La cita constitucional, dispone: "Corresponde al Presidente de la República señalar, con sujeción a la ley, las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y ejercer por medio de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, el control, la inspección y vigilancia de las entidades que los presten". Borrero González, Carlos Eduardo. Reglamento del Congreso – Cámara de Representantes –Editorial Avance Jurídico Casa Editorial Ltda. 1ª ed. Bogotá D.C., 2010. Ob. cit., pág. 534.

tación del servicio público y a su régimen disciplinario, cuando es en cumplimiento de una *función pública*.

13. Servicio público y función administrativa

El *Consejo de Estado*, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, con ponencia de María Elena Giraldo Gómez, el 26 de julio de 2001 (Acción de Cumplimiento[109]– Radicación 25000-23-24-000-2001-0178-01 – ACU-356. Actor: Clímaco Rubiano Mancipe y otro), en sus "consideraciones", diferenció estos dos temas, de la siguiente manera:

> "(...) El alcance jurídico del concepto de dicha función se entiende como aquella actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines; tal concepto se diferencia del concepto de servicio público en que éste es una actividad que desarrolla la administración, en forma directa o delegada, con el objeto de satisfacer las necesidades de los administrados, esto es: el interés general.
>
> La Sala, en oportunidad anterior, en sentencia proferida el día 5 de agosto de 1999, diferenció el concepto de *función administrativa* del de *servicio público* previa cita de doctrina extranjera, que define, de una parte, a la función pública como la que participa en todo caso del poder del Estado, y que siempre es de carácter jurídico y, de otra parte, define al servicio público como las actividades de carácter material y técnico que en muchas de sus manifestaciones no utiliza el poder público; de manera puntual, la sentencia referida señaló:
>
> > *'constituye núcleo esencial para determinar la procedencia o no de la acción de cumplimiento frente a particulares, el precisar el concepto de función pública, pues, se repite, sólo en los casos en que el particular actúe o deba actuar en ejercicio de este tipo de funciones, se abre la posibilidad del ejercicio de la acción en comento para obtener de aquél el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo'*[110].
>
> Luego, como las entidades demandadas son empresas de orden privado que desempeñan actividad comercial, prestadoras del *servicio público* de telefonía móvil celular y de larga distancia nacional e internacional y no desarrollan *función administrativa*, directamente o por delegación, la acción intentada es improcedente.

De lo expuesto se concluye:

Que la *función administrativa* se ejerce por los órganos del Estado para la realización de sus fines.

---

109 De gran trascendencia es esta "acción de cumplimiento contra particulares" para entender el concepto de ejercicio de "funciones públicas", habida cuenta que el artículo 6º de la Ley 393 del 29 de julio de 1997 (por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política), exige como presupuesto de la acción que "el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas (o funciones administrativas a que se refiere el Consejo de Estado), pero sólo para el cumplimiento de las mismas". Nota del autor.

110 Consejo de Estado, Sentencia Acu-798, actor: "SINTRACOOMOTOR". Sentencia proferida el 5 de agosto de 1999.

Que el servicio público "es una actividad que desarrolla la administración, en forma directa o delegada, con el objeto de satisfacer las necesidades de los administrados, esto es: el interés general".

Que debe precisarse el concepto de *función pública* para determinar la procedencia de la acción de cumplimiento con relación a los particulares, ya que "sólo en los casos en que el particular actúe o deba actuar en ejercicio de este tipo de funciones, se abre la posibilidad del ejercicio de la acción en comento para obtener de aquél el cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo"[111].

Que en razón a que las entidades demandadas son empresas comerciales privadas, "prestadoras del *servicio público* de telefonía móvil celular y de larga distancia nacional e internacional y no desarrollan *función administrativa*, directamente o por delegación, la acción (se refiere a la de cumplimiento) intentada es improcedente".

14. La utilidad del concepto de la función pública en la ley disciplinaria

Habiendo definido el concepto de *función pública* desde los puntos de vista jurisprudencial, legal y doctrinal, es preciso referirnos a la *utilidad* que el mismo nos ofrece para la aplicación e interpretación del derecho disciplinario.

Sea lo primero advertir que no nos referiremos a quienes ostentan la condición de *servidores públicos*, toda vez que resulta claro para la ley, la jurisprudencia y la doctrina que quien tiene esa condición necesariamente se encuentra de manera automática en ejercicio o cumplimiento de *funciones públicas*. La utilidad del concepto lo centraremos en lo que respecta a los *particulares que desempeñan funciones públicas* en búsqueda de clarificar en qué circunstancias ellos se convierten en *destinatarios de la ley disciplinaria*.

Para los efectos académicos pertinentes, es necesario señalar que el término *función pública*, contenido en la normatividad disciplinaria, se erige en un *ingrediente normativo*[112], que necesariamente debe encontrar su significado en el mundo del derecho, para

111 Consejo de Estado, Sentencia Acu-798, actor: "SINTRACOOMOTOR". Sentencia proferida el 5 de agosto de 1999.

112 El doctor Alfonso Reyes Echandía, en su obra *Derecho Penal*. Segunda Reimpresión de la undécima edición. Editorial Temis. Bogotá, 1990, págs. 110 y 111, señala:

> "Hemos dicho que ordinariamente el legislador describe en forma objetiva el modelo de comportamiento que desea incriminar; pero no siempre es posible encerrar en esquema objetivo-formales la compleja estructura de la conducta humana; algunas veces hay necesidad de cualificarla mediante el empleo de expresiones cuya interpretación requiere juicios de valor; cuando eso ocurre, se dice que el tipo legal contiene elementos *normativos* (Cfr. Jürgen Baumann. "*Derecho Penal"*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1975, págs. 78/80. Johannes Wessels. *"Derecho Penal, Parte General"*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980, pág. 42).
>
> Estos ingredientes no son de suyo elementos del tipo, sino expresiones que se predican de cualquiera de ellos; sirven pues para cualificar a los sujetos activo o pasivo o al objeto material, o para precisar el alcance y contenido de la conducta misma o de una circunstancia de ella predicable.
>
> Para que alguien incurra en el delito de violación de domicilio tiene que introducirse *arbitrariamente* en habitación ajena (cuando se hablaba de esa conducta); el concepto de arbitrariedad, exigido por el legislador, es lo que permite en este caso distinguir la ordinaria y socialmente adecuada penetración a domicilio ajeno, de la intromisión abusiva que se quiere sancionar; ahora bien, al juez compete examinar en cada caso si la introducción domiciliaria se realizó o no arbitrariamente, mediante un juicio mental en el que ha de fijar el alcance del concepto "arbitrario".
>
> Los ingredientes normativos pueden ser de contenido jurídico o extrajurídico. Los primeros impli-

que el *juez disciplinario*[113] pueda adecuar la conducta de los *destinatarios "particulares"* en la descripción de las *faltas* o *tipos disciplinarios* que se les endilgan.

Es la razón por la cual el término *función pública* no debe quedar a la imaginación o discrecionalidad de los intérpretes o dispensadores de la justicia, sino a la concreción que de él haga el constituyente o el legislador, pues solo la Constitución Política o la ley[114] *pueden determinar en qué casos se encuentra un particular ejerciendo funciones públicas* y nadie más.

---

can una valoración *de iure* en cuanto se trata de conceptos que pertenecen al ámbito del derecho; los segundos tienen un contenido cultural y requieren valoraciones de orden académico, ético o social. (…)".

113 Así lo vienen llamando las Sentencias C.S.J. Sala Plena del 7 de marzo de 1985. Magistrado ponente Manuel Gaona Cruz; C-244 del 30 de mayo de 1996. Demandante Marcela Adriana Rodríguez Gómez. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1058 (citado en la Sentencia de tutela T-413 de 1992); C-429 del 2 de mayo de 2001. Demandante Jesús Emilio González Jaramillo. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. Expediente D-2941; T-412 del 22 de mayo de 2004. Demandante Sandra Mora Moncaleano. Magistrado sustanciador Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1266441; T-1093 del 4 de noviembre de 2004. Demandante Gerardo Ramón de los Ríos Chavarriaga y otros. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349; C-720 del 23 de agosto de 2006. Demandante Sandra Vargas Leaño. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5968 y C-987 del 29 de noviembre de 2006. Demandante Sandra Mónica Cardozo Rojas. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-6273; C-242 del 7 de abril de 2010. Demandante Diego Alberto Zuleta García. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. Expediente D-7852 y Conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios números C-041 del 18 de marzo de 2009 (María Leonor Rueda Rueda), C-115 (PAD-2449) del 25 de junio de 2009 (Juan Carlos Novoa Buendía),

114 Alberto Espinosa Bolaños, en su artículo "La Responsabilidad Disciplinaria de los Particulares que Cumplen Funciones Públicas", que fuera publicado por la Procuraduría General de la Nación y el Instituto de Estudios del Ministerio Público en el Volumen 5 de "Lecciones de Derecho Disciplinario", año 2009, en las páginas 106, 109 y 110, coincide con lo aquí expresado, al señalar:

"(…) Recuérdese que solo desde la expedición de la Ley 734 de 2002, verdaderamente se cuenta con las herramientas legales para disciplinar a los particulares que cumplan funciones públicas. Es por ello, que lo perseguido es verificar la naturaleza de la responsabilidad disciplinaria de los particulares ***y la aplicabilidad o no del Código Disciplinario Único, en el ejercicio de las funciones asignadas a aquellos por la Constitución y la ley***". *(las negrillas fuera del texto)*.

(…)

"(…) **3. La atribución de funciones públicas a los particulares es competencia exclusiva de la ley**.

Se ha entendido que la atribución de funciones a particulares en nada modifica el contenido, naturaleza y alcance de las mismas, es por ello que, en el ejercicio de una determinada actividad de orden administrativo por parte de un particular, se está representando el ejercicio de una atribución estatal con todas las connotaciones jurídicas y políticas que ello implica (Corte Constitucional, Sentencia C-089A de 1994).

La misma Constitución Política hace énfasis que corresponde exclusivamente a la ley delimitar las funciones y alcance de las mismas, por lo que las atribuciones deben ser explícitas, respetando el principio de legalidad, en cuanto a que ninguna autoridad del Estado, le es dable ejercer funciones distintas a las contenidas en la Constitución y en la ley (artículos 6 y 121 C.P.), que de acuerdo con la Corte Constitucional *"Con ello se logra una certeza respecto de la labor que ejerce la persona que se encuentra desarrollando una actividad administrativa, lo que a su vez permite conocer con exactitud el alcance de su responsabilidad frente a la administración misma y frente a los asociados".*

Y agrega la Corte en la misma Sentencia *"(…) pues si la ley no es estricta en el señalamiento de las funciones a desempeñar, sino que deja al libre arbitrio del particular la realización de las mismas, significa que esta persona, investida de la autoridad del Estado, realizaría todo aquello que no estuviere prohibido, en vez de ejercer únicamente lo que está permitido, desconociendo con ello uno de los pilares fundamentales del Estado social de derecho". (las letras inclinadas fuera del texto)*.

En materia disciplinaria el término de *función pública*, en cuanto a *particulares* se refiere como sus destinatarios, lo encontrábamos redactado en el artículo 53 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* (Código Disciplinario Único), modificado por el artículo 44 de la *Ley 1474 del 12 de julio de 2011*, hoy contenido en el artículo 70 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario), al señalar:

> *Artículo 70. Sujetos disciplinables*[115]**.** 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.

115 La disposición antes de la reforma era del siguiente tenor:

Artículo 53. 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 tiene que ver con éstas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política o administren recursos de éste, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

Lo subrayado en cuanto a la expresión "*que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales*", fue demandado por Óscar Antonio Márquez Buitrago y la *Corte Constitucional,* mediante *Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003*, la declaró EXEQUIBLE, siendo Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, *expediente D-3982*.

La misma *Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, expediente D-3982*, declaró EXEQUIBLE el aparte: "*presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política* "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".

Lo subrayado en cuanto a la expresión "*que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales*" fue demandado por Carlos Mario Isaza Serrano el día *5 de diciembre de 2002* y la *Corte Constitucional,* mediante *Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002, expediente D-3955*, siendo Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández, se declaró INHIBIDA *por ineptitud de la demanda*.

En similar sentido algunas expresiones del *inciso 1º*, corresponden al siguiente aparte del *artículo 20 de la Ley 200 del 28 de julio de 1995*: "y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Nacional", expresiones que fueron declaradas EXEQUIBLES por la *Corte Constitucional* mediante *Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002*, *expediente D-3676*, siendo Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra (Demandante: Carlos Mario Isaza Serrano). Debe igualmente destacarse que mediante *Sentencia C-630 del 21 de noviembre de 1996*, *expediente D-1322,* (Demandantes: Carlos Flórez Loaiza y Álvaro Panesso). con ponencia de José Gregorio Hernández, la *Corte Constitucional* dispuso: «*Estese a lo resuelto por la Corte* en *Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996* sobre la exequibilidad de los artículos 20 y 177 de la Ley 200 de 1995, en cuanto hicieron aplicable su régimen a todos los empleados y trabajadores del Estado».

Lo subrayado en cuanto a la expresión "*cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal"* fue demandado por Carlos Mario Isaza Serrano el día *5 de diciembre de 2002* y la *Corte Constitucional*, mediante *Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002, expediente D-3955*, siendo Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández, la declaró EXEQUIBLE «*bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales*».

Lo subrayado en cuanto a la expresión *"salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado"*, fue demandado por Liliana Giraldo Gómez y la *Corte Constitucional,* mediante *Sentencia C-338 del 8 de mayo de 2011 lo declaró* EXEQUIBLE, con ponencia de Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, *expediente D-8273*.

Tomado de Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único*. Concordado – Sentencias de Constitucionalidad – Doctrina y Conceptos de la Procuraduría General de la Nación. Editorial Instituto de Estudios del Ministerio Público. Ob. cit.

> 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[116] 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[117], según el caso.

Siendo coherentes con la jurisprudencia y la doctrina nacional, tal como obra en precedencia, lo primero que tenemos que aceptar con claridad es que para que se pueda atribuir una *función pública* a un *particular*, lo primero que debe establecerse en su desempeño, es la concreción de actividades que le son propias del Estado, es decir con las que el Estado expresa su poder y manifestación soberana en defensa del interés general. Lo segundo que se tiene que comprobar es que la *Constitución Política* o la *ley* las defina como *función o funciones públicas*, sin que ella o ellas se pueda confundir con el *servicio público*[118]. No forma parte de los pasos anteriores las labores de interventoría en

116 De acuerdo con el concepto C-155/11 de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, las palabras "recursos públicos u oficiales" son equivalentes o sinónimas.

117 Tomado de Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único*. Concordado – Sentencias de Constitucionalidad – Doctrina y Conceptos de la Procuraduría General de la Nación. Editorial Instituto de Estudios del Ministerio Público. Ob. cit.

118 Sobre el particular, la Corte Constitucional en Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002 con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente D-3676, anotó:

> *"iii) Particulares en ejercicio de funciones públicas*
>
> En un comienzo, habría que decir que el artículo 95 de la Constitución Política establece como uno de los deberes esenciales del ciudadano, *"5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país"*.
>
> Adicionalmente, el artículo 210 de la Carta señala que *"los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley"*; lo cual, por supuesto, es consecuencia lógica del deber que tiene todo ciudadano de participar en la vida comunitaria de la Nación.
>
> Por otro lado, el artículo 123 del Estatuto Superior dispone que *la ley tiene la potestad de regular el ejercicio temporal de funciones públicas por parte de los particulares, para lo cual determinará el régimen aplicable a éstos*.
>
> El Estatuto Superior consagra, en los términos anteriores, la posibilidad de que los particulares participen en la vida comunitaria del país a través del ejercicio de funciones públicas. Este régimen de cooperación se encuentra acorde con una política democrática de gran amplitud —reforzada por la Constitución de 1991— que busca acercar e involucrar a la comunidad en el desempeño de las funciones del Estado.
>
> Ahora bien, la circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su estatus de particulares ni los convierte, por ese hecho- en servidores públicos. El inciso primero del artículo 123 de la Constitución es claro al reservar tal denominación para *"los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"*.
>
> No obstante, dicha salvedad, el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares conlleva un lógico incremento en el nivel de responsabilidades del sujeto a cargo de la prestación que deriva en una intensificación de los compromisos adquiridos para con el Estado. Las obligaciones que el particular asume por razón del ejercicio de una función pública son de tal relevancia que su

los contratos estatales, toda vez que la jurisprudencia de la *Corte Constitucional*, que ya

responsabilidad se extiende más allá de los límites impuestos a los que no prestan servicio alguno. Así, mientras los particulares que no se encuentran vinculados al Estado mediante una relación de servicio público regulan su responsabilidad de acuerdo con la primera parte del artículo 6º de la Constitución Política, es decir que no son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y la Ley, los que sí lo están se hacen responsables por *"omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"*.

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

"Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo." (Sentencia C-286 de 1996, subrayas fuera del original)

Sobre el mismo aspecto la Corte destacó con posterioridad:

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

(...)"

"En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador." (Sentencia C-563 de 1998)

De acuerdo con dichas apreciaciones, esta Corte ha sostenido que la responsabilidad derivada de la actividad pública a cargo del particular no se desprende de su calidad personal sino de la naturaleza de la prestación. *De allí que se hable de un criterio material de vinculación del ciudadano con la administración, por oposición al criterio subjetivo que lía al servidor público con el aparato estatal* (Cfr. C-286 de 1996).

Vistas, así las cosas, la jurisprudencia constitucional reconoce que es legítimo, por acogerse a los principios generales de la Carta, someter al régimen disciplinario de los servidores públicos a los particulares en ejercicio de funciones públicas. La falta de vinculación del particular con el Estado, que se traduce en falta de subordinación jurídica, se ve superada por la naturaleza del encargo asignado, de modo que las previsiones contenidas en la ley disciplinaria le son aplicables a aquél, en lo que le resulte pertinente.

Sobre este particular la Corte ya tuvo oportunidad de definir su criterio, a propósito de una demanda interpuesta precisamente contra el artículo 20, que ahora se estudia. En aquella ocasión, la Corporación estudió la exequibilidad de la expresión "*permanente*" consignada en el mencionado artículo 20, la cual está referida al tipo de funciones públicas que pueden ser ejercidas por particulares y que, por esa circunstancia, los somete a la potestad que emana del Código Disciplinario Único. La Sentencia que resolvió la demanda, la C-286 de 1996, sostuvo que no resultaba incompatible con el régimen constitucional que los particulares asignados en el cumplimiento de funciones originalmente encargadas a entes Estatales respondieran disciplinariamente a la manera de los servidores públicos. La Corte advirtió que la norma acusada se limitaba a reconocer un hecho cierto y era el que los particulares podían prestar servicios públicos de manera permanente y que, en tales condiciones, podían estar sometidos al régimen disciplinario de los servidores públicos. Las consideraciones pertinentes son las que siguen:

"Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2º, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo N.º 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, *que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen*, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.

"Desde luego, tal ejercicio de funciones públicas no puede estar despojado de los necesarios

tuvimos la oportunidad de analizar (Sentencias C-286 del 27 de junio de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-1116 y C-037 del 28 de enero de 2003, M.P. **Álvaro Tafur Galvis.** Expediente D-3982) ha permitido que las cataloguemos como una verdadera *función pública*[119] desde la óptica del *criterio material* (actividad que desarrolla el particular)[120], pues la interventoría es de suyo una actividad inherente a la soberanía del Estado que se traduce en la adecuada vigilancia de la ejecución contractual, en donde el interventor ejerce potestades propias del Estado "ya que la administración pública le está otorgando al particular unas prerrogativas especiales como son las de vigilar la buena marcha del contrato, exigir al contratista la información necesaria, dar órdenes en los contratos (…) esto da a entender que el particular objetivamente está realizando una actividad que es propia del Estado, y por esta razón puede ser sujeto disciplinable

---

controles ni hallarse exento de las responsabilidades que en sí mismo implica".

"En los señalados eventos, el fundamento de la responsabilidad del particular es *material* y la aplicación del régimen disciplinario *objetiva*, ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente." (Sentencia C-286 de 1996. Subrayas en el original). *(las letras inclinadas y el subrayado fuera del texto)*.

119 Alberto Espinosa Bolaños, en su artículo La Responsabilidad Disciplinaria de los particulares que cumplen Funciones Públicas, que fuera publicado por la Procuraduría General de la Nación y el Instituto de Estudios del Ministerio Público en el Volumen 5 de "Lecciones de Derecho Disciplinario", ob., cit., página 123, expresa:

"…En la misma Sentencia (la Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003), cuando se refiere a los particulares que cumplen funciones de interventoría como sujetos disciplinables, aduce que a estas personas les corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que posen (sic) en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios; función de control que, las normas contractuales asignan a los servidores públicos *pero que, excepcionalmente, en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública*". (las letras inclinadas fuera del texto).

120 Respecto al tema, la Corte Constitucional también en Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002, ya citada, con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra, expediente D-3676, anotó:

"… Sobre el mismo aspecto la Corte destacó con posterioridad:

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

"(.)

"En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador." (Sentencia C-563 de 1998)

De acuerdo con dichas apreciaciones, esta Corte ha sostenido que la responsabilidad derivada de la actividad pública a cargo del particular no se desprende de su calidad personal sino de la naturaleza de la prestación. ***De allí que se hable de un criterio material de vinculación del ciudadano con la administración, por oposición al criterio subjetivo que lía al servidor público con el aparato estatal.*** (Cfr. C-286 de 1996).

Vistas así las cosas, la jurisprudencia constitucional reconoce que es legítimo, por acogerse a los principios generales de la Carta, someter al régimen disciplinario de los servidores públicos a los particulares en ejercicio de funciones públicas. La falta de vinculación del particular con el Estado, que se traduce en falta de subordinación jurídica, se ve superada por la naturaleza del encargo asignado, de modo que las previsiones contenidas en la ley disciplinaria le son aplicables a aquél, en lo que le resulte pertinente *(las negrillas y el subrayado fera del texto)*.

[121]" y no desde el punto de vista del *criterio subjetivo* (vínculo de subordinación del particular), como en otrora lo aceptara la misma Corporación en Sentencia C- 280 del 25 de junio de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expedientes D-1067 y D-1076), toda vez que allí únicamente se imponía el que en esencia fueran *servidores públicos*, ya que los *particulares* que se relacionaran con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios, no tenían la posibilidad de ser *destinatarios de la ley disciplinaria* "por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos", permiso disciplinante que, en el decir de la *Corte Constitucional*, "la Constitución ha reservado a los servidores públicos por cuanto el fundamento de las obligaciones es distinto".

Con relación al tema de los *particulares interventores*, los doctrinantes David Alonso Roa Salguero y Héctor Enrique Ferrer Leal, en su obra "La falta disciplinaria en la contratación estatal" (conforme a la Ley 1150 del 16 de julio de 2007[122] y el Decreto 2474 del 7 de julio de 2008[123]), señalaron:

> "(...) Aquí nos referiremos única y exclusivamente a la responsabilidad disciplinaria del interventor por esta falta y a los inconvenientes que pueden presentarse en la adecuación típica de otros comportamientos desplegados por el interventor en desarrollo de su actividad, partiendo de algunas posiciones doctrinales que escasamente se conocen del tema.
>
> (...)
>
> De conformidad con lo expuesto anteriormente y lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, ese interventor constituye la excepción para la aplicación de la potestad sancionadora del Estado, puesto que se trata de un particular, pero no de cualquier particular sino de aquellos que desempeñan funciones públicas.
>
> Al respecto dijo la Corte Constitucional en Sentencia C-037 de 2003[124]:
>
> (...)
>
> La entidad puede también contratar los servicios de un particular para realizar la interventoría del contrato (...). Particular al que se acude en función de sus conocimientos técnicos, que necesariamente deberá estar inscrito, clasificado y calificado en el registro de proponentes, como cualquier otro contratista al tenor de lo dispuesto en el artículo 22-1 de la Ley 80.
>
> (...)

---

121 Expresiones de Julio César Cárdenas Uribe, extraídas del texto *Responsabilidad Disciplinaria en las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios,* año 2004, según la cita de César Augusto Murcia Suárez realizada en su trabajo de investigación para optar al título de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda, "Cual es la realidad y la importancia de las teorías doctrinales y jurisprudenciales sobre el régimen disciplinario de los particulares en el marco del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 (luego del artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 que lo modificó", Bogotá, 2012, pág. 22.

122 Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

123 por el cual se reglamentan parcialmente la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 sobre las modalidades de selección, publicidad, selección objetiva, y se dictan otras disposiciones.

124 Del 28 de enero.

Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber, el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos.

Concluye la Corte entonces que el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria."

Es bien sabido que, tanto el cumplimiento de *funciones públicas* por particulares como la declaratoria de responsabilidad por sus conductas antijurídicas, constituyen en el derecho colombiano excepciones que últimamente han tenido un importante desarrollo legal y jurisprudencial. De allí es que se ha sostenido que los interventores al igual que los servidores públicos son sujetos disciplinables tanto por sus acciones como por las omisiones en el ejercicio de las funciones que le son encomendadas. Sin embargo, en la práctica existen comportamientos de éstos que a pesar de ser considerados negligentes o imprudentes, difícilmente pueden tipificarse como falta disciplinaria, teniendo en cuenta la inexistencia de una regulación de las atribuciones funcionales que competen a los interventores para imputarles la responsabilidad disciplinaria. Por ello, algunos consideran que las funciones de éstos deberían elevarse a la categoría de disposición legal, para así evitar los constantes vacíos localizados en las funciones legales del interventor del contrato estatal y poder tipificar más adecuadamente una falta disciplinaria.

Si bien es cierto, el objetivo de la interventoría 'es realizar una supervisión y control de manera efectiva y continua sobre todas las etapas del proyecto contratado (...)', no lo es menos que tales actividades deben estar descritas de manera taxativa en la ley para que puedan ser exigibles u obligatorias a quien corresponda cumplirlas, conforme al principio de legalidad de la falta que

> tanto exigimos en el derecho disciplinario (...) No obstante, debe decirse que resulta un tanto complicada la regulación de cada una de las conductas con las que un interventor puede incurrir en falta disciplinaria, por cuanto que tales funciones dependen de la clase de contrato para el cual es designado.
>
> (...)"[125].

De lo expuesto en este título en lo que compete a la *función pública*, es pertinente concluir, desde el punto de vista estrictamente académico y personal, que para interpretar el contenido del reemplazado artículo 53 de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[126], que fuera modificado por el artículo 44 en armonía con el artículo 82 de la *Ley 1474 del 12 de julio de 2011*[127], hoy artículo 70 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[128], es preciso tener en cuenta la *Constitución Política de 1991*, en la que en sus *artículos 123, 210 y 150-23*, se precisa que es mediante la *ley* que se pueden *otorgar funciones públicas a los particulares* y de esa manera serían destinatarios del derecho disciplinario general y especial de los servidores públicos. De la misma forma, las *autoridades o los jueces disciplinarios* o los estudiosos de esta compleja disciplina deben abordar los pronunciamientos de las *Altas Cortes* en los que explican la temática y concluyen que es la *ley*[129] la que permite

---

125 Roa Salguero, David Alonso y Ferrer Leal, Héctor Enrique. "La falta disciplinaria en la contratación estatal" (conforme a la Ley 1150 de 2007 y el Decreto 2474 de 2008). Edit. Ediciones Nueva Jurídica. 1ª ed. Bogotá, 2008, págs. 166 a 172.

126 Código Disciplinario Único.

127 Estatuto Anticorrupción.

128 Código General Disciplinario.

129 No mediante actos administrativos y convenios de que trata el inciso 2º del artículo 53 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002, que fuera modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, según lo afirma César Augusto Murcia Suárez en su trabajo de investigación para optar a la Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, 2012, págs. 56 y 57, en donde concluye:

> "(...) Para el año 1999, la Corte Constitucional estableció "(...) es claro que no nos hallamos en presencia de una ley marco o cuadro, sino simplemente ante la regulación legal del régimen de los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas, las cuales deben ser atribuidas mediante actos administrativos y convenios, que fijarán, en cada caso particular, las condiciones y circunstancias de la atribución" (Sentencia C-866 de 1999) aspecto del cual nos apartamos totalmente, además porque dicha teoría también es generadora de confusión a los operadores disciplinarios, pues consideramos respetuosamente que ello va en contra de lo establecido por el constituyente en los artículos 123, 210 y 150 # 23 los cuales señalan que la delegación de funciones públicas a particulares es de estricta reserva legal.
>
> Continuando con la Sentencia anteriormente relacionada y para referenciar la controversia que ella ha generado, rescatamos su Salvamento de Voto C-866 de 1999 (noviembre 3), en ella dos de los magistrados de la Corte Constitucional Alfredo Beltrán y Antonio Barrera, se oponen radicalmente a la posición mayoritaria de permitir la delegación de funciones públicas mediante acto administrativo y convenios, pues la facultad de otorgar funciones públicas ya no sería exclusiva del Congreso de la República, sino que además quedaría a la libre disposición de otras autoridades de forma genérica, lo cual representaría una proliferación de otorgamientos de funciones públicas a más particulares, lo que implementaría la problemática que estamos estudiando en esta investigación tal como aparece consignado de la siguiente manera *'no participamos de la filosofía general que inspira la ponencia, según la cual el legislador puede conferir atribuciones amplias a las autoridades administrativas para delegar funciones de esta estirpe en forma indiscriminada a los particulares, sin que aquél precise en forma concreta las materias que pueden ser objeto de delegación, pues mediante la utilización de este mecanismo se violan los preceptos de la Constitución, porque: a). Se deslegaliza una materia que es privativa del Congreso. b). No es admisible que siendo la excepción el traslado de competencias administrativas a particulares, se utilicen fórmulas jurídicas abiertas que puedan conducir a que aquélla se convierta en la regla general y la función administrativa se asigne a dichos particulares, en mayor o menor grado, al capricho y al arbitrio de la administración. c). Según*

concretar la *función* o las *funciones públicas* a los particulares[130]. Por consiguiente, las labores de supervisión, consultoría y asesoría externa que cumplen los particulares, sólo darían lugar al sometimiento de la ley disciplinaria cuando se encuentren en ejercicio de una *función pública* delegada de manera clara e indiscutible por la *ley*. Es, en síntesis, reducir la norma a la simple frase contenida en el artículo 70 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* [131], en la que se destaca: *"Sujetos disciplinables: El presente régimen se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas"* y ello evitará las confusiones que la redacción de los artículos 44 y 82 de la *Ley 1474 del 12 de julio de 2011*[132] puedan llevar a quienes administren *justicia disciplinaria*.

Desafortunadamente no existe un listado que nos indique las actividades del Estado que constituyen el ejercicio de *función* o *funciones públicas*, lo cual parcialmente se soluciona mostrando "un listado enunciativo de algunos casos que constituyen ejercicio de función pública, con un ingrediente adicional y de imperativo cumplimiento como es que la actividad de *función pública* sea expresa y únicamente delegada por la ley", listado que César Augusto Murcia Suárez, con gran juicio ubica en la *páginas 59 a 67* de su trabajo de investigación para optar al título de la Maestría en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda, *"Cual es la realidad y la importancia de las teorías doctrinales y jurisprudenciales sobre el régimen disciplinario de los particulares en el marco del artículo 53 de la Ley 734 de 2002 (febrero 5) hoy artículo 44 de la Ley 1474 de 2011 (Estatuto Anticorrupción)"*, Bogotá 2012, así:

> "1. Constitución Política de Colombia Art. 26: los particulares se pueden organizar en colegios otorgándoles la ley funciones públicos.

---

la sentencia, el fundamento para asignar funciones administrativas a los particulares, ya no sería la ley, sino la competencia ilimitada que ésta otorga a la propia administración para definir el tipo o la naturaleza de la función que se traslada a éstos; de este modo, se subvierte el orden constitucional, porque la administración reemplaza al legislador en el ejercicio de una potestad que solamente a éste corresponde y se le otorga, además, una especie de cheque en blanco que ella puede llenar a su arbitrio y conveniencia'.

La *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios* con relación a este punto, en los conceptos C-187, C-188 y C-189 de 2011, es muy enfática en sostener:

"Sobre el concepto de *'función pública'*, ha de recordarse que la ilustración contenida en la Ley 1474 para precisar su alcance, viene de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. En efecto, en la Sentencia C-037 de 2003 (28 de enero), la Corte sostuvo, a propósito de la distinción entre conceptos de 'servicio público' y 'función pública' lo siguiente:

'La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado'.

De manera paladina precisó más adelante la Corte:

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

En resumen, podríamos decir que el particular solamente ejerce *funciones públicas* en la medida en que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, profiere decisiones de aquellas que solo podría tomar quien está investido de las atribuciones del Estado".

130 Recuérdese las sentencias que atrás se resumieron: C-286 del 27 de junio de 1996; C-563 del 7 de octubre de 1998; C-060 del 24 de enero de 2001; C-1195 del 15 de noviembre de 2001; C-037 del 28 de enero de 2003, así como el Concepto N.º 070 de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios y la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Sala de Casación Penal) del 29 de agosto de 2012.

131 Código General Disciplinario.

132 Estatuto Anticorrupción.

2. Constitución Política de Colombia Art. 116-3: Función Jurisdiccional – Administrar Justicia en cabeza de particulares (conciliadores y árbitros).

3. Constitución Política de Colombia Art. 123: habilita delegación de funciones públicas a particulares.

4. Constitución Política de Colombia Art. 131: De los Notarios, particulares que ejercer función pública, dan fe pública.

5. Constitución Política de Colombia Art. 210-2: Delegación a particulares de Funciones Administrativas en los términos que la ley establezca.

6. Constitución Política de Colombia Art. 221: Administración de justicia por militares retirados cuando hacen parte de Cortes o Tribunales Marciales.

7. Constitución Política de Colombia Art. 246: Autoridades de pueblos indígenas en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

8. Constitución Política de Colombia Art. 272-7: autorización de la ley para que empresas privadas ejerzan vigilancia fiscal.

9. Constitución Política de Colombia Art. 318: Las Juntas Administradoras Locales (JAL) entre otras funciones la de vigilar y controlar la prestación de servicios municipales y ejercer las funciones que le delegue el concejo.

10. Constitución Política de Colombia Art. 365: Potestad constitucional para que particulares presten servicios públicos, entendiendo que para ese estudio es relevante que dicha prestación conlleve el ejercicio de función pública.

11. Ley 142 de 1994[133], Art. 31: Régimen de Contratación, contratos que tengan por objeto la prestación de servicios públicos, Comisiones de Regulación, éstas se encargan de la posible intromisión de cláusulas exorbitantes.

12. Ley 142 de 1994[134], Art. 33: Facultades especiales de quienes prestan servicios públicos tales como uso del espacio público, ocupación de inmuebles y constitución de servidumbres.

13. Ley 142 de 1994[135], Art. 39: Contrato de Concesión, por cuanto este tipo de contrato está sometido al derecho público y a la jurisdicción administrativa.

14. Ley 142 de 1994[136], Art. 56, 116 y 118: Porque el ejercicio de las facultades que se prevén en los citados artículos como es el caso de (Art. 55) la utilidad pública e intereses sociales para l<a prestación de servicios públicos, (art. 116) Impulso de la expropiación y (art. 118) la imposición de servidumbres darán lugar a la expedición de actos controlables por la Jurisdicción Administrativa.

133 Julio 11.

134 Julio 11.

135 Julio 11.

136 Julio 11.

15. Ley 142 de 1994[137], Art. 57: se dan facultades muy propias del Estado a empresas que presten servicios públicos tales como las empresas podrán pasar por predios ajenos, por una vía aérea, subterránea o superficial, las líneas, cables o tuberías necesarias; ocupar temporalmente las zonas que requieran en esos predios; remover los cultivos y los obstáculos de toda clase que se encuentren en ellos; transitar, adelantar las obras y ejercer vigilancia en ellos; y, en general, realizar en ellos todas las actividades necesarias para prestar el servicio.

16. Ley 142 de 1994[138], Art. 128: Contrato de servicios públicos. Es relevante debido a que este contrato tiene en cuenta no solo sus estipulaciones escritas, sino todas las que la empresa aplica de manera uniforme en la prestación del servicio.

17. Ley 388 de 1997[139], Art. 3: Función Pública del Urbanismo en lo concerniente al ordenamiento del territorio, siendo entonces lo relacionado con acceso a vías públicas, seguridad de asentamientos humanos, entre otras, por cuanto los dineros que se destinan a cumplir esta función son del Estado y quien los administre administra parafiscales.

18. Decreto 410 de 1971[140], Art. 86-3: Registro mercantil y certificación de actos y documentos en el inscrito, al ser el registro una tarea muy propia del Estado, al delegarse a las Cámaras de Comercio, los particulares que cumplan esta labor estarán en el ejercicio de una función pública.

19. Ley 26 de 1989[141], Art. 5: Del Fondo de Protección Solidaria 'Soldicom' que tiene a su cargo labores como programas de prevención y riesgo sobre su actividad, velar por la seguridad física y social de su actividad, entre otros.

20. Ley 118 de 1994[142], Arts. 2, 3 y 9: Cuota de Fomento Hortofrutícola recaudo de recursos para el fomento de hortofrutícola. La persona o entidad encargada del recaudo de dicha cuota al ser dineros parafiscales están en el ejercicio de una función pública.

21. Ley 100 de 1993[143], Art. 215: contratos de administración del subsidio con las Entidades Promotoras de Salud, las personas que estén a cargos de estos contratos están manejando recursos del Estado, porque estos contratos se financian con recursos del Fondo de Solidaridad y Garantía y los recursos del subsector oficial de salud que se destinen para el efecto.

22. Decreto 663 de 1993[144]: De la liquidación forzosa administrativa, ésta es una actividad muy propia del Estado, pues es la imposición de su poder y

137 Julio 11.
138 Julio 11.
139 Julio 18.
140 Marzo 27.
141 Febrero 9.
142 Febrero 9.
143 Diciembre 23.
144 Abril 2.

por tal motivo al ser desarrollada por diferentes entes, las personas que se encarguen de ello estarán en el desarrollo de una verdadera función pública.

23. Ley 163 de 1994[145], Art. 5: De los Jurados de Votación, las personas que sean designadas tienen a su cargo el control y vigilancia de las elecciones que se desarrollen siendo esto una actividad constitutiva de función pública.

24. Ley 498 (sic-489) de 1998[146], Arts. 110 y 114: Del ejercicio de funciones administrativas por particulares, se le da al particular la potestad de realizar funciones administrativas, dependiente del tipo de ente administrativo que delegue así mismo será la carga que éste desarrolle.

25. Ley 497 de 1999[147], Art. 14: De los jueces de paz y de reconsideración. Estas personas son particulares que administran justicia en equidad, de acuerdo con lo establecido por la Constitución y la presente ley.

26. Ley 588 de 2000[148], Art. 1: Notario, Notariado y competencias adicionales, básicamente porque el notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial, siendo esto una labor de profundo reconocimiento puesto que se realiza entonces una actividad del todo muy propia del Estado.

27. Ley 632 de 2000[149], Art. 9: prestación de las actividades de recolección y transporte de los residuos ordinarios de grandes generadores, así como las de reciclaje, tratamiento, aprovechamiento, disposición final de los residuos y operación comercial.

28. Ley 640 de 2001[150], Art. 5: Calidades del Conciliador, el conciliador es en términos generales un administrador de justicia puesto que trata en lo posible de dar solución a los conflictos entre las personas.

29. Ley 685 de 2001[151], art. 318: Contrato de concesión, se trata entonces de la Fiscalización y Vigilancia realizada por la autoridad minera o por los auditores autorizados.

30. Decreto 2463 de 2001[152], Art. 45: Los miembros de las juntas de calificación de invalidez ejercen funciones públicas, en este sentido el artículo es claro al establecer que a los particulares pertenecientes a las citadas juntas se les aplicará el Código Disciplinario Único.

31. Ley 794 de 2003[153], Art. 3: Que modificó los artículos 9° y 9A del Código de Procedimiento Civil: De los auxiliares de la justicia. Los auxiliares de

145 Agosto 31.
146 Diciembre 29.
147 Febrero 10.
148 Julio 5.
149 Diciembre 29.
150 Enero 5.
151 Agosto 15.
152 Noviembre 20.
153 Enero 8.

la justicia contribuyen con el debido y adecuado desarrollo de la administración de justicia, por tal motivo cuando quiera que éste incurra en una desviación de sus funciones podrá además de las sanciones penales incurrir en faltas disciplinarias.

32. Ley 101 de 1993[154], Art. 30: Administración y Recaudo, administración de las contribuciones parafiscales agropecuarias y pesqueras, la administración de dineros fiscales constituye el ejercicio de una función pública.

33. Ley 117 de 1994[155], Art. 9: De la Administración, la Federación Nacional de Avicultores de Colombia, Fenavi y la administración de los recursos del Fondo Nacional Avícola, al igual que en el punto anterior, la administración de estos recursos constituye el verdadero ejercicio de una función pública.

34. Decreto 2282 de 1989[156], Art. 1: Que modifica el Art. 8 de Código de Procedimiento Civil: Los cargos de auxiliares de la justicia son oficios públicos, estarán ejerciendo función pública debido a que colaboran con la administración de justicia.

35. Decreto 1950 de 1973[157], Art. 5: Personas a quienes el Gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, o los miembros de Juntas, Consejos o Comisiones.

36. Decreto 1042 de 1978[158], Art. 83: De los Supernumerarios, estos ejercen función pública temporal debido a que remplazan a empleados públicos cuando éstos estén en vacancias o licencias.

37. Ley 11 de 1972[159], Art. 3: Contraloría General de la República ejercerá funciones de vigilancia sobre la inversión de los dineros provenientes del Fondo Nacional del Café y sobre los demás bienes y fondos oficiales que ésta administre.

38. Ley 734 de 2002[160], Art. 25: Destinatarios de la ley Disciplinaria, los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53. Los indígenas que administren recursos del Estado *(hoy artículo 25 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019)*.

39. Decreto 1804 de 1999[161], Art. 1: entidades habilitadas para administrar recursos del régimen subsidiado, estos dineros hacen parte del Estado, con destinación específica, pero siguen siendo parte del Estado y por tal motivo quien los administre estará en el ejercicio de una función pública.

154 Diciembre 23.
155 Febrero 9.
156 Octubre 7.
157 Septiembre 24.
158 Junio 7.
159 Diciembre 18.
160 Febrero 5.
161 Septiembre 14.

40. Decreto 1 de 1984[162], Art. 1: los entes que aplica la normatividad es a órganos públicos y a los particulares que desempeñen funciones públicas, es decir los órganos, corporaciones y dependencias de las ramas del Poder Público en todos los órdenes, a las entidades descentralizadas, a la Procuraduría General de la Nación y Ministerio Público, a la Contraloría General de la República y contralorías regionales, a la Corte Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, así como a las entidades privadas, cuando unos y otras cumplan funciones administrativas.

41. Ley 142 de 1994[163], Arts. 154, 157 y 159: De los recursos. Es función pública lo relacionado a la resolución de peticiones, quejas, reclamos y por último decidir recursos de reposición.

42. Ley 89 de 1993[164], Art. 2: cuota del fomento ganadero y lechero como contribución de carácter parafiscal, Art. 3: Fondo Nacional del Ganado, al igual que en diferentes disposiciones anteriores se trata de la administración de recursos parafiscales.

43. Ley 40 de 1990[165], Art. 7: la cuota de fomento panelero, Art. 10: recaudo de las cuotas, Art. 13: Los recursos de la cuota de fomento panelero deberán aparecer en el presupuesto nacional. Se trata de la administración de recursos parafiscales.

44. Ley 219 de 1995[166], Art. 3: fondo de fomento algodonero, se trata de la administración de recursos parafiscales.

45. Ley 67 de 1983[167], Art. 1: Cuota de Fomento Arrocero y Cerealista, Art. 3: Fondo Nacional Arrocero, Cerealista y Cacaotero. Se trata de la administración de recursos parafiscales.

46. Ley 80 de 1993[168], Art. 80: por cuanto ha quedado demostrado que son particulares que realizan una verdadera función pública como lo es la vigilancia y debida ejecución de contratos estatales.

47. Decreto 2150 de 1995[169], Art. 50: Por cuanto las labores que desarrolla un curador urbano que es un particular, son estudiar, tramitar y expedir las Licencias de Urbanismo o de Construcción, a petición del interesado en adelantar proyectos de urbanización o de edificación, en las zonas o áreas de la ciudad que la administración municipal le haya determinado como de su jurisdicción, siendo éstas, prerrogativas muy propias e inherentes del Estado.

162 Enero 2.

163 Julio 11.

164 Diciembre 10.

165 Diciembre 4.

166 Noviembre 30.

167 Diciembre 30.

168 Octubre 28.

169 Diciembre 5.

48. Ley 23 de 1981[170], Art. 73: Es claro al establecer que serán particulares en el ejercicio de funciones públicas pero sin que adquieran por ello la condición de funcionarios públicos.

49. Ley 266 de 1996[171], Art. 12: los miembros del tribunal de enfermería son sin más condiciones particulares que cumplen funciones públicas.

50. Ley 35 de 1989[172], Art. 69: Es claro el artículo al establecer que definitivamente los tribunales de odontología están conformados por particulares que por las labores que van a desarrollar ejercen funciones públicas pero que por el hecho de desarrollarlas no se vuelven funcionarios públicos.

51. Ley 842 de 2003[173], Art 46: el artículo es claro al establecer la responsabilidad disciplinaria de los profesionales de la ingeniería".

170 Febrero 28.

171 Enero 25.

172 Marzo 8.

173 Octubre 9.

Capítulo II

Relaciones especiales de sujeción[1]

1. Relaciones especiales de sujeción y flexibilización de principios constitucionales en el derecho disciplinario

De acuerdo con nuestra actual jurisprudencia constitucional y con algunos conceptos doctrinales, las *relaciones especiales de sujeción*, al parecer quieren formar parte de nuestra *Carta Política de 1991*, con el mismo significado que en otrora el derecho alemán imperial las vio nacer[2], permitiendo que los principios constitucionales y penales se puedan aplicar e interpretar en el derecho disciplinario con matizaciones,

1 En Colombia son pocos los doctrinantes que han profundizado en este tema. Entre ellos tenemos a Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. La relación especial de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario. Colección Derecho Disciplinario no. 5 de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2003; Molano López, Mario Roberto. Las relaciones de sujeción especial en el Estado social. Colección Derecho Disciplinario no. 9 de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2005; Mejía Ossman, Jaime. Relaciones especiales de sujeción. Artículo materia de estudio en la Universidad Militar Nueva Granada (Especialización en Derecho Sancionatorio), Bogotá, 2007. Forero Salcedo, José Rory. Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2007. Burgos Martínez, Jaime, Gaitán Peña, Jorge Eliécer, Fernández Arias, Lizardo Rafael, Meneses, Diana Patricia y Soraya Villamizar, Sandra. Existencia de la relación especial de sujeción y su prevalencia para determinar la competencia disciplinaria cuando el abogado desempeña funciones públicas. Inconstitucionalidad del inciso 2º del artículo 19 de la Ley 1123 de 2007. Lecciones de Derecho Disciplinario (obra colectiva). Volumen 8 de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Reimpresión. Bogotá, 2008; Bustamante Sierra, Martha Lucía, Vallejo Avendaño, Claudia Patricia, García Estrada, Beatríz Elena, Arteaga Villa, Rocío Amparo y Álvarez Esquea, Faustino. Relaciones especiales de sujeción en el régimen disciplinario aplicable a las personas privadas de la libertad. Lecciones de Derecho Disciplinario (Obra colectiva). Volumen 2 de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Reimpresión. Bogotá, 2009; Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Sobre los orígenes de la relación especial de sujeción y sus repercusiones actuales. Lecciones de Derecho Disciplinario (obra colectiva). Volumen 3 de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Reimpresión. Bogotá, 2009; Ramírez Torrado, María Lourdes. Argumentos para excepcionar el principio non bis in ídem en el caso de las relaciones de sujeción especial en el ámbito español. Lecciones de Derecho Disciplinario (obra colectiva). Volumen 13 de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2009; Mejía Ossman, Jaime y Roa Salguero, David Alonso. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho – Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales -. Asuntos Disciplinarios IV. Editorial Ediciones Jurídicas Axel. Bogotá, 2011; Hernández Mesa, Nelson. Nociones del concepto de relaciones de sujeción especial. Ensayos sobre Derecho Disciplinario. TOMO II del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2011.

2 "El primero en emplear con éxito el concepto, en Alemania, fue Laband; sin embargo, ya en Grundlinien des allgemeinen Staatsrechts, 1845, de Schmitthener, se encuentra la distinción entre una relación en la que existe una pretensión jurídica y aquella que está determinada por la existencia de un deber de carácter estatal. Laband usó este concepto con el fin de aclarar la situación jurídica de los funcionarios públicos en relación con sus superiores. El concepto fue posteriormente desarrollado por JELLINEK (Subj. óffel. Recht, p. 215), Thoma (Polizeibefehl, p. 17), Nawiasky (Homenaje a Zittelman), Fleiner (Institutionen, p. 139). Pero es en primer lugar a Otto Mayer a quien se debe el que este concepto se impusiera rápidamente y de manera general

modulaciones, limitaciones, morigeraciones, mayor flexibilidad, menor intensidad, en diferentes grados de movilidad, menor rigurosidad y *mutandis mutandi* con relación al derecho penal.

Es decir, que las *relaciones especiales de sujeción*, por sí solas, hacen que el *derecho punitivo* del Estado o *derecho sancionatorio*, no pueda ser interpretado y aplicado desde la misma perspectiva constitucional, porque según intérpretes de esta compleja disciplina, al *derecho disciplinario* hay que comprenderlo, desde el panorama constitucional, con matizaciones, modulaciones, limitaciones, morigeraciones, mayor flexibilidad, menor intensidad, en diferentes grados de movilidad, menor rigurosidad y *mutandis mutandi* con relación a esa otra disciplina del *derecho punitivo* o *sancionatorio* a la cual ya nos referimos (la del derecho penal), simplemente porque así lo dice la máxima autoridad de control de constitucionalidad y no porque así lo interpretemos otros doctrinantes.

En efecto, y sobre el nacimiento de las *relaciones especiales de sujeción*, en la obra *"Temática jurisprudencial del proceso disciplinario"* de mi autoría y de Karolina Mejía Acosta, editorial Ediciones Doctrina y Ley, página 1169, Bogotá 2009, se aprecia un salvamento de voto de Manuel José Cepeda Espinosa y Álvaro Tafur Galvis (en demanda que presentara Miguel Arcángel Villalobos Chavarro). En ese *salvamento de voto* que forma parte de la *Sentencia C-712 del 5 de julio de 2001* de la *Corte Constitucional*, expediente *D-3328*, en la que fungiera como magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño, se expresó:

> "(...) En efecto, se trata de 'relaciones de especial sujeción', que han sido caracterizadas por la doctrina del derecho administrativo como sigue:
>
> 'Las relaciones de sujeción especial (también llamadas de supremacía especial) son una vieja creación del Derecho alemán imperial mediante las cuales se justificaba una fuerte intervención sobre determinados sujetos – sin respeto a sus deberes fundamentales ni al principio de reserva legal- que resultaría intolerable para los ciudadanos que se encontraran en una relación de sujeción general (Nieto, Alejandro. Ob., cit., p. 223). (Tesis hoy abandonadas, pues en ningún caso la restricción de un derecho fundamental puede afectar su núcleo esencial) (...)".

---

en Derecho Administrativo, en la tercera edición de su gran tratado (sección dedicada al acto administrativo)".

Resumen extraído de la ponencia realizada en seminario de Derecho Público de la Universidad de Munich en 1960 por Gallego Anabitarte, Alfredo. *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración – contribución a la Teoría del Estado de derecho. Revista Electrónica, Alemania*, pág. 11 y tomado de Mejía Ossman, Jaime y Roa Salguero, David Alonso. *Las relaciones especiales de sujeción en el derecho – Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales* -. Asuntos Disciplinarios IV. Ob. cit, págs. 11y 12.

Las *relaciones especiales de sujeción* tuvieron su origen en Alemania en el año 1888 (constitucionalismo alemán – discrecionalidad monárquica-), por iniciativa teórica de Otto Mayer, quien las definió como una acentuada dependencia que se establece a favor de un determinado fin de la administración pública, para todos aquellos que entren en esa prevista estructura especial.

Citado por Forero Salcedo, José Rory. *Principios y garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales. 1ª ed. Ediciones Nueva Jurídica. Introducción. Bogotá, 2003, pág. 23*. En el mismo sentido Gallego Anabitarte, Alfredo. Ob. Cit., pág. 14 y tomado de Mejía Ossman, Jaime y Roa Salguero, David Alonso. *Las relaciones especiales de sujeción en el derecho – Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales"*-. Asuntos Disciplinarios IV. Ob. cit, pág. 12.

Como se puede observar, las *relaciones especiales de sujeción*, en pleno *año 2026*, en el que nuestra *Constitución Política* es de Estado social y democrático de derecho, siguen llevando el mismo nombre con que fueron bautizadas en épocas en que no se respetaban los derechos fundamentales y los principios de legalidad y de reserva legal[3], lo cual hoy es imposible admitir, habida cuenta que el núcleo en torno al cual gravita nuestro *Texto Superior* es la *persona* y con ella el *reconocimiento de su dignidad humana*, lo que no permite restricciones a sus principios fundamentales.

Corolario de lo anterior, es que en un *Estado social y democrático de derecho*, las *relaciones especiales de sujeción* no pueden ser argumento para la interpretación y aplicación de los principios constitucionales dentro del *derecho disciplinario* con matizaciones, modulaciones[4], limitaciones, morigeraciones, ni mucho menos con mayor flexibilidad, con

3 Fue Otto Mayer quien en el año de 1888 formuló la especialidad de esta relación jurídica, como una manifestación de la supremacía especial del Estado en orden al cumplimiento de las funciones y servicios que le otorga al servidor público el ordenamiento jurídico.

Otto Mayer. *Derecho administrativo alemán*, Tomo IV, Ed. Española, Buenos Aires, 1982, pág. 49. Citado por Ortíz Reyes, Gabriel. *El control y la disciplina en la administración pública federal*, Sección de obras de Administración Pública, Secretaría de la Contraloría General de la Federación, México, 1988, pág., 106.

En esa época no existían reglas jurídicas (Ortíz Reyes, Gabriel. Ob. cit. *Ibídem*) que limitaran el actuar del empleador, pues éste, en las relaciones laborales, era quien detentaba el poder frente a sus funcionarios, a tal punto que podía disponer o hacer lo que quisiera con ellos, dada la inexistencia de un régimen jurídico sólido que controlara su actuar.

Tales relaciones eran reguladas a través de reglamentos, lo cual significa que era el empleador quien determinaba las conductas que constituían falta disciplinaria, convirtiéndose éste en legislador, juez y parte. Legislador, porque a través de los reglamentos definía lo que era falta disciplinaria y la responsabilidad; parte, porque era el ofendido con la falta, y juez porque era quien deducía la responsabilidad y determinaba la imposición de la sanción a través de los principios de conveniencia y oportunidad. (Conocida doctrina nacional, estructurando unas bases para comprender las *relaciones de sujeción especial* desde una perspectiva jurídica constitucional, ha expresado que "para hacer referencia a un prototipo de relación de sujeción especial, entendida esta como aquella que les genera restricciones a quienes están sujetos a ella y les otorgan preeminencia o primacía a quienes ejercen función subordinante dentro de ella, se justifica constitucionalmente si y solo si su configuración se halla inscrita y regulada por un sistema normativo sujeto a reserva de ley." Y agrega que *"*no existe relación de *sujeción especial* que no tenga una regulación habilitada por la ley y consecuentemente con base constitucional*."* Prólogo de Molano López, Mario Roberto, en: *La relación especial de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario*, ob., cit., págs. 17 y 18).

Los textos anteriores fueron tomados de Mejía Ossman, Jaime y Roa Salguero, David Alonso. *Las relaciones especiales de sujeción en el derecho – Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales* -. Asuntos Disciplinarios IV. ob., cit, págs. 17 y 18.

4 Al haber una relación inmediata entre la administración y el administrado se produce como consecuencia una modulación en la esfera de libertad, y en la aplicación de los derechos fundamentales. Sin embargo, estas matizaciones siempre deben tener su apoyo constitucional y por tanto no pueden ser caprichosas o arbitrarias. (Lasagabaster Herrarte, Iñaki. Las relaciones de especial sujeción, Ed. Civitas, Madrid, 1994. Citado por Trayter Jiménez, Juan Manuel. Derecho administrativo sancionador: Materiales, Cedecs Editorial, Barcelona, 1995., págs. 30 y 31).

Para Trayter Jiménez, la jurisprudencia de los más altos tribunales españoles, en el mundo de las sanciones administrativas, haciendo un mal uso de lo que son y significan las relaciones de especial sujeción, ha provocado tres disfunciones importantes, a saber: a) Una expansión desmesurada de ese concepto; b) Una práctica de supresión de los principios de la potestad sancionadora de la administración; c) Una matización, cuando no eliminación, de los derechos fundamentales de los ciudadanos que se encuentran en esa esfera. (Trayter Jiménez, Juan Manuel. *Ibídem*).

Sobre los dos últimos aspectos, que son los que realmente nos interesan, el mismo autor enseña que al imponer una sanción invocando la *relación de sujeción especial* entre el ciudadano y la admi-

menor intensidad, movilidad o con menor rigurosidad con relación a esa otra disciplina del derecho *punitivo o sancionatorio*, como lo es el *derecho penal*, "dizque" porque así debe concluirse del artículo 6º de la *Carta Política*, disposición del constituyente que por ningún lado arriba a esas inaceptables determinaciones, pues el mencionado artículo 6º lo único que refleja es que lo servidores públicos son responsables ante las autoridades, además de infringir la *Constitución* y las *leyes* (que les corresponde a los particulares – en respuesta a las *relaciones generales de sujeción* -), "por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones". Es decir, que el servidor público, por su vinculación con el Estado y por su compromiso de velar por los principios, fines y funciones, tiene más responsabilidades que un particular y ello no tiene porqué conducir a las matizaciones, modulaciones, limitaciones, morigeraciones, ni mucho menos a la aplicación con mayor flexibilidad, menor intensidad y movilidad, o con menor rigurosidad de los principios constitucionales que informan a esa especial clase del *derecho punitivo o sancionatorio* del Estado, ya que tanto el *derecho penal*, como el *derecho disciplinario* o cualquier otro derecho que pertenezca al *derecho punitivo o sancionatorio* del Estado, tendrá que estar de la mano con el artículo 29 de la *Constitución Política* en el que se gobierna con la aplicación del debido proceso, el cual le pertenece, por igual, a toda clase de actuaciones judiciales o *"administrativas"*, salvo, como lo veremos más adelante, que sea la *ley* (del legislador) la que entre a matizar, modular, morigerar, limitar o a aplicar con mayor flexibilidad, con menor intensidad y movilidad o con menor rigurosidad los principios constitucionales en la *ley disciplinaria* y no la doctrina, ni las autoridades, a través de artículos y directrices, que desfiguran el derecho sustancial [5]. Un ejemplo de matización, modulación, morigeración, limitación, de aplicación de mayor flexi-

---

nistración, comoquiera que la regulación positiva es la que cuenta, deben respetarse sin ningún tipo de distinciones, los principios de la potestad sancionadora de la administración (Trayter Jiménez, Juan Manuel Ob. cit., pág. 32), pues aquella no puede dar lugar a que se pretermitan éstos. (En igual sentido, Jalvo, Belén Marina, asevera que "las exigencias de legalidad y tipicidad en materia sancionadora se han visto fuertemente condicionadas por la doctrina de las relaciones de sujeción especial. *El régimen disciplinario de los funcionarios públicos – Fundamentos y regulación sustantiva,* Tercera Edición, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, pág. 80).

Con todo acierto Marina Jalvo, Belén (*El régimen disciplinario de los funcionarios públicos (…)*, pág. 79), afirma que "las consecuencias de la relación de sujeción especial se han notado especialmente en la configuración y en el ejercicio de la potestad disciplinaria".

En sentir de esta reconocida doctrinante, "el Tribunal Supremo ha realizado escazas o nulas reflexiones sobre los intereses o bienes jurídicos concretos que legitimarían la modulación de garantías". Y termina su encabezada crítica diciendo que "la sola invocación de aquella categoría ha servido para matizar, cuando no excepcionar, la aplicación de elementos principios constitucionales como los de reserva de ley, tipicidad y prohibición de doble sanción, en la mayoría de los casos, de forma apriorística y con desconocimiento de la realidad positiva".

Textos copiados de Mejía Ossman, Jaime y Roa Salguero, David Alonso. *Las relaciones especiales de sujeción en el derecho – Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales* -. Asuntos Disciplinarios IV, ob., cit, págs. 19 y 20.

5 En Sentencia de Tutela T-1093 del 4 de noviembre de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), allí se autoriza a la Procuraduría General de la Nación a:

"impartir directrices generales de interpretación de las normas disciplinarias para que estas sean leídas y aplicadas en un mismo sentido por los distintos Procuradores delegados".

Autorización de la Corte Constitucional que entendemos, no debe extenderse a la afectación de principios constitucionales y legales, ni a la aplicación con matizaciones, modulaciones, limitaciones, morigeraciones, ni mucho menos a la aplicación con mayor flexibilidad o con menor rigurosidad de los principios constitucionales que informan el derecho disciplinario, sino a la resolución de aspectos de naturaleza exclusivamente formal, instrumental, procesal o procedimental, pues según el artículo 29 de la C.P., "el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas".

bilidad, con menor intensidad y movilidad o con menor rigurosidad, lo constituye en la *ley disciplinaria* **el derecho a la defensa**, en el cual el legislador optó por señalar en el reemplazado *Código Disciplinario Único (Art. 92-2),* y en el actual *Código General Disciplinario (Art. 112-2)* y en las *demás leyes disciplinarias*, que es "un derecho" el que el destinatario pueda asistir a la versión libre y espontánea acompañado de defensor[6].

De esa manera, en el proceso disciplinario, el legislador dejó en manos del indagado, investigado o disciplinado, el derecho contemplado en el reemplazado artículo 92-2 del *Código Disciplinario Único* de "designar defensor" (hoy, repito, artículo 112-2 del *Código General Disciplinario*), así como en el mismo artículo (numeral 3), el de "ser oído en versión libre, en cualquier etapa de la actuación, hasta antes del fallo de primera instancia" (hoy artículo 112-3 del *Código General Disciplinario* – pero hasta antes del traslado para presentar alegatos previos al fallo de primera o única instancia), derechos que la *ley* relegó a la "discrecionalidad" de su titular, lo cual y a diferencia del *derecho penal*, en el que el implicado tiene la "obligación" de concurrir con su defensor a esa diligencia so pena de la vulneración del derecho a la defensa, genera una clara limitación legal a ese *derecho* y no porque así lo haya decidido la autoridad o la doctrina especializada *motuo proprio* en una errónea interpretación de las *relaciones especiales de sujeción*.

2. Relaciones especiales de sujeción y la jurisprudencia colombiana con relación a la flexibilidad de los principios constitucionales en el derecho disciplinario

Consideramos de gran trascendencia para el *derecho disciplinario* traer los apartes correspondientes de la jurisprudencia de la *Corte Constitucional* en la que se refiere a las expresiones: matización, modulación, flexibilización, menor rigurosidad, menor intensidad, grado o movilidad y *mutatis mutandi,* para mostrar cómo en ninguna de las sentencias de constitucionalidad se explica su alcance, lo que le resta seriedad a alguna doctrina especializada que deja en manos de quienes administren *justicia disciplinaria* la interpretación y aplicación de los principios constitucionales con matizaciones, modulaciones, flexibilizaciones, menor rigurosidad, menor intensidad o movilidad y *mutatis mutandi*, lo cual sea de paso no encontramos explicación por la dificultad e imposibilidad que ocasiona por ejemplo: matizar, modular, limitar o flexibilizar los principios de legalidad y presunción de inocencia, es decir cómo se interpreta y aplica con esas limitaciones los principios aludidos cuando la ley dice: *"sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización"* o cómo se procede cuando expresa: "*A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado"*. Dificultad e imposibilidad que se explica, como lo veremos, porque sólo pueden matizarse, modularse, flexibilizarse, limitarse o aplicarse con menor intensidad o movilidad y menor rigurosidad los principios constitucionales, cuando la *Constitución Política* o la *Ley* lo autorice y, en este caso, es la *Constitución*

6 Así lo explicaba el numeral 2 del artículo 92 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002, hoy numeral 2 del artículo 112 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario), este último aplicable al Estatuto Disciplinario Policial–Ley 2196 del 18 de enero de 2022, por mandato del artículo 27. El Código Disciplinario Militar, lo establece en el numeral 2 del artículo 149 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (era el numeral 3º del artículo 124 de la Ley 836 del 16 de julio de 2003. A los Congresistas se aplican los Códigos General Disciplinario y Disciplinario Único por así permitirlo el artículo 5º literal m. de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista).

Política y la misma *Ley* la que indica cómo opera la aplicación de los principios citados como ejemplo.

En efecto, la *Corte Constitucional* con relación a las expresiones: matización, modulación, flexibilización, menor rigurosidad, menor intensidad o movilidad y *mutatis mutandis*, ha dicho:

Matización.

En la *Sentencia C-252 del 25 de marzo de 2003,* M.P. Jaime Córdoba Triviño. Allí se expresa:

> "Así, ***el derecho disciplinario*** es uno de los ámbitos del ***derecho sancionador del Estado*** cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que ***se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y non bis in ídem, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza***. [7]

En la *Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004,* Jaime Córdoba Triviño citando la *Sentencia C-252 del 25 de marzo de 2003*, también expuso:

> "Así, el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado…y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y *non bis in ídem*, entre otros, pero desde luego, ***con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza*** (…)" (las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto).

En la *Sentencia C-507 del 6 de julio de 2006*. M.P., Álvaro Tafur Galvis. Allí claramente se lee:

> "La Corte ha precisado que, debido a las particularidades de cada uno de los regímenes sancionatorios, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, dichos principios adquieren ***matices*** dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate, siendo en todo caso en materia penal, que los presupuestos son más estrictos (ver al respecto la Sentencia C-233/02[8]. M.P. Álvaro Tafur Galvis) (…)" *(Las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

Modulación.

En la *Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002*. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Allí dijo:

7 Ver también Sentencias C-406 del 4 de mayo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-507 del 6 de julio de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

8 Del 4 de abril.

> "(...) Estas circunstancias, unidas al hecho de que como se ha señalado reiteradamente en esta providencia las garantías del debido proceso predicables en el ámbito disciplinario deben entenderse ***moduladas en función de los objetivos propios de la actuación disciplinaria*** (...)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

Flexibilización.

En la *Sentencia C-427 del 29 de septiembre de 1994*. M.P. Fabio Morón Díaz, citada en las *Sentencias C-708 del 22 de septiembre de 1999* y *C-948 del 6 de noviembre de 2002,* ambas con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, donde allí se expresó:

> "(...) La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos políticos-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor ***flexibilidad***, y de acuerdo con criterios que permiten ***un más amplio margen de apreciación***, tal como lo ha entendido el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, órgano competente para interpretar y aplicar el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* (...)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*[9].

Igualmente, en la *Sentencia C-597 del 6 de noviembre de 1996*, M.P. Alejandro Martínez Caballero, concepto reproducido en la *Sentencia C-107 del 10 de febrero de 2004*. M.P. Jaime Araújo Rentería. Allí se anotó:

> "(...) En estos casos, la Corte ha reconocido que ***los principios del debido proceso*** se siguen aplicando, **pero pueden operar con una cierta *flexibilidad en relación con el derecho penal*** (...)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

Menor rigurosidad.

En la *Sentencia C-431 del 6 de mayo de 2004*. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Allí se escribió:

> "(...) 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 asegu-**

9 Ver también Sentencias C-406 del 4 de mayo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-507 del 6 de julio de 2006. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

> **rar el derecho al debido proceso a que alude el artículo 29 superior**. (…)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

Menor intensidad, con diferente grado de movilidad.

La misma *Corte Constitucional* agrupó la mayoría de los anteriores conceptos y le agregó las expresiones ***"sin la misma intensidad"*** y ***"con diferente grado de movilidad"*** en la *Sentencia "recopiladora" C-406 del 4 de mayo de 2004*. M.P. Clara Inés Vargas Hernández, de la siguiente manera:

> "(…) Por lo tanto, debido a las particularidades de cada una de las normatividades sancionadoras, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, ***el principio de legalidad*** consagrado en la Constitución ***adquiere matices*** dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. Es por ello, que la Corte ha considerado que ***el principio de legalidad es más riguroso*** en algunos campos, como en el derecho penal, pues en este no solo se afecta un derecho fundamental como el de la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, mientras que en otros derechos sancionadores, no solo no se afecta la libertad física sino que sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, ***y por lo tanto en estos casos, se hace necesaria una mayor flexibilidad, como sucede en el derecho disciplinario o en el administrativo sancionador***.
>
> Así lo ha reiterado la Corte, entre otras, por ejemplo, en la Sentencia C-827 de 2001[10] M.P. Álvaro Tafur Galvis:
>
> 'Entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando, ***pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal.*** '(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)
>
> Esta posibilidad de ***flexibilizació****n* del principio de legalidad en los diversos derechos sancionadores, con excepción del derecho penal, ha sido sostenida últimamente por la Corte en una clara línea de precedentes, recogidos en la Sentencia C-530 de 2003[11] M.P. Eduardo Montealegre Lynett, en donde se señaló:
>
> "(…)

10 Del 8 de agosto.

11 Del 3 de julio.

'Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad. Y esto implica que los comportamientos sancionables por la administración deben estar previamente definidos, y en forma suficientemente clara, por la ley. Sin embargo, esta Corporación ha también señalado que el principio de legalidad ***opera con menor rigor en el campo del derecho administrativo sancionador que en materia penal*** (C.P. art. 29). El derecho administrativo sancionatorio, a pesar de estar sujeto a las garantías propias de debido proceso, ***tiene matices en su aplicación*** y mal podría ser asimilado, sin mayores miramientos, al esquema del derecho penal.'

Posibilidad de ***flexibilización*** del principio de legalidad, que cobija entonces al derecho administrativo sancionador, pues si bien es cierto, esta Corporación ha sido enfática en señalar que en el derecho administrativo sancionador también rige el debido proceso, de forma tal que se exige una tipicidad de las conductas reprochables, una sanción predeterminada y un procedimiento que asegure el derecho de contradicción, también ha considerado que ***en materia administrativa el principio de legalidad se aplica con una mayor flexibilidad,*** para asegurar la efectividad de la actuación de la administración pública, dada la naturaleza de su objeto y las sanciones para ella establecidas, que difieren frente a otros derechos sancionadores.

Además, ha reiterado la Corte, que en el derecho administrativo sancionador:

'aunque la tipicidad hace parte del derecho al debido proceso en toda actuación administrativa, ***no es demandable en este campo el mismo grado de rigurosidad que se exige en materia penal***, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, *los bienes jurídicos involucrados* y la teleología de las facultades sancionadoras en estos casos, hacen posible también una ***flexibilización razonable de la descripción típica***, en todo caso, *siempre erradicando e impidiendo la arbitrariedad y el autoritarismo*, que se haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás principios y fines del Estado, y que se asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal o convencional de todas las personas'.

Cabe recordar, que si bien es cierto que el debido proceso rige toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, ello no implica que el principio de legalidad tenga idéntica aplicación en todos los derechos sancionadores, pues *'no significa que los principios del derecho penal se aplican exactamente de la misma forma en todos los ámbitos en donde se manifiesta el poder sancionador del Estado, ya que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas.* (…) ***la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando, pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal***.

(…)

Se insiste entonces, en que si bien es necesario que las normas que facultan y regulan el poder administrativo sancionatorio deben adecuarse a los principios de configuración del sistema sancionador, es decir, a los principios de «legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigen-

cia de descripción especifica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios), y que, en Sentencia C-127 de 1993[12], reiterada en la C-1490 de 2000[13] y en la C-099 de 2033 (sic)[14], entre otras, la Corte haya considerado también que 'Con la 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, también debe tenerse en cuenta que ***esta Corporación ha reiterado, que respecto de actuaciones administrativas, en ejercicio de la potestad sancionadora de la administración -correctiva y disciplinaria-, las reglas del debido proceso se aplican con los matices apropiados de acuerdo con los bienes jurídicos afectados con la sanción***.

Por lo tanto, debido a que el derecho administrativo sancionador tiene adicionalmente más controles para evitar la mera liberalidad de quien impone la sanción, como por ejemplo las acciones contencioso-administrativas, y dado que la sanción prevista no afecta la libertad personal de los procesados, la Corte ha aceptado que, en el derecho administrativo sancionatorio, ***y dada la flexibilidad admitida respecto del principio de legalidad***, la forma típica pueda tener un carácter determinable. Posibilidad que no significa la concesión de una facultad omnímoda al operador jurídico, para que en cada situación establezca las hipótesis fácticas del caso particular. Por ello, la Corte ha sido cuidadosa en precisar, que, si bien es posible la existencia de una forma típica determinable, es imprescindible que la legislación o el mismo ordenamiento jurídico, establezcan criterios objetivos que permitan razonablemente concretar la hipótesis normativa, como ha sido reiterado con insistencia.

(...)

De igual forma, cuando esta Corporación analizó la constitucionalidad de una norma en la cual se daba facultad al Banco de la República para fijar y reglamentar el encaje de las distintas categorías de establecimientos de crédito, señalar o no su remuneración y «establecer las sanciones por infracción a las normas sobre esta materia», consideró, en la Sentencia C-827 de 2000[15], que dicha disposición era exequible. Para ello, ***la Corte reiteró que, si bien el principio de legalidad es común a todos los regímenes punitivos, «no se proyecta en todos ellos con la misma intensidad."*** Y corroboró que en ese caso preciso era claro 'que la ley ha señalado elementos básicos dentro de los cuales la Junta Directiva del Banco de la República, como autoridad

12 Sin fecha.

13 Del 2 de noviembre.

14 ¿?.

15 Del 8 de agosto de 2001.

constitucional reguladora en materia monetaria, cambiaria y crediticia, debe precisar el tipo sancionatorio que será aplicado por la Superintendencia Bancaria - con sujeción a los principios y reglas que orientan en la Constitución y en la ley la aplicación de las sanciones-, quedando así salvaguardado el principio de tipicidad de la sanción'.

En consecuencia, guarda coherencia con los fines constitucionales de esta actividad sancionatoria administrativa, que las hipótesis fácticas establecidas en la ley ***permitan un grado de movilidad a la administración***, de forma tal que ésta pueda cumplir eficaz y eficientemente con las obligaciones impuestas por la Carta. Sin embargo, debe precisarse ***que la flexibilidad del principio de legalidad no puede tener un carácter extremo, al punto que se permita la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas***. Por el contrario, en el derecho administrativo sancionador el principio de legalidad exige que directamente el legislador establezca, como mínimo, los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada, las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar con claridad la conducta, al igual que exige que en la ley se establezca también la sanción que será impuesta o, igualmente, los criterios para determinarla con claridad.

Estos criterios fueron concretados por la Corte, por ejemplo, en la Sentencia C-530 de 2003, en la que se estudió si la expresión 'maniobras peligrosas e irresponsables' contenida en el Código Nacional de Tránsito Terrestre, desconocía el principio de legalidad y de tipicidad. Para ello, esta Corporación determinó primero que dichas normas operaban en el campo del derecho administrativo sancionador 'puesto que en general la investigación y sanción de las infracciones de tránsito son atribuidas a autoridades administrativas'. ***En un segundo lugar, indicó que en este tipo de derecho también rigen mutatis mutandis los principios del derecho penal, aunque con ciertos matices,*** por lo cual reiteró que 'En estos casos, la Corte ha reconocido que ***los principios del debido proceso se siguen aplicando, pero operan con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal'***. Y en un tercer lugar, precisó que el uso de conceptos indeterminados es admisible para las infracciones administrativas 'pero siempre y cuando dichos conceptos sean determinables en forma razonable, esto es, que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados'. Con base en estos argumentos, la Corte decidió que la expresión demandada era exequible, siempre y cuando se entendiera que debía tratarse de maniobras que violen las normas de tránsito, que pusieran en peligro a las personas o a las cosas, y que constituyeran conductas dolosas o altamente imprudentes. Lo anterior, por cuanto ésta era la única interpretación que permitía encontrar los criterios por medio de los cuales se podía establecer el contenido conceptual de la expresión indeterminada 'maniobras peligrosas e irresponsables' *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto).*

(…)".

Mutatis mutandis.

Sentencias que contienen la expresión:

1. *C-386 del 22 de agosto de 1996*. Exequibilidad e inexequibilidad algunos artículos de la Ley 5 del 17 de junio de 1992. Demandante: Jaime Enrique Lozano. M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-1131.

2. *C-769 del 10 de diciembre de 1998*. Exequibilidad del art. 25 (8) de la Ley 200 del 28 de junio de 1995. Demandante: Carlos Fernando Muñoz Castrillón. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-2086.

3. *C-155 del 5 de marzo de 2002*; Exequibilidad del art. 14 de la Ley 200 del 28 de junio de 1995. Demandante: Carlos Mario Isaza Serrano. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3680.

> "(…) los principios del derecho penal se aplican ***mutatis mutandis*** en este campo (el del derecho disciplinario) (…)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

4. *C-922 del 29 de agosto de 2001*. Exequibilidad del art. 2º del Decreto 1074 del 26 de junio de 1999. Demandante: Álvaro Edgar Hernández Conde. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3434.

> "(…) Así pues, la Constitución prohíbe que alguien sea juzgado conforme a normas sustanciales que definan penas, que no sean preexistentes al acto que se imputa. Esta prohibición, aplicable en primer lugar a los juicios penales, ***resulta extensiva a todos los procedimientos administrativos*** en los que se pretenda la imposición de una sanción. En efecto, reiterada jurisprudencia constitucional ha señalado que ***en el derecho administrativo sancionador son aplicables mutatis mutandis las garantías superiores que rigen en materia penal***, entre ellas la de legalidad de las infracciones y de las sanciones, conforme a la cual ***nadie puede ser sancionado administrativamente sino conforme a normas preexistentes que tipifiquen la contravención administrativa*** y señalen la sanción correspondiente (…)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

5. *C-467 del 15 de julio de 2009* (estarse a lo resuelto en la *Sentencia C-350 del 20 de mayo de 2009* que declaró la inexequibilidad del art. 35 (9) L. 734 del 5 de febrero de 2002). Demandante: Diego Alberto Zuleta García. M.P. Mauricio González Cuervo. Expediente D-7460.

> "(…) Por lo tanto, *debe* ***observarse mutatis mutandis en la definición de los tipos, los principios de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad y proporcionalidad que son los límites a la función disciplinaria*** de acuerdo con el art. 29 Superior (…)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

6. *C-507 del 6 de julio de 2006*. Exequibilidad. del art. 40 D. 1798 del 14 de septiembre de 2000. Demandante: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro. M.P. Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-6063.

"(...) Sobre este punto la Corte en la Sentencia C-404 de 2001 – citada de manera reiterada- precisó lo siguiente:

'La Corte ha explicado 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 a sanción correspondiente. En efecto, ***la Corte en reiterada jurisprudencia ha establecido que los principios del derecho penal general se aplican mutatis mutandis al derecho administrativo disciplinario***, toda vez que los mismos son garantía de los derechos fundamentales de la persona investigada (...)'" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

3. Las relaciones especiales de sujeción analizadas por la doctrina internacional

Alejandro Nieto García.

"(...) En efecto, se trata de 'relaciones de especial sujeción', que han sido caracterizadas por la doctrina del derecho administrativo como sigue:

'Las relaciones de sujeción especial (también llamadas de supremacía especial) son una vieja creación del Derecho alemán imperial mediante las cuales se justificaba una fuerte intervención sobre determinados sujetos —sin respeto a sus deberes fundamentales ni al principio de reserva legal— que resultaría intolerable para los ciudadanos que se encontraran en una relación de sujeción general.

(...)

Las críticas doctrinales que con el tiempo se fueron acumulando —puesto que se consideraba que con tal excepcionalidad era incompatible con un auténtico Estado constitucional de derecho— cristalizaron, al fin, en la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 14 de marzo de 1972, en la que, por primera vez y sin ambages, se declara que las relaciones de sujeción especial no escapan a las garantías de la reserva de ley, de respeto a los derechos fundamentales y de la protección de los Tribunales". (Nieto, Alejandro. Ob. cit., p. 223).

(...)

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

García Macho, por su parte, da un paso más y, siguiendo las orientaciones de la doctrina alemana moderna, considera que con referencia a las personas sujetas a estas relaciones de sujeción especial (cualquiera que sea el modo en que se haya determinado su vínculo) hay que determinar dos tipos: las relaciones de base *(Grundverhältnisse)*, que afectan a la esfera de sus derechos

fundamentales, y las relaciones de funcionamiento *(Betriebsverhältnisse)*. En las primeras 'no se puede restringir los derechos fundamentales sino es mediante ley que de todos modos deberá respetar su contenido esencial'. Mientras que, para las segundas, 'debe ser garantizada la actividad cotidiana de la institución (que la prisión funcione o los maestros puedan enseñar) y, cuando sea necesario para esa actividad, prevalecerá el interés general sobre los derechos (...)" (Nieto, Alejandro. Ob. cit., p. 226).

(...)

"La STC 61/1990, de 29 de marzo, es, hasta la fecha, la que más rotundamente ha limitado las potestades sancionadoras de la Administración en las relaciones de sujeción especial. Por cierto, es que admite que en ellas caben restricciones a la aplicación del principio de legalidad, pero añadiendo que:

'Una cosa es que quepan restricciones en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellas subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. *No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo*. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad jurídica del ciudadano. Otra cosa es que esos requisitos permitan una *adaptación – nunca una supresión – a los casos e hipótesis de relaciones Administración-administrados y en concordancia con la intensidad de la sujeción*'. (Nieto, Alejandro. Ob. Cit., p. 227).

(...)

3° Ahora bien, este principio no se aplicará aquí en los mismos términos que en el Derecho Penal o en el Derecho Administrativo Sancionador de las relaciones generales, dado que, por lo pronto, hay que distinguir entre las relaciones básicas y las relaciones de funcionamiento que se insertan en toda relación especial. *En las relaciones básicas son intangibles tanto los derechos fundamentales como el principio de legalidad; mientras que en las relaciones de funcionamiento se aplican con 'matizaciones'* "(Nieto, Alejandro. Ob. cit., p. 228) *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Belén Marina Jalvo.

"Las consecuencias señaladas se mantendrán durante la época de Weimar e, incluso, tras la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn. Superada la situación constitucional determinante de la construcción de la teoría de las relaciones de sujeción especial, en el Estado de derecho la actividad administrativa no puede desarrollarse al margen de la ley, ni de los derechos fundamentales ni de control judicial. Justamente por las razones apuntadas, *las relaciones de sujeción especial han perdido su contenido y efectos clásicos en el ordenamiento que las vio nacer*. En este sentido, constituye un punto de inflexión decisivo la Sentencia de 14 de marzo de 1972, del Tribunal Constitucional alemán, que declara la vigencia del principio de legalidad y de los derechos fundamentales en las relaciones de sujeción especial *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

(...)

En definitiva, los conceptos propuestos terminan haciendo referencia a algunas de las características propias de las relaciones de sujeción especial. Al respecto, es preciso recordar que tales características se manifiestan con diversa intensidad en cada supuesto de relación de sujeción especial. Así las cosas, la incertidumbre no queda limitada al concepto de relación especial, sino que se extiende a la distinción misma entre las relaciones de sujeción especial y las relaciones de sujeción general (como lo ha apuntado F. González Navarro, no tiene sentido mantener la distinción entre relación general y relación especial de sujeción, que no es, ni mucho menos, 'clara y tajante', 'poder domesticador del Estado y derechos del recluso', en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor* E. García de Enterría, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, p. 1088). *Entonces no queda más remedio que admitir que la categoría en cuestión no tiene 'más que un alcance aproximativo, descriptivo y coloquial, sin precisión dogmática alguna'* (J. A. Santamaría Pastor, *Principios de Derecho Administrativo*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 352)" *(las letras inclinadas, fuera del texto)*.

(...)

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

(...)

Ahora bien, las relaciones de sujeción especial no pueden seguir constituyendo una 'laguna en el Estado de Derecho' (E. Forsthoff, *Traité de droit administratif allemand,* Bruylant, Bruxelle, 1969, p. 215). En este marco, la actividad administrativa, con independencia de que se encuentre más o menos vinculada al ámbito interno u organizativo, *no puede desarrollarse al margen del principio de legalidad, de los derechos fundamentales y del control judicial (las letras inclinadas fuera del texto)*.

No es posible seguir considerando a la potestad disciplinaria como una potestad de carácter autónomo como origen en una relación de sujeción especial. La Administración dispone de potestad disciplinaria desde el momento y en los términos que se la otorga la ley.

(...)

Respecto de los dos primeros principios señalados (reserva de ley y tipicidad), admitiendo que la distinción entre relaciones de sujeción general y relaciones de sujeción especial es 'en sí misma imprecisa' (STC 61/1990, de 29 de marzo), el Tribunal Constitucional ha señalado que, '*una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad.* No se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

(...)

> La sentencia recalca la validez y eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones de sujeción especial, refiriéndose en el caso concreto a los de legalidad formal y tipicidad (artículo 25.1 de la C.E). Eso no obsta para que dichos derechos puedan sufrir 'adaptaciones' según los tipos e intensidad de cada una de las relaciones de sujeción especial. ***De esta forma rechaza la invocación de las relaciones de sujeción especial como causa automática de modulación de las garantías sancionadoras de orden constitucional***" (Jalvo, Belén Marina. Ob. cit., ps. 72, 73, 76, 77, 79, 82 y 84) *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.[16]

Mariano López Benítez.

> "(...) aquéllas por las que un administrado se inserta de forma duradera y efectiva en la esfera organizativa de la Administración, en su esfera doméstica. Es esa inserción, en efecto, *la que motiva que sea él mismo una pieza importante del funcionamiento de la organización administrativa, o del servicio que desempeña* (voluntaria u obligatoriamente) o que utiliza con carácter duradero. (...) Las relaciones especiales de sujeción siguen siendo, en definitiva, una institución necesaria. Podrá rechazarse este concepto, pero habrá que acudir a otros que respondan a la misma finalidad: que nuestros hospitales funcionen, que nuestros cuarteles no se fosilicen y puedan ser operativos, que nuestras escuelas y universidades, que nuestra administración puedan cumplir con eficacia, los fines que tienen encomendados. *La tarea de nuestros tiempos estriba precisamente en armonizar estas exigencias con los postulados básicos que demanda un Estado social de derecho* (...) (López Benítez, Mariano. *'Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción'*. Monografías Civitas S.A., 1994, págs. 30, 43[17] *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Ricardo García Macho.

> "(...) *Sobre la base de los principios democrático y de Estado de derecho, las relaciones de especial sujeción solo pueden ser reconocidas allí donde la Constitución lo hace*. Esta efectivamente reconoce la existencia de estatus especiales (funcionarios, militares, presos, etc.). Y, consecuentemente, con ello admite restricciones de algunos derechos fundamentales de esos colectivos. *Estas restricciones solo pueden llegar hasta donde sea necesario para el buen funcionamiento de la institución*. Así mismo, en caso de conflicto en el seno de un estatus especial, el administrado puede acudir a los Tribunales sin restricciones, pues en otro caso se produciría la indefensión (art. 24 CE). Este principio general debe ser, sin embargo, matizado. (...) El concepto de relación de especial sujeción es necesario, a mi juicio mantenerlo para resolver las dificultades que surgen en aquellas situaciones en las cuales la

16 También en Mejía Ossman, Jaime. Relaciones especiales de sujeción. Artículo materia de estudio en la Universidad Militar Nueva Granada (Especialización en Derecho Sancionatorio). Bogotá, 2007 y Mejía Ossman, Jaime y Roa Salguero, David Alonso. Asuntos Disciplinarios IV. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho – Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales -. Editorial Ediciones Jurídicas Axel. Bogotá, 2011, págs. 25 a 29.

17 Tomado de Forero Salcedo, José Rory. Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. Colección Derecho Disciplinario no. 15 de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Editorial Imprenta Nacional. Bogotá, 2007, págs. 46 y 47.

administración y el administrado conviven todo el día (soldados, presos) o la mayor parte del día (funcionarios, estudiantes), *pero al mismo tiempo es ineludible plantear la relación sobre las bases constitucionales establecidas* (…)". (García Macho, Ricardo. *"Las relaciones especiales de sujeción en la Constitución española"*. Tecnos. 1992, págs. 252 y 253)[18] *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez.

"(…) *Las diferencias entre supremacía general, sectorial y especial y las distintas clases de actividad sancionadora general sobre los administrados y disciplinaria sobre alguno de ellos, no son esenciales*. En ambos casos se trata de infracciones a un orden y ambas son conexas al Derecho Penal, pues en realidad son normas penales preventivas. Si una de las justificaciones de la potestad sancionadora es la necesidad de mantener el orden de la institución administrativa hay un fondo común entre la potestad correctiva y la disciplina, porque en ambos casos se ataca la institución. *No se puede separar el fundamento de la potestad disciplinaria y de la correctiva*. Hay solamente una diferencia relativa. Desde una perspectiva del ordenamiento, que es el que confiere la potestad sancionadora a la Administración, *se destaca una identidad de principios, tanto en lo sustantivo como en lo procesal, la institución administrativa siempre persigue el mismo fin: el interés general, y debe estar sometida a las mismas exigencias de legalidad*. Las Sentencias del Tribunal Constitucional del 29 de marzo y 15 de noviembre de 1990 declaran que *la garantía del respeto a los derechos fundamentales supone respetar en la supremacía especial los principios de legalidad y tipicidad,* que no se puede sustituir por una potestad doméstica y que se deben identificar en lo posible los principios de la supremacía general y la especial, de la que sólo quedan como singularidad la no exigencia del principio *non bis in ídem*[19] (Sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1986)"[20] *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

---

18 Tomado de Forero Salcedo, José Rory. Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción, ob. cit., pág. 47.

19 La Fuente Benachez, Mercedes en su obra El régimen disciplinario de los funcionarios públicos de la administración del Estado. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1996, págs. 144 y 145, sobre el particular, expresa:

"… En definitiva, pues, la admisibilidad del principio *bis in ídem* dentro de la concreta *relación de sujeción especial funcionarial* es posible, en nuestra opinión, por dos razones. Primero, porque con la regulación penal y jurídico-administrativa, se protegen bienes jurídicos diferentes, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo, al reconocer la distinta inspiración y finalidad de las normativas referidas. En segundo lugar y reflejo de esa diferenciación de bienes jurídicos protegidos por el diverso contenido de las sanciones previstas. Así cabrá entender la exigencia de proporcionalidad declarada por el TC. En Sentencia 234/1991, de 10 de diciembre, al señalar 'para que sea jurídicamente admisible la sanción disciplinaria impuesta en razón de una conducta que ya fue objeto de condena penal es indispensable, además, que el interés jurídicamente protegido sea distinto y que la sanción sea proporcionada a esa protección'.

Las sanciones previstas para castigar una misma acción en el orden penal y administrativo despliegan sus efectos en ámbitos absolutamente diferenciados, las penales afectan al inculpado como ciudadano y las disciplinarias como funcionario, miembro de una organización en la que presta sus servicios, por lo que el efecto aflictivo de estas incide exclusivamente en la relación funcionarial y va desde el apartamiento definitivo o temporal de ese funcionario, a la ruptura de la relación orgánica que conlleva su puesto de trabajo o la corrección sobre el desenvolvimiento de la función por el desarrollada".

20 Carretero Pérez, Adolfo y Carretero Sánchez, Adolfo. Derecho administrativo sancionador. Editoriales de Derecho Reunidas. 2ª ed. Madrid, 1997, págs. 94 y 95.

4. Las relaciones especiales de sujeción analizadas por la doctrina nacional

Federico A. Castillo Blanco.

> "(...) aquellas relaciones jurídico-públicas en las cuales una persona física o jurídica, por la especial posición en que le encuadra el ordenamiento jurídico, por su inclusión como parte integrante de la organización administrativa o por razón de la especial relevancia que para el interés público tiene el fin de ésta, *se encuentra en una situación de sometimiento distinta y más intensa del común de los ciudadanos, pero en la que rige la reserva de Ley y, sólo con base en esta, puede limitarse el ejercicio de derechos fundamentales* y en la que existe una tutela judicial sobre el ejercicio de derechos e intereses legítimos"[21] *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

David Alonso Roa Salguero.

> "(...) Las relaciones de especial sujeción en el ámbito de un Estado social y democrático de derecho, se definen como el vínculo jurídico exclusivo entre este y ciertas personas, *que deviene, fundamentalmente, de los deberes y obligaciones que estas asumen en el marco de la función pública* y que, de igual modo, otorga al Estado la facultad de exigirles su correcto cumplimiento"[22] *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Mario Roberto Molano López.

> "Significa lo anterior que el estudio de las RSE[23] en el panorama constitucional *debe realizarse dentro del marco general de las restricciones a los derechos fundamentales*, así como dentro de las finalidades de interés general que invoquen expresamente la propia Constitución y que comporte el ejercicio de potestades administrativas. Estos dos elementos, *restricción y potestad administrativa*, en nuestro sentir, resultan determinantes para definir en el panorama constitucional los prototipos de relación de sujeción especial...". *La restricción prevista expresamente en la Constitución debe suponer, una vez cumplida la reserva legal, el ejercicio de potestades administrativas, para que pueda configurarse el fenómeno de las RSE*"[24] *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

José Rory Forero Salcedo.

> "Es claro que el funcionario en una relación especial de sujeción recibe un tratamiento distinto y más intenso del común de los ciudadanos, en cuanto al refuerzo de sus deberes funcionales, *también lo es que, en tal relación jurídica,*

21 Tomado de Castillo Blanco, Federico A. *Función pública y poder disciplinario del Estado*. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1992, pág. 102.

22 Tomado de Material de estudio para los estudiantes de la Especialización en Derecho Sancionatorio de la Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá, 2011.

23 Relaciones de Sujeción Especial.

24 Tomado de Molano López, Mario Roberto. *Las relaciones de sujeción especial en el Estado social.* Colección Derecho Disciplinario no. 9 de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Editorial Imprenta Nacional. Bogotá, 2005, págs. 49 y 50.

rige la reserva de Ley y solo con fundamento en esta se pueden limitar sus derechos fundamentales"[25] *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Conforme a esta línea argumentativa, defino las relaciones especiales de sujeción como:

> a. Aquellos nexos o vínculos estrechos, duraderos y efectivos, que existen entre la Administración Pública y los servidores estatales, esto es, funcionarios y particulares que prestan funciones públicas, dada su acentuada dependencia respecto de la misma; y en tanto relaciones jurídicas, flexibles, funcionales, juridificadas y constitucionalizadas facultan a aquella en el marco de un Estado constitucional, social y democrático de derecho, para exigirles el cumplimiento de sus deberes funcionales y demandarles en caso de infracción pero previa garantía de un debido proceso, la responsabilidad que su calidad conlleva, por inobservancia de los valores y principios derivados de la ética del servicio público, en aras de garantizar un fin preciso: la efectividad y excelencia de la administración.
>
> b. En contrapartida, otorgan a estos colectivos por el estatus especial en que los ubica, la posibilidad de tutelar el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, acorde con unas claras reglas de juego estipuladas en el derecho disciplinario, sin duda su exteriorización más radical, que al tener una naturaleza autónoma, busca de una parte, prevenir, regular, controlar y sancionar el injusto disciplinario y de otra, conciliar la tensión constitucional generada en la dinámica y vicisitudes de la función pública, entre la potestad disciplinaria, como manifestación inequívoca de la categoría dogmática en comento, y el respeto escrupuloso de sus derechos y libertades fundamentales, en cuanto solamente pueden ser limitados conforme a los siguientes requisitos: necesariedad, razonabilidad, proporcionalidad y autorización expresa de la Constitución o la ley en acatamiento de la garantía de reserva de ley por el principio de legalidad"[26] *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

> "(...) categoría dogmática del Derecho público, *de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública*, es la especial posición jurídica que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen *obligaciones y deberes reforzados* de exigencias en el resorte de la conducta oficial, en búsqueda de su configuración y encauzamiento en el ámbito de una ética de lo público, que prefiguran de una manera *sui generis* la estructura de la responsabilidad

25 Citado en Mejía Ossman, Jaime y Roa Salguero, José Rory. Asuntos Disciplinarios IV. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho – Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales. Ob., cit., pág. 30.

26 Citado en Forero Salcedo, José Rory, en Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado Colombiano. Editorial Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá, 2011, pág. 126. Así mismo en Giraldo Aponte Efraín, Osorio Patiño, Freddy, Forero Salcedo, José Rory. Giraldo Zuluaga, Jorge y Tirado González, Orlando en el artículo Las relaciones especiales de sujeción en los regímenes disciplinarios del personal docente y administrativo de la Universidad Nacional. Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen 3. Obra Colectiva de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Editorial Imprenta Nacional. Bogotá, reimpresión 2009, pág. 230.

disciplinaria *en el marco del respeto de los derechos fundamentales* (…)"[27] *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Nelson Hernández Meza.

"(…) - El concepto de relaciones de sujeción especial de que se habla en la doctrina y en la jurisprudencia española es similar al manejado en el ámbito jurídico colombiano. Sin embargo, la construcción doctrinal del tema en el derecho español descansa sobre la noción de ethos funcionarial y funcionario; mientras en Colombia esta se apuntala sobre la figura de sujeto disciplinable. Pues también lo son, otras personas que no obstante tener la calidad de servidores públicos (abogados, indígenas, particulares que cumplen funciones públicas e internos recluidos en centros penitenciarios y carcelarios) –sic-, de igual forma se les aplica la potestad disciplinaria del Estado.

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

- Esta noción es la que permite deducir con precisión, cuando un individuo tiene la calidad de sujeto disciplinable, y en que eventos es posible predicar la aplicación de la potestad disciplinaria del Estado. *Pues esta entrelaza la vinculación del sujeto con el Estado*, en sus diversas modalidades; *la limitación de sus garantías fundamentales debido a esta relación*; y, el cumplimiento de los deberes funcionales inspirados en los principios constitucionales de la función administrativa"[28] *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Jaime Mejía Ossman.

"(…) Las relaciones especiales de sujeción, en nuestro Estado social y democrático de derecho, se traducen en el sometimiento restrictivo de algunos derechos fundamentales de quienes prestan una función pública al Estado, llámese servidor público o particular con funciones públicas, en respuesta a la salvaguarda del interés general y a la protección de sus principios, fines y funciones de naturaleza estrictamente constitucionales. En el campo del derecho disciplinario, las relaciones especiales de sujeción *permiten la limitación de los derechos fundamentales de sus destinatarios, siempre y cuando, dichos derechos, sean limitados por la "ley del legislador"*. La Constitución Política, en caso de que, *por ejercicios de poder se vulneren los derechos fundamentales* por aplicación incorrecta de los mismos *y en abuso de la teoría de las relaciones especiales de sujeción,* ha previsto, como mecanismos de defensa, las instituciones de la tutela y de las acciones contencioso-administrativas, para

27 Citado en Mejía Ossman, Jaime y Roa Salguero, David Alonso. *Asuntos Disciplinarios IV*. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho – Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales -. Ob., cit., pág. 30.

28 Meza Hernández, Nelson. Artículo Nociones del concepto de relaciones de sujeción especial. "Colección Especializada Ensayos Sobre Derecho Disciplinario" del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. Tomo II. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2011, pág. 135.

que por decisión jurisdiccional se solucionen los conflictos que afecten las garantías fundamentales. (…)"[29].

Pedro Alfonso Hernández Martínez

"(…) Función pública y relaciones especiales de sujeción

- Propuesta para sustituir la sumisión por la misión del servidor público en materia disciplinaria -[30]

(…)

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

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

(…)

En la segunda parte se describe cómo, en derecho disciplinario, se admite por algunos que las relaciones especiales de sujeción cimenten la potestad del Estado de limitar derechos fundamentales de los servidores públicos; justifiquen por qué los servidores públicos tengan que soportar limitaciones de ciertos derechos, libertades y garantías y admitan la matización o modulación de los principios del derecho penal en el derecho disciplinario y la ausencia de una protección constitucional plena a favor de los sujetos disciplinables.

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

(…)

29 Mejía Ossman, Jaime. *Relaciones especiales de sujeción*. Artículo materia de estudio en la Universidad Militar Nueva Granada (Especialización en Derecho Sancionatorio). Bogotá, 2007.

30 Ponencia presentada en el 3er. Congreso Internacional de Derecho Disciplinario – hacia la comprensión de las teorías que fundamentan el derecho disciplinario -, organizado por el Instituto de Estudios del Ministerio Público – Procuraduría General de la Nación. Bogotá, D.C., 21 y 22 de noviembre de 2013.

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

(...)

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

Si bien parecieran consistentes y armónicas con el ordenamiento jurídico las consideraciones de quienes estiman que a un servidor público no le asisten plenos derechos ni plenas garantías constitucionales en el proceso disciplinario y que se le puede retirar del empleo público e impedir que interactúe laboralmente con el Estado por un lapso superior a 10 años, dado que se trata solamente de medidas de carácter laboral en un ambiente de especial sujeción frente al Estado, que no impiden que se dediquen a sus actividades personales o a sus negocios o empresas particulares, desde el enfoque constitucional del Derecho de la Función Pública resulta imperativo decirles a quienes así promulgan y difunden su pensamiento, que se equivocan de manera grave y que su lectura del derecho disciplinario infringe caros mandatos superiores como los referidos en párrafos precedentes.

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

Contrario a lo difundido en el texto citado, la destitución tiene relevancia constitucional, con la potencialidad de alterar, de manera radical, la calidad de vida digna del disciplinado y la de su núcleo familiar, la libertad de profesión u oficio, el derecho fundamental al trabajo, el libre desarrollo de la personalidad, los derechos políticos y los derechos prevalentes de los menores. Por ello, la destitución sólo puede imponerse a quien amerite dicha sanción, pero con el respeto pleno de las formalidades, los derechos fundamentales y las garantías constitucionales propias del proceso disciplinario. Se debe tener en cuenta siempre que las autoridades administrativas

disciplinarias no son las llamadas a limitar o condicionar el pleno ejercicio de los derechos y las garantías fundamentales que asisten a los servidores públicos, por corresponder a ámbitos de protección constitucional a favor de la dignidad que asiste a todas las personas.

"Los artículos 1º, 2º, 4º, 5º, 13, 25, 40, 53, 85, 93, 122, 123, 125 y 130 de la Constitución Política, entre otros, contienen la expresión democrática en las relaciones laborales en el sector público. Se desconoce ese andamiaje, en el cual, por un lado, el ingreso, la permanencia, el ascenso y el retiro del servicio constituyen una de las más claras evidencias del principio democrático, justamente en las relaciones laborales de los servidores públicos pero, por el otro lado, con figuras importadas de manera acrítica y ajenas al modelo democrático, no solo en su génesis sino en su concepción y comprensión, se busca preservar unas relaciones de sujeción en las cuales se resta valor a la persona y se altera la integridad de su dignidad como ser humano. Las relaciones especiales de sujeción son una figura jurídica extraña al principio democrático y resulta insuficiente para acogerlas, que se proponga que la restricción de derechos y garantías de los servidores públicos se lleve a cabo de manera flexible dentro de los postulados que determina la Constitución de 1991.

(…)

Subordinación es diferente de sujeción. *La subordinación* es un elemento de la relación laboral, en el sector público o en la empresa privada. El servidor público no está sujeto al Estado ni está sujeto por el Estado, menos aún por una 'relación de sujeción especial', sino que, frente al Estado, se establece una relación de subordinación, de jerarquía, de orientación o de dependencia.

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

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

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

(…)

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

> En cambio, al estar fundado el derecho disciplinario en la sujeción especial del servidor público, el reproche disciplinario se legitima, desde esa óptica, en el sometimiento que le impone unilateralmente su vinculación con el Estado, mas no por la finalidad de la actuación a su cargo.
>
> Además, para la dignidad del servidor público es más relevante inculcarle la trascendencia de su misión al servicio de la comunidad, que señalarle que la legitimidad del reproche o de la censura a sus conductas se funda en la sumisión, sometimiento o sujeción especial que lo ata al Estado, por haber optado ser un servidor público.
>
> En una república democrática es distinto considerar que la corrección disciplinaria del servidor público se sustenta en el incumplimiento o en la afectación de su noble misión al servicio de los conciudadanos, que respaldar el reproche disciplinario en el sometimiento o en la sujeción especial que le genera su vinculación laboral con el Estado.
>
> En concreto, la categoría constitucional que propongo para soportar el andamiaje disciplinario en el Estado social de derecho es 'la *calidad del servidor público al servicio de la comunidad*'.
>
> ¡El mensaje para la autoridad disciplinaria y para el servidor público en general será diferente!" (...) *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

5. Las relaciones especiales de sujeción desde la óptica de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

Con el ánimo de realizar un estudio más riguroso y formarnos un concepto claro acerca de las *relaciones especiales de sujeción*, aplicables a un *Estado social y democrático de derecho*, en este espacio citaremos algunas sentencias de la *Corte Constitucional* y con ellas sus apartes más sobresalientes. Aquí haremos alusión a las Sentencias *C-318/95*; *C-244/96*; *C-280/96*; *C-341/96*; *T-705/96*, *C-769/98*; *C-708/99*; *C-155/02*; *C-181/02*; *C-948/02*; *T-1108/02*; *C-037/03*; *C-125/03*; *C-252/03*; *C-893/03*, *T-1190/03*; *C-014/04*, *T-572/05* y *T-578/05*[31] y al finalizar sacaremos las conclusiones pertinentes, así:

Sentencia C-318 del 19 de julio de 1995.

Demandante: José Joaquín León Aldana.

Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Referencia: Expediente N.º D-759.

Demanda del artículo 168 de la Ley 65 de 1993[32].

---

31 También en Mejía Ossman, Jaime. *Relaciones especiales de sujeción*. Artículo materia de estudio en la Universidad Militar Nueva Granada (Especialización en Derecho Sancionatorio). Bogotá, 2007 y Mejía Ossman, Jaime y Roa Salguero, David Alonso. Asuntos Disciplinarios IV. "Las relaciones especiales de sujeción en el derecho" – Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales -. Ob. cit., págs. 35 a 65.

32 Del 18 de agosto.

"(…)

La potestad administrativa para limitar o restringir derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, 'debe estar expresamente autorizada en la ley que regule su ejercicio', así en la Sentencia de tutela *T-705 de 1996*[33] (…)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia C-318 del 19 de julio de 1995* de Alejandro Martínez Caballero señala que la potestad de limitar derechos fundamentales debe ser autorizada de manera expresa en la ley.

Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996.

Demandante: Marcela Adriana Rodríguez Gómez.

Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

Referencia: Expediente N.º D-1058

Demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 2° del artículo 2°, artículo 6°, parágrafo 1° del artículo 34, inciso 3° parcial del artículo 61, numeral 1° parcial del artículo 66 y artículo 135 parcial de la Ley 200 de 1995[34] "Código Disciplinario Único".

"(…)

Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, *ya que la acción disciplinaria se produce dentro de 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 extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo.* Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales (…)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996* de Carlos Gaviria Díaz, precisa que la acción disciplinaria es consecuencia de las *relaciones especiales de sujeción* como resultado del incumplimiento de un deber; de una prohibición; de una omisión o extralimitación y de la violación al régimen de inhabilidades, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses.

Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996

Actores: Andrés de Zubiría Samper y Carlos Fernando Muñoz Castrillón.

Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

---

33 Del 9 de diciembre.

34 Del 28 de julio.

Demandas: D-1067 y D-1076 acumulados.

Normas acusadas: artículos 20 (parcial), 22 (parcial), 25 (parcial), 27 (parcial), 29 (parcial), 31 (parcial), 32 (parcial), 41 (parcial), 43 (parcial), 52, 61, 66 (parcial), 73 (parcial), 79 (parcial), 82 (parcial), 110, 115, 116 y 177 (parcial) de la Ley *200 de 1995*[35], "por la cual se adopta el Código Disciplinario Único".

> "(…)
>
> 6- La Corte recuerda que la potestad sancionadora que tiene la administración se manifiesta en dos dimensiones bien diferenciadas, 'la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.). *Esto significa que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo. En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona*. Por ello esta Corporación ya había señalado que el 'régimen disciplinario' cobija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios[36].
>
> (…)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996* de Alejandro Martínez Caballero indica que la potestad disciplinaria sobre quienes desempeñan una función pública es consecuencia de las *relaciones especiales de sujeción*, precisamente por la relación laboral en que se encuentran.

Sentencia T-705 del 9 de diciembre de 1996

Actor: Jorge Quiñones Hernández.

Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Expediente: T-104188.

> "(…)
>
> 5. Las potestades de la autoridad administrativa para limitar o restringir los derechos fundamentales de las personas que se hallen vinculadas a la Administración, a través de una relación de especial sujeción como la que se estudia en el presente caso, debe estar expresamente autorizada en la ley que regule su ejercicio.

35 Del 28 de julio.

36 Aparte citado en la Sentencia C-341 del 5 de agosto de 1996. Actor: Jairo Villegas Arbeláez. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell en la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 20 (parcial) de la Ley 200 del 28 de junio de 1995. Expediente: D-1135.

(...)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia de tutela T-705 del 9 de diciembre de 1996* de Eduardo Cifuentes Muñoz precisa que la limitación o restricción de los derechos de las personas sometidas a *relaciones especiales de sujeción, debe estar expresamente autorizada en la ley que regule su ejercicio*.

Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998

Actor: Carlos Fernando Muñoz Castrillón.

Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell.

Expediente: D-2086

Demanda de numeral 8° del artículo 25 de la Ley 200 de 1995[37].

"(...)

2.2. *Diferentes disposiciones de la Constitución sirven de base para sostener, cierto grado de independencia o autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal*, en razón de las especificidades que presenta, en atención a su contenido sustancial y a las reglas y principios procesales que deben observarse en el juzgamiento de las faltas disciplinarias (arts. 1º, 2º, 6º, 29, 123, 124, 125 inciso 4° y 209 de la Constitución), especificidades que surgen de la naturaleza operativa y realizadora de la administración *que demanda respuestas urgentes e inmediatas a la satisfacción de los intereses públicos o sociales, los bienes jurídicos protegidos*, como son el patrimonio público, la moralidad, la transparencia, la eficiencia y la eficacia administrativas, *la especial sujeción frente al Estado en que se encuentra el servidor público, en razón de la relación jurídica que con éste surge al ser investido de la función pública, y de la idea de que dicha función adquiere un carácter instrumental en la medida en que traduce la realización de derechos, valores y principios constitucionales*.

(...)" *(las letras inclinadas fuera del texto).*

Nota: La *Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998* de Antonio Barrera Carbonell concluye que las *relaciones especiales de sujeción*, entre otras "especificidades" "sirven de base para sostener, cierto grado de independencia o autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal".

Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999

Actor: Jorge Luis Pabón Apicella.

Magistrado Sustanciador: Álvaro Tafur Galvis.

Expediente: D-2329

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 27 de la Ley 200 de 1995[38] "*por la cual se adopta el Código Disciplinario Único*".

37 Del 28 de julio.

38 Del 28 de julio.

"(...)

Constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse *sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria*, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 6º y 123).

(...)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999* de **Álvaro Tafur Galvis** advierte que la potestad del Estado de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores y de someterlos a "una responsabilidad pública", nace de las *relaciones especiales de sujeción*, "en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función", que les obliga a que "el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública".

Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002

Actor: Carlos Mario Isaza Serrano.

Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández

Expediente: D-3680.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 14 de la Ley 200 de 1995[39] *"Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único"*.

"(...)

4. Objeto, fines y tipicidad del derecho disciplinario.

El *derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador,* cuya concepción hoy en día debe *estar orientada por los principios del Estado social y democrático de derecho previstos en el artículo 1º de la Constitución, garantizando el respeto a las garantías individuales,* pero también los fines del Estado

39 Del 28 de julio.

determinados en el artículo 2º *ibídem* y para los cuales han sido instituidas las autoridades públicas.

Disciplina que encuentra fundamento 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. (…) Por ello el régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos a quienes corresponde estar al servicio del Estado y de la comunidad (C.P. art. 123), dado que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad (C.P. art. 209).

(…)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002* de Clara Inés Vargas Hernández expresa que el *derecho disciplinario* es una modalidad del *derecho sancionador* y que la disciplina de quienes desempeñan funciones públicas encuentra fundamento en las *relaciones especiales de sujeción* y se concreta al probarse 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.".

Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002

Actor: Carlos Mario Isaza Serrano.

Magistrado Sustanciador: Marco Gerardo Monroy Cabra

Expediente: D-3676

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 9° (total), 20, 25, 27, 29, 30, 44 (parciales), 65 (total), 116, 131, 146, 151 y 157 (parciales) de la Ley 200 de 1995[40].

"(…)

Si bien es cierto que entre la *acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes* puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, *no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de 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 extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su

40 Del 28 de julio.

cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales. (Sentencia C-244 de 1996[41]).

(…)" *(las letras inclinadas, fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002* de Marco Gerardo Monroy Cabra precisa que, si bien es cierto que entre la *acción disciplinaria* y la *acción penal* "existen ciertas similitudes", "ellas no se identifican", precisamente porque la *acción disciplinaria* se produce por las *relaciones especiales de sujeción* que existen entre el funcionario y la administración.

Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002

Actores: Carlos Mario Isaza Serrano y Manuel Alberto Morales Támara.

Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis

Expedientes: D-3937 y D-3944

Acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 3 (parcial), 5, 7, 13, 14 (parcial), 17 (parcial), 28 numeral 2° (parcial) y 4°, 30 (parcial), 32 (parcial), 44 numeral 1° (parcial) y parágrafo y 46 (parcial) de la Ley 734 de 2002[42] *"por la cual se expide el Código Disciplinario Único"*

"(…)*La idea de dolo en el derecho disciplinario no está referida únicamente a los aspectos de conocimiento y voluntad, sino que se resuelven en el concepto de previsión efectiva,* de este modo la previsibilidad se considera el antecedente lógico y psicológico para evitar un resultado contrario a derecho y no deseado. *La culpa en el derecho disciplinario no se genera por negligencia, impericia, imprudencia, como en el derecho penal, sino que obedece a la noción de diligencia exigible a quien desempeña funciones públicas, en razón de su especial deber de sujeción para con el Estado.*

(…)

En ese orden de ideas, la Corte ha expresado que *«entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas.* Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad, sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que *se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores*. En estos casos, la Corte ha reconocido que *los principios del debido proceso se siguen aplicando, pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal* (…) *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

(…)

41 Del 30 de mayo.

42 Del 5 de febrero.

Cabe recordar en ese sentido que *constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado*, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

(…)" *(las letras inclinadas fuera del texto).*

Nota: La *Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002* de Álvaro Tafur Galvis indica que *por las relaciones especiales de sujeción* "la idea de dolo en el *derecho disciplinario* no está referida únicamente a los aspectos de conocimiento y voluntad, sino que se resuelven en el concepto de previsión efectiva". Igualmente esa Alta Corporación pregona, que por las mismas *relaciones especiales de sujeción* "la culpa en el *derecho disciplinario* no se genera por negligencia, impericia, imprudencia, como en el derecho penal, sino que obedece a la noción de diligencia exigible a quien desempeña funciones públicas" y que por esas mismas relaciones, la Corte Constitucional reconoce que "los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal". Así mismo advierte, como en otras decisiones, que las *relaciones especiales de sujeción* permiten el control disciplinario sobre los servidores públicos, como "elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del *Estado social de derecho*". Creemos que esta advertencia de la *Corte Constitucional* ***debe ser revisada conforme a los artículos 28 y 29 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 o Código General Disciplinario*** (con las modificaciones introducidas por el artículo 4º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021)***, en donde el dolo y la culpa, por primera vez se encuentran definidos en materia disciplinaria.*** ¿Será que esas definiciones del dolo y la culpa aportan una explicación de cómo se generan?

Sentencia T-1108 del 5 de diciembre de 2002

Acción de tutela instaurada por el director de la Cárcel del Circuito Judicial de Turbo contra la Empresa Antioqueña de Energía E.S.P. S.A. –EADE-.

Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Expediente: T-557332

"(…)

3.1. Reiteración de jurisprudencia. La suspensión del servicio de energía eléctrica necesariamente vulnera los derechos fundamentales de los internos[43].

43 Con relación a este tema, es muy enriquecedor estudiar el artículo sobre las Relaciones especiales de sujeción en el régimen aplicable a las personas privadas de la libertad, escrito por Bustamante Sierra, Martha Lucía, Vallejo Avendaño, Claudia Patricia, García Estrada, Beatríz Elena, Arteaga Villa, Rocío Amparo y Álvarez Esquea, Faustino. Lecciones de Derecho Disciplinario (Obra colectiva). Volumen 2 de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Reimpresión. Bogotá, 2009, págs. 271 a 303. Entre otras cosas, en la página 272, allí se sostiene:

En reciente jurisprudencia *la Sala Séptima de Revisión consideró los elementos que caracterizan las denominadas 'relaciones especiales de sujeción', propias de la situación en que se encuentran los reclusos, pudiendo establecer que de estas relaciones surge para el Estado el deber de garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios, en todos los establecimientos carcelarios*, como presupuesto de la funcionalidad del sistema penal, dijo la Sala:

'39. De la existencia, identificación y régimen de las llamadas *'relaciones especiales de sujeción'*[44] entre los reclusos y el Estado (las autoridades penitenciarias), la Corte ha extraído importantes *consecuencias jurídicas* que la Sala procederá a reiterar en función de la ilustración del caso bajo estudio.

De la jurisprudencia de la Corte Constitucional la Sala identifica *seis elementos característicos qué procederá a relacionar así*: *las relaciones de especial sujeción implican* (i) la subordinación[45] de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); (ii) Esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial[46] (controles disciplinarios[47] y administrativos[48] especiales *y posibilidad de limitar*[49] *el ejercicio de derechos, incluso fundamentales*). (iii) *Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizad*[50] *por la Constitu-*

"(...) Ahora, en el ejercicio del proceso de resocialización, el Estado posee la facultad de establecer marcos legales que garanticen el adecuado comportamiento de las personas, mientras tengan la obligación de estar retenidas en establecimientos carcelarios; y es precisamente allí donde encuentra asidero la sanción disciplinaria especial establecida para los mismos.

Dicho poder sancionatorio debe estar cobijado por el manto constitucional que le permita respetar los derechos fundamentales del procesado, en este caso el interno, y, por lo tanto, dicha investigación debe incorporar en sí misma el postulado del debido proceso y los principios que la orientan, particularmente los de legalidad, taxatividad, culpabilidad y antijuridicidad, principios sobre los cuales se inicia y basa nuestra propuesta. (...)".

44 Esta expresión en el contexto de las relaciones entre autoridades penitenciarias y personas privadas de la libertad fue utilizada por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en Sentencia T-596 de 1992, así mismo dentro de las sentencias más importantes al respecto cabe citar T-705 de 1996 y T-153 de 1998.

45 La subordinación tiene su fundamento en la obligación especial de la persona recluida consistente en "cumplir una medida de aseguramiento, dada su vinculación a un proceso penal, o una pena debido a que es responsable de la comisión de un hecho punible" citada de la Sentencia T-065 de 1995. O también es vista como el resultado de la "inserción" del administrado en la organización administrativa penitenciaria por lo cual queda "sometido a un régimen jurídico especial", así en Sentencia T-705 de 1996.

46 Desde los primeros pronunciamientos sobre el tema, la Corte identificó la existencia de un "régimen jurídico especial al que se encuentran sometidos los internos", el cual incluye la suspensión y la limitación de algunos derechos fundamentales, en este sentido ver Sentencia T-422 de 1992.

47 Que se concreta, por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen disciplinario para los reclusos, así en la Sentencia T-596 de 1992.

48 Que se concreta, por ejemplo, en la posibilidad de implantar un régimen especial de visitas, así en la Sentencia T-065 de 1995.

49 Sobre los tres regímenes de los derechos fundamentales de los reclusos, según la posibilidad de la suspensión, limitación y goce pleno, ver entre otras las Sentencias T-222 de 1993, T-065 de 1995 y T-705 de 1996.

50 En este sentido ver la Sentencia C-318 de 1995. La potestad administrativa para limitar o restringir derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, "debe estar expresamente autorizada en la ley que regule su ejercicio", así en la Sentencia T-705 de 1996.

ción y la ley. (iv) La finalidad [51] del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización). (v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales[52] (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser[53] especialmente garantizados por el Estado. (vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar[54] de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos (sobre todo con el desarrollo de conductas activas).

Como lo puede apreciar la Sala, *entre las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las relaciones especiales de sujeción, están*: (i) la posibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales de los reclusos (intimidad, reunión, trabajo, educación). (ii) *La imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales* (vida, dignidad humana, libertad de cultos, *debido proceso*, habeas data, entre otros). (iii) El deber positivo[55] en cabeza del Estado de asegurar el goce efectivo tanto de los derechos no fundamentales como de los fundamentales, en la parte que no sea objeto de limitación cuando la misma procede, y en su integridad frente a los demás, debido a la especial situación de indefensión o de debilidad manifiesta en la que se encuentran los reclusos. (iv) El deber positivo[56] en cabeza del Estado de asegurar todas las condiciones necesarias[57] que permitan a su vez condiciones adecuadas para la efectiva resocialización[58] de los reclusos.

---

51 Sobre la finalidad de la limitación a los derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, ver especialmente la Sentencia T-705 de 1996. Sobre su relación con la posibililidad (sic) real de la resocialización ver la Sentencia T-714 de 1996.

52 Entre los especiales derechos de los presos y su correlato, los deberes del Estado, como consecuencia del establecimiento de una relación especial de sujeción, se encuentran "el deber de trato humano y digno, del deber de proporcionar alimentación suficiente, agua potable, vestuario, utensilios de higiene, lugar de habitación en condiciones de higiene y salud adecuadas, el deber de asistencia médica, y el derecho al descanso nocturno, entre otros", citada de la Sentencia T-596 de 1992.

53 Sobre los deberes especiales del Estado ver la Sentencia T-966 de 2000.

54 Para la Corte esta garantía debe ser reforzada, ya que el recluso al estar sometido a una relación especial de sujeción, tiene limitado su derecho a escoger opciones y le es imposible autoabastecerse, en este sentido ver la Sentencia T-522 de 1992, además se encuentra en un estado de "vulnerabilidad" por lo cual la actividad del Estado en procura de la eficacia de los derechos fundamentales debe ser activa y no solo pasiva, en este sentido ver la Sentencia T-388 de 1993, y en el mismo sentido la Sentencia T-420 de 1994. Ya que el recluso está en imposibilidad de procurarse en forma autónoma los beneficios propios de las condiciones mínimas de una existencia digna, así en la Sentencia T-714 de 1995, o se encuentra en estado de indefensión frente a terceros, así en la Sentencia T-435 de 1997.

55 Sobre el contenido de este deber positivo ver la Sentencia T-153 de 1998.

56 Sobre el énfasis en el deber positivo en cabeza del Estado, ver las Sentencias T-714 de 1996 y T-153 de 1998.

57 Responsabilidad del Estado que se concreta en la obligación de velar por la seguridad de los reclusos en el perímetro carcelario y en la obligación de garantizar condiciones de vida adecuadas a los reclusos, así en la Sentencia T-522 de 1992.

58 La posibilidad de reinserción social depende en buena medida de la eficacia del derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios adecuados, este derecho encuentra el fundamento de su

> (…)
>
> De ahí que esta Corporación haya considerado que, dada la especial condición de sujeción al Estado de la población carcelaria, la suspensión del servicio de energía eléctrica en los penales deriva, necesariamente, *en la violación de 'sus derechos fundamentales, a la dignidad humana, ¿a la salud por conexidad con la vida y a la integridad física?'*.[59-60]
>
> (…)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia T-1108 del 5 de diciembre de 2002* de Álvaro Tafur Galvis concreta que "Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley.

De la misma manera expresa que "***las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las relaciones especiales de sujeción*** están: (…) (ii) La ***imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales*** (vida, dignidad humana, libertad de cultos, ***debido proceso***, habeas data, entre otros)".

Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003

Actor: Óscar Antonio Márquez Buitrago

Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis

Expediente: D-3982

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3º, 17, 46, 53, 93, 143, 160, 165 (parciales) de la Ley 734 de 2002[61] *"por la cual se expide el Código Disciplinario Único"* y contra el artículo 115 (parcial) de la Ley 270 de 1996[62] *"Estatutaria de la Administración de Justicia"*

> "(…)
>
> -Por su parte, el representante de la Federación Colombiana de Municipios considera ambigua la expresión *'servicios públicos a cargo del estado'*, por lo que solicita a la Corte que aclare que solamente puedan ser sujetos pasivos del proceso disciplinario *'aquellos particulares que presten servicios que la legislación haya dejado a cargo del Estado pero éste, por vías como la concesión, haya admitido la colaboración privada'*, pues a su decir, ***solo en estos eventos se configura la relación de sujeción especial que justifica el poder disciplinario***. Lo anterior, porque no estima coherente que a la vez que se produce un fenómeno de 'desestatización', con trabajadores y empresas sujetas al derecho privado, se imponga el poder disciplinario del Estado.

validez en el derecho a la dignidad y en el principio del Estado social de derecho, así en Sentencia T-153 de 1998.

59 Idem.

60 Sobre el tema, ver la Sentencia T-1190 del 4 de diciembre de 2003. Acción de tutela instaurada por Jairo Bautista Celis contra la Penitenciaría Nacional de Valledupar. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Referencia: expediente T-716456. En esa sentencia de tutela, su contenido se encuentra cobijado con el título: "Doctrina constitucional acerca de las relaciones de especial sujeción".

61 Del 5 de febrero.

62 Del 7 de marzo.

(…)

"Así se señaló en la Sentencia C-280/96[63] en la que se declaró la inexequibilidad de algunas expresiones contenidas en los artículos 29 y 32 de la Ley 200 de 1995[64] y en la que se precisó que por no existir entre el contratista de prestación de servicios y la administración una relación de subordinación, sino la prestación de un servicio de manera autónoma, dichos contratistas no eran destinatarios de la ley disciplinaria.

Dijo la Corte:

'6- La Corte recuerda que la potestad sancionadora que tiene la administración se manifiesta en dos dimensiones bien diferenciadas, 'la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.). Esto significa que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo. *En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona*. Por ello esta Corporación ya había señalado que el 'régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (subrayas no originales).

(…)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003* de **Álvaro Tafur Galvis** precisa que "en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una *relación de sujeción o supremacía especial* debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la administración y la aludida persona".

Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003

Actora: Marcela Patricia Jiménez Arango.

Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Expediente D-4059

Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 11 (parcial) y el parágrafo segundo (parcial) del artículo 48 de la Ley 734 de 2002[65].

"(…)

63 Del 25 de junio.

64 Del 28 de julio.

65 Del 5 de febrero.

> Ahora bien, *en el terreno del derecho disciplinario estricto*, esta finalidad se concreta en la *posibilidad que tiene la Administración Pública de imponer sanciones a sus propios funcionarios* quienes, en tal calidad, le *están sometidos a una especial sujeción*. ***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***.
>
> (…)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003* de Marco Gerardo Monroy Cabra señala que "en el terreno del *derecho disciplinario* estricto", las *relaciones especiales de sujeción* le conceden la posibilidad a la administración pública para ***imponer sanciones a sus funcionarios, para el logro de los fines y para el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública***.

Sentencia C-252 del 25 de marzo de 2003

Actora: Marcela Patricia Jiménez Arango.

Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Referencia: expediente D-4180

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 48, numeral 48, y 51, inciso 3°, de la Ley 734 de 2002[66].

> "(…)
>
> 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° 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*.
>
> (…)
>
> 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

66 Del 5 de febrero.

> formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que *se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y non bis in ídem, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza.*
>
> (...)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia C-252 del 25 de marzo de 2003* de Jaime Córdoba Triviño, expresa que "la atribución de función pública genera un vínculo de sujeción entre el servidor público y el Estado (...) también precisa el correlativo espacio de su responsabilidad, independientemente de la especificidad que en cada caso pueda asumir la potestad sancionadora del Estado" y concreta, como en otras decisiones, que "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*" y por ende que por las *relaciones especiales de sujeción*, "se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y *non bis in ídem*, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza".

Sentencia C-893 del 7 de octubre de 200***3***

Actor: Marcela Patricia Jiménez Arango.

Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

Referencia: expediente D-4452

Demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 35 numeral 22 de la Ley 734 de 2002[67] "por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único."

> "(...)
>
> 4.2. Ha sido el propio Constituyente, entonces, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, *Sentencia C-286 de 1996*[68], entre otras, el que ha sometido al servidor público, a un régimen disciplinario. Así, se ha dicho que *todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario*, según los términos previstos por la Constitución y por la ley, el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y *a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto*, en cuanto es titular genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con total independencia de si las ha ejercido o no.
>
> A la inversa, el particular, quien precisamente no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado - en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura-, ni percibe de él asignación o salario, está en principio exento del régimen

67 Del 5 de febrero.

68 Del 27 de junio.

> disciplinario estatal y su responsabilidad ante las autoridades únicamente puede surgir de las transgresiones en que incurra en relación con los preceptos constitucionales y legales, tal como lo pregona el artículo 6º de la Carta Política".
>
> (...)". *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia C-893 del 7 de octubre de 2003* de Alfredo Beltrán Sierra indica que "todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un *régimen disciplinario*, según los términos previstos por la *Constitución* y por la ley" y que el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto".

Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004

Actor: Javier Alejandro Acevedo.

Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño

Expediente: D-4560.

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 123 y 125, parciales, de la Ley 734 de 2002[69].

> "(...)
>
> 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.
>
> Es por ello que el constituyente advirtió que cada servidor público debía tener claridad acerca de los criterios superiores con los que se vinculaba a la administración y de allí porqué exigió, en el *artículo 122, que sólo entre a ejercer su cargo después de prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben*. ***Además, una vez satisfecha esa exigencia, debe tener siempre presente que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que debe desarrollarse, según el artículo 209, con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad***.
>
> 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

69 Del 5 de febrero.

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***.

Así, el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo *recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y non bis in ídem, entre otros*, pero, desde luego, con las *matizaciones* impuestas por su específica naturaleza.

(…)

7. Como puede advertirse, estas faltas disciplinarias, si bien plantean la infracción del deber funcional que vincula al servidor público con el Estado, *se caracterizan por un contenido de injusticia tan marcado que, aparte de contrariar ese nexo especial de sujeción, afectan también derechos fundamentales del ser humano*.

(…)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004* de Jaime Córdoba Triviño insiste, al igual que en otras oportunidades, que "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". Concreta que "***el fundamento de la imputación disciplinaria" consiste en la "necesidad de realizar los fines estatales"***, lo cual "le impone un sentido al ejercicio de la función pública por las autoridades"; "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".

Sentencia T-572 del 27 de mayo de 2005

Acción de tutela instaurada por Luis Francisco León Figueredo contra el director de la Penitenciaria Nacional de Acacías (Meta).

Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Expediente: T-948889.

"(…)

Los derechos de los internos y las relaciones de especial sujeción.

(…)

En lo que hace referencia a los derechos fundamentales de los internos la jurisprudencia constitucional ha precisado que, si bien algunos se encuentran suspendidos o restringidos, otros se conservan íntegramente y es deber del Estado respetarlos, garantizarlos y hacerlos efectivos. *Es así como garantías básicas tales como* la vida, la integridad física y *el* ***debido proceso***, entre otras, *no sufren alteración con ocasión de la reclusión en un centro penitenciario*. No obstante, otros derechos pueden ser suspendidos temporalmente debido, precisamente, a la naturaleza misma de la pena privativa de la libertad entre los que se cuentan el derecho de libertad personal, la libertad de locomoción, los derechos políticos y la libertad de escoger profesión u oficio. Finalmente, algunos derechos fundamentales de los internos pueden ser limitados o restringidos como los derechos a la intimidad, a la información, al trabajo y a la educación, **siempre y cuando dichas restricciones sean proporcionales y razonables *y tengan origen en una disposición legal*.**

El derecho al debido proceso en los procedimientos disciplinarios que se adelanten a los internos.

(…)

Cabe señalar, por otra parte, *que debido a la relación de especial sujeción que se establece entre las personas privadas de la libertad y el Estado* –la cual como antes se consignó implica una especial subordinación del recluso frente a las autoridades penitenciarias, al igual que un régimen jurídico especial y controles administrativos agravados– *el derecho al debido proceso cobra aún mayor importancia porque termina por convertirse en una salvaguarda esencial de los derechos fundamentales de los internos y en un límite infranqueable de la actividad de la Administración*.

(…)

Principios elementales de justicia y equidad exigen que *la ley defina con claridad los actos que violan los derechos de otros y de la sociedad*, o vulneran la finalidad de ciertas instituciones que se crean con el propósito de contribuir al bienestar general. *A esta misma ley se le pide que además de las faltas especifique las sanciones o consecuencias de su realización*; se logra así, conocer con certeza los efectos del obrar y se puede decidir si se asumen los riesgos de cada acción. Pero además se espera de la ley que, con ese mismo detalle y precisión, defina los criterios de apreciación de la conducta para poder realizar el juicio de valor y aplicar la sanción adecuada.

Por otra parte los reclusos como sujetos disciplinables en potencia, debido precisamente al control disciplinario agravado que sobre ellos ejerce el Estado, *necesitan saber con exactitud qué tipo de conductas están tipificadas como faltas disciplinarias y cuáles son las sanciones que acarrea su comisión, porque en caso contrario carecerían de un referente normativo indispensable para el ejercicio de sus derechos, libertades y deberes*; máxime cuando algunas de las sanciones previstas en la Ley 65 de 1993[70] tienen importante incidencia en la duración

70 Del 18 de agosto.

de la pena de privación de la libertad y en la posibilidad de gozar de ciertos beneficios carcelarios[71].(...)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

Nota: La *Sentencia T-572 del 27 de mayo de 2005* de Humberto Antonio Sierra Porto, indica que "en lo que hace referencia a los derechos fundamentales de los internos la jurisprudencia constitucional ha precisado que, si bien algunos se encuentran suspendidos o restringidos, otros se conservan íntegramente y es deber del Estado respetarlos, garantizarlos y hacerlos efectivos. Es así como garantías básicas tales como la vida, la integridad física ***y el debido proceso***, entre otras, no sufren alteración con ocasión de la reclusión en un centro penitenciario. (...) siempre y cuando dichas restricciones sean proporcionales y razonables y ***tengan origen en una disposición legal***. Con relación al debido proceso respecto de los procesos disciplinarios de los internos conceptúo que "cabe señalar, por otra parte, que debido a la *relación de especial sujeción* que se establece entre las personas privadas de la libertad y el Estado[72] -la cual como antes se consignó implica una especial subordinación del recluso frente a las autoridades penitenciarias, al igual que un régimen jurídico especial y controles administrativos agravados- el derecho al debido proceso cobra aún mayor importancia porque termina por convertirse en una salvaguarda esencial de los derechos fundamentales de los internos y en un límite infranqueable de la actividad de la administración".

Del análisis de los apartes transcritos que se relacionan con las sentencias de constitucionalidad y de tutela de la *Corte Constitucional*, podemos inferir que esa máxima Corporación no reporta precedente constitucional alguno que permita inferir que las ***"relaciones especiales de sujeción", autorizan el recorte de los derechos fundamentales*** de quienes se hayan sometido a las mismas, pues si bien es cierto que alguna jurisprudencia así lo expresa[73], la misma ***no soporta la "cierta flexibilidad" de las garantías ni en la Constitución ni en la ley*** y en cambio otras decisiones constitucionales, posteriores por cierto (*T-153 del 28 de abril de 1998* de Eduardo Cifuentes Muñoz; *T-1108 del 5 de diciembre de 2002* de Álvaro Tafur Galvis; *T-1190 del 4 de diciembre de 2003* de Eduardo Montealegre Lynett; *T-572 del 27 de mayo de 2005 y T-578 del 27 de mayo de 2005*, ambas, de Humberto Sierra Porto), señalan con suma claridad:

"(...) ***las consecuencias más importantes de la existencia de las Relaciones Especiales de Sujeción, están en la imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales"*** entre los cuales se destaca ***"el debido proceso"*** y que "la potestad administrativa para limitar o restringir derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, '***debe estar expresamente autorizada en la ley*** que regule su ejercicio (...)'" *(las inclinadas y negrillas fuera del texto)*

71 Ver en ese mismo sentido la Tutela T-578 del 27 de mayo de 2005. Acción de tutela instaurada por los internos del patio sexto de la Penitenciaria "La Picota" contra la Dirección de la Penitenciaria "La Picota" y el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario "INPEC". M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente: T-1062463.

72 Esta expresión en el contexto de las relaciones entre autoridades penitenciarias y personas privadas de la libertad fue utilizada por primera vez en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la Sentencia T-596 de 1992. Entre los pronunciamientos más importantes al respecto, se pueden consultar las Sentencias T-705 de 1996 y T-153 de 1998.

73 Como, por ejemplo, la Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002 de Álvaro Tafur Galvis.

6. Conclusiones y reflexiones académicas de las relaciones especiales de sujeción en la aplicación del régimen disciplinario

Del estudio en precedencia de los apartes de las sentencias de constitucionalidad y de tutela de la *Corte Constitucional*, acerca de la teoría *alemana* de las *relaciones especiales de sujeción*, se destacan las conclusiones y reflexiones académicas que a continuación se esbozan[74]:

a. La *acción disciplinaria* es consecuencia de las *relaciones especiales de sujeción* como resultado del incumplimiento de un deber; de una prohibición; de una omisión o extralimitación y de la violación al régimen de inhabilidades, impedimentos, inhabilidades y conflictos de intereses (*Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996*. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz).

b. La *potestad disciplinaria* sobre quienes desempeñan una función pública, también es consecuencia de las *relaciones especiales de sujeción*, precisamente por la relación laboral en que se encuentran (*Sentencias C-280 del 25 de junio de 1996*. Magistrado ponente: Alejandro Muñoz Caballero y *C-341 del 5 de agosto de 1996* de Antonio Barrera Carbonell).

c. Las *relaciones especiales de sujeción*, entre otras "especificidades" "sirven de base para sostener, cierto grado de independencia o autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal (*Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998* de Antonio Barrera Carbonell).

d. La potestad del Estado de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores y de someterlos a "una responsabilidad pública", como "elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del *Estado social de derecho*", nace de las *relaciones especiales de sujeción*, "en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función", que les obliga a que "el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública" (*Sentencias C-708 del 22 de septiembre de 1999* y *C-948 del 6 de noviembre de 2002* de Álvaro Tafur Galvis).

e. El *derecho disciplinario* es una modalidad del *derecho sancionador* y que la disciplina de quienes desempeñan funciones públicas encuentra fundamento en las *relaciones especiales de sujeción* y se concreta al probarse 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." (*Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002* de Clara Inés Vargas Hernández).

74 Así mismo en Mejía Ossman, Jaime. Relaciones especiales de sujeción. Artículo materia de estudio en la Universidad Militar Nueva Granada (Especialización en Derecho Sancionatorio). Bogotá, 2007 y Mejía Ossman, Jaime y Roa Salguero, David Alonso. Asuntos Disciplinarios IV. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho – Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales -. Ob. cit., págs. 65 a 68.

f. Si bien es cierto que entre la *acción disciplinaria* y la *acción penal* "existen ciertas similitudes", "ellas *no* se identifican", precisamente porque la acción disciplinaria se produce por las *relaciones especiales de sujeción* que existen entre el funcionario y la administración (*Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002* de Marco Gerardo Monroy Cabra).

g. Al aplicarse el concepto de las *relaciones especiales de sujeción* "la idea de dolo en el derecho disciplinario no está referida únicamente a los aspectos de conocimiento y voluntad, sino que se resuelven en el concepto de *previsión efectiva*", considerando la Corte que la previsibilidad se considera el antecedente lógico y psicológico para evitar un resultado contrario a derecho y no deseado. Por la misma razón, "la culpa en el *derecho disciplinario* no se genera por negligencia, impericia, imprudencia, como en el derecho penal, sino que obedece a la noción de *diligencia exigible* a quien desempeña funciones públicas" (*Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002* de *Álvaro Tafur Galvis*). Creemos que esta advertencia de la *Corte Constitucional* ***debe ser revisada conforme a los artículos 28 y 29 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 o Código General Disciplinario*** (con las modificaciones introducidas por el artículo 4º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), ***en donde el dolo y la culpa, por primera vez se encuentran definidos en materia disciplinaria***. ¿Será que esas definiciones del dolo y la culpa aportan una explicación de cómo se generan?

h. "La potestad administrativa para limitar o restringir derechos fundamentales en el contexto de las *relaciones especiales de sujeción*, 'debe estar expresamente autorizada en la ley que regule su ejercicio'" (*Sentencias T-705 del 9 de diciembre de 1996* y *T-153 del 28 de abril de 1998* de Eduardo Cifuentes Muñoz; *T-1108 del 5 de diciembre de 2002* de Álvaro Tafur Galvis; *T-1190 del 4 de diciembre de 2003* de Eduardo Montealegre Lynett; *T-572 del 27 de mayo de 2005* y *T-578 del 27 de mayo de 2005*, ambas, de Humberto Antonio Sierra Porto).

i. "Las consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las *relaciones especiales de sujeción*" en la doctrina constitucional," están en: "(…) (ii) ***La imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos*** fundamentales (vida, dignidad humana, libertad de cultos, debido proceso, habeas data, entre otros" (Sentencias *T-1108 del 5 de diciembre de 2002* de Álvaro Tafur Galvis; *T-1190 del 4 de diciembre de 2003* de Eduardo Montealegre Lynett; *T-572 del 27 de mayo de 2005* y *T-578 del 27 de mayo de 2005,* ambas, de Humberto Antonio Sierra Porto).

j. "En aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una *relación de sujeción o supremacía especial* debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona" (*Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003* de Álvaro Tafur Galvis).

k. "En el terreno del derecho disciplinario estricto", las *relaciones especiales de sujeción* le conceden la posibilidad a la administración pública para imponer sanciones a sus funcionarios, para el logro de los fines y para el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública (*Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003* de Marco Gerardo Monroy Cabra).

l. "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" y concreta, como en otras decisiones, que "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*" (*Sentencia C-252 del 25 de marzo de 2003* de Jaime Córdoba Triviño).

m. "Todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario, según los términos previstos por la *Constitución* y por la ley" y el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto" (*Sentencia C-893 del 7 de octubre de 2003* de Alfredo Beltrán Sierra).

n. "(...) el fundamento de la imputación disciplinaria" consiste en la "necesidad de realizar los fines estatales", lo cual "le impone un sentido al ejercicio de la función pública por las autoridades"; "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 (*Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004* de Jaime Córdoba Triviño).

o. La *Corte Constitucional,* con relación al debido proceso respecto de los procesos disciplinarios de los internos conceptúo que "cabe señalar, por otra parte, que debido a la *relación de especial sujeción* que se establece entre las personas privadas de la libertad y el Estado -la cual como antes se consignó implica una especial subordinación del recluso frente a las autoridades penitenciarias, al igual que un régimen jurídico especial y controles administrativos agravados- ***el derecho al debido proceso cobra aún mayor importancia porque termina por convertirse en una salvaguarda esencial de los derechos fundamentales de los internos y en un límite infranqueable de la actividad de la Administración***" (*Sentencia T-572 del 27 de mayo de 2005* de Humberto Antonio Sierra Porto).

Por todo lo anteriormente anotado, se puede afirmar que en Colombia y como consecuencia de la aplicación del *derecho disciplinario* a quienes estaban vinculados por una *relación especial de sujeción*, la tesis que, en desmedro del principio de reserva legal y de los derechos fundamentales del individuo, fuera acuñada en el Estado alemán imperial, hoy no puede formar parte de nuestro *Estado social y democrático de derecho* en la forma como se institucionalizó en aquellas épocas en las cuales la *persona* y con ella su *dignidad* para nada importaba. Hoy por el contrario, la *Constitución Política de 1991,* gira de manera *prioritaria y central* alrededor de la *persona humana,* como su *núcleo esencial* y no, como en pasadas épocas, en torno al *Estado,* que se consideraba el bien jurídico principalísimo de protección de la *Ley de Leyes*. Prueba de ello es que en esa época, anterior a la *Constitución de 1991,* el *Decreto 100 del 23 de enero de 1980,* anterior *Código Penal,* el primer bien jurídico protegido era *"la seguridad y existencia del Estado"*, el cual con la reforma de la *Ley 599 del 24 de julio de 2000, nuevo Código Penal,* pasó a ser de los últimos y fue reemplazado por el de "la vida y la integridad personal". De la misma

manera y con la más absoluta coherencia, el *Código Penal* y los *Códigos de Procedimiento Penal* que se sancionaron a partir de la *Constitución Política de 1991* (Leyes 600 del 24 de julio de 2000 y 901 del 31 de agosto de 2004), fueron estructurados sobre la base del primer principio rector: *"el reconocimiento de la dignidad humana"*, cosa que también ocurrió en el Código Disciplinario del Abogado o *Ley 1123 del 27 enero de 2007*[75] y por fortuna hoy en las demás codificaciones disciplinarias y con gran especialidad en la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* o Código General Disciplinario (modificada por la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), en la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* o Código Disciplinario Militar y en la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* o Estatuto Disciplinario Policial.

Coherentes con lo expresado en precedencia, la tesis de las *relaciones especiales de sujeción*, no puede seguir proyectándose en nuestro sistema jurídico con el mismo nombre con que se conocieron en épocas de ingrata recordación, sino con un *nomen juris* que se ajuste a nuestro *Estado social y democrático de derecho* en el que indiscutiblemente deben primar los principios de legalidad, reserva legal y debido proceso, entre otros, como requisitos *sine qua non* para la interpretación y aplicación del derecho disciplinario a sus destinatarios. En caso de que la doctrina Constitucional persista en seguir empleando el término de *relaciones especiales de sujeción*[76], en estas épocas de respeto por el ser humano y sus derechos fundamentales, se sugiere que se determine que las mismas no pueden conceder a las *autoridades disciplinarias o jueces disciplinarios* la prerrogativa de matizar, modular, flexibilizar, limitar, aplicar con menor rigurosidad e intensidad y movilidad, los principios constitucionales que de manera estricta se aplican en el derecho penal, salvo, como se dijo atrás, que la ley (del legislador) así lo determine o cuando se tome una decisión sancionatoria en firme, casos en los cuales, las *relaciones especiales de sujeción*, pueden servir de pretexto para morigerar, flexibilizar o limitar[77]

---

75 A propósito, y sobre el tema de las relaciones especiales de sujeción del abogado que desempeña funciones públicas, es muy interesante estudiar el artículo de Burgos Martínez, Jaime, Gaitán Peña, Jorge Eliécer, Fernández Arias, Lizardo Rafael, Meneses, Diana Patricia y Soraya Villamizar, Sandra. "Existencia de la relación especial de sujeción y su prevalencia para determinar la competencia disciplinaria cuando el abogado desempeña funciones públicas. Inconstitucionalidad del inciso 2º del artículo 19 de la Ley 1123 de 2007". Lecciones de Derecho Disciplinario (obra colectiva). Volumen 8 de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Reimpresión. Bogotá, 2008, págs. 43 a 72.

76 Recuérdese el salvamento de voto de Manuel José Cepeda Espinosa y Álvaro Tafur Galvis (en demanda que presentara Miguel Arcángel Villalobos Chavarro) ante la Corte Constitucional, que forma parte de la Sentencia C-712 del 5 de julio de 2001, expediente D-3328, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, en que ellos dijeron:

"*Relaciones de sujeción especial* (también llamadas de 'supremacía especial'): '... En efecto, se trata de '*relaciones de especial sujeción'*, que han sido caracterizadas por la doctrina del derecho administrativo como sigue:

'Las *relaciones de sujeción especial* (también llamadas de supremacía especial) son una vieja creación del derecho alemán imperial mediante las cuales se justificaba una fuerte intervención sobre determinados sujetos – sin respeto a sus deberes fundamentales ni al principio de reserva legal- que resultaría intolerable para los ciudadanos que se encontraran en una relación de sujeción general (Nieto, Alejandro. Ob. cit., p. 223). (Tesis hoy abandonadas, pues en ningún caso la restricción de un derecho fundamental puede afectar su núcleo esencial)".

Tomado de la obra *Temática Jurisprudencial del Derecho Disciplinario* de autoría de Jaime Mejía Ossman y Karolina Mejía Acosta, editorial Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 2009, página 1169.

77 Esa limitación está contemplada en el artículo 16 de la Carta Política en la cual se lee: "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 que puede limitar los derechos fundamentales atendiendo al orden jurídico establecido, precedente constitucional que se redactó en la

los derechos fundamentales del investigado o sancionado, so pena de incurrir en delito o falta disciplinaria por contrariar al "deber Superior" establecido en su artículo 4°, que obliga a los "nacionales" a "acatar la *Constitución* y las leyes". Y ello es comprensible, ya que por mandato constitucional, quienes impartan justicia disciplinaria, tienen la obligación de aplicar el debido proceso a "**toda clase de actuaciones administrativas**", tal como lo ordena el artículo 29, redacción que no admite morigeración, flexibilización o limitación de garantías constitucionales, de la misma manera como no se puede ponderar en las "actuaciones judiciales" referidas a quienes se encuentren en "relaciones generales de sujeción". Es decir, el *derecho disciplinario*, en el terreno constitucional de la aplicación del debido proceso, se encuentra en el mismo nivel que el derecho penal y por lo tanto, el hecho de que las *relaciones especiales de sujeción* hayan tenido en el pasado una significación importante en la restricción de los principios de legalidad, tipicidad y reserva legal y en la de los derechos fundamentales de la persona, hoy, se repite, no puede aceptarse la misma posición, porque la misma contraría la *dignidad humana*, establecida como condición prioritaria para la existencia del *Estado social y democrático de derecho,* conforme a las previsiones contenidas en el artículo 1° de la *Constitución Política* de 1991.

Se señalaba que en caso de que las *relaciones especiales de sujeción*, las adaptáramos a nuestro *Estado social y democrático de derecho*, era menester advertir que ellas solamente podían tener aplicación dentro del trámite disciplinario[78], una vez se hubiera ejecutoriado la sanción que le puso fin al proceso o cuando por decisión del *legislador*, a través de sus disposiciones decidía, por aplicación de la cláusula General de Libertad de que

Sentencia C-252 del 25 de marzo 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 (…)".

78 Valga esta aclaración, pues cuando no media un proceso disciplinario, las "relaciones especiales de sujeción" permiten restringir las libertades y los derechos fundamentales de las personas, atendiendo al vínculo "laboral" con la administración y a las "restricciones de las garantías" que demandan las especiales condiciones jurídicas en que se encuentran las personas por mandato constitucional o legal, como ocurre, con el servidor público que 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 del derogado C.D.U. y 60 numeral 1º del C.G.D.) y como no puede ejercer el derecho a la libertad de locomoción por fuera de la actividad laboral cuando no se le ha concedido permiso. De esa manera también 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. 39 numeral 23 y 56 numeral 4 del C.G.D o Art. 35, numerales 22 y 27 del C.D.U.) o desempeñar 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. 39 numeral 13 del C.G.D. o Art. 35, numeral 14 del C.D.U.) . 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. 39, numeral 30 del C.G.D. o Art. 35, numeral 34 del C.D.U.); 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. 39, numeral 29 del C.G.D. o Art. 35, numeral 33 C.D.U.) 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)

trata el artículo 16 de la *Carta Política*, limitar algún derecho fundamental del indagado, investigado o disciplinado en defensa del interés general y del orden jurídico. Prueba de ello es que quien haya sido sancionado disciplinariamente con inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, no puede pretender acceder a la función pública invocando el derecho fundamental al trabajo; así como no puede exigir que se respete el derecho fundamental a la honra por haberse mencionado su conducta ilícita en un diario de amplia circulación. Lo mismo sucede cuando el legislador en la *Ley Disciplinaria* (numeral 2 del artículo 112 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019 - Código General* Disciplinario -), permite la discrecionalidad del derecho a la defensa en determinadas actuaciones procesales, **pues las *relaciones especiales de sujeción* autorizan esa limitación a los derechos fundamentales, siempre y cuando tengan su soporte en la ley**[79] **y se produzcan en aras del interés general y del orden jurídico**.

Las *relaciones especiales de sujeción*, así como no son fundamento "discrecional" para morigerar, limitar, modular, flexibilizar, aplicar con menor rigurosidad, grado, intensidad o con diferente margen de movilidad, las garantías de que gozan los destinatarios de la ley disciplinaria, de la misma manera, el debido proceso constitucional para determinar la responsabilidad, exige que la ilicitud sustancial del comportamiento se resuelva con la aplicación de los principios que desarrollan los artículos 209 y 2º de la *Constitución Política*, el *Estatuto de Contratación Estatal*, los artículos 3° de la *Ley 489 del 29 de diciembre de 1998*, de la *Ley 1437 del 18 de enero de 2011*[80], 22 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* y 23 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 o *Código General Disciplinario* (normativa aplicable en las *Leyes 1862 del 4 de agosto de 2017* o Código Disciplinario Militar; *2196 del 18 de enero de 2022* o Estatuto Disciplinario Policial y en la *1828 del 23 de enero de 2017* o Código de Ética y Disciplinario del Congresista), ya que la eficacia, eficiencia, igualdad, transparencia, moralidad, armonía, buena marcha, buen nombre y demás inherentes a la administración, **tendrán que ser afectados para que se pueda atribuir la consabida responsabilidad disciplinaria**, pues de suyo las *relaciones especiales de sujeción* contempladas, según la doctrina, en el artículo 6° *Superior*, no escapan, a las actuales garantías contenidas en nuestro *Estado social y democrático de derecho*, por lo cual rechazamos cualquier lesión a los valores axiológicos del *Texto Superior*, por mucho que se parezca su redacción a las del "Estado liberal", o al del "Estado alemán imperial", ya que los presupuestos que las contenían, no son compatibles con la *Carta Política de 1991*, en donde no se les puede a tribuir su nefasto significado, el cual repugna y afecta la *dignidad humana*, que de paso desconoce y vulnera el artículo 95 de la *Constitución Política*.

Así mismo, las *relaciones especiales de sujeción* no escapan al control que la *Ley de Leyes* establece sobre las investigaciones disciplinarias, al punto que ofrece como mecanismos para salvaguardar las garantías fundamentales, las instituciones de la tutela (Art. 86) y de lo contencioso administrativo, para que por vía judicial se hagan cumplir

79 Castillo Blanco, Federico, en su obra *Función pública y poder disciplinario del Estado*. Civitas. Madrid, 1972, pág. 102, citado por Isaza Serrano, Carlos Mario en *Teoría general del Derecho Disciplinario*. Ed. Temis. Bogotá, 2009, pág., 54, dentro del tema de las relaciones especiales de sujeción, dice que la persona:

"(...) se encuentra en una situación de sometimiento distinta y más intensa que el común de los ciudadanos, pero en la que rige la reserva de ley y, solo con base en esta, puede limitarse el ejercicio de derechos fundamentales y en la que existe una tutela judicial sobre el ejercicio de derechos e intereses legítimos".

80 Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

los derechos fundamentales, principios constitucionales e intereses legítimos de sus destinatarios[81].

Como corolario de lo anterior, se expresa:

Las *relaciones especiales de sujeción* se aplican dentro del *derecho disciplinario sancionador o punitivo*, siempre y cuando ellas no permitan que se amenacen los derechos fundamentales de sus destinatarios y que en el caso de que los mismos haya que morigerarlos, limitarlos, modularlos, flexibilizarlos, minimizarlos, aplicarlos con menor rigurosidad, intensidad o con diferente margen de movilidad (incluidos los principios rectores de tipicidad, ilicitud sustancial y culpabilidad), **ello se haga con autorización de la ley**, la que la *Constitución Política de 1991* autoriza, en aras del interés general y del orden jurídico, conclusión ésta que se toma de la mano de los doctrinantes españoles Alejandro Nieto García (Cuarta Edición - reimpresión - 2006) y Belén Marina Jalvo (Segunda Edición - 2001), quienes en sus obras *"Derecho Administrativo Sancionador"* y *"El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos"*, así se identifican[82].

De lo anotado se infiere que, en un *Estado social y democrático de derecho*, los destinatarios de la *Ley Disciplinaria* siguen perteneciendo a la sociedad; el hecho de que tengan en su contra una investigación disciplinaria, ello no es óbice para alejarlos de la ciencia del derecho, ni mucho menos para apartarlos de sus principios constitucionales. Por consiguiente, las *relaciones especiales de sujeción*, dentro del trámite disciplinario, **no tienen por qué limitar los derechos fundamentales y consecuencialmente la *dignidad humana* de los investigados**, **so pretexto, que de no hacerlo, se entraría a acolitar un ilimitado garantismo en desmedro de los fines y funciones del Estado**, como lo afirman quienes palpan en las *relaciones especiales de sujeción*, la mal interpretada autonomía del derecho disciplinario, o mejor dicho en quienes quieren que los derechos fundamentales y los principios se apliquen en la forma como en el Estado alemán imperial acontecía, para así darle prevalencia a las ramas de la organización política, por encima de la persona y con ella su dignidad.

De esta manera, debe desligarse la potestad disciplinaria de las *relaciones especiales de sujeción*, cuando éstas propenden, sin permiso de la ley, por la limitación de las garantías constitucionalmente otorgadas a sus conciudadanos.

81 Sobre este tema ver: Mejía Ossman, Jaime. *Relaciones especiales de sujeción*. Artículo materia de estudio en la Universidad Militar Nueva Granada (Especialización en Derecho Sancionatorio). Bogotá, 2007 y Mejía Ossman, Jaime y Roa Salguero, David Alonso. Asuntos Disciplinarios IV. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho"– Reflexiones a partir del principio de legalidad y de la restricción de derechos fundamentales -. Ob. cit., págs. 20 a 24.

82 Así mismo en Mejía Ossman, Jaime. *Relaciones especiales de sujeción*. Artículo materia de estudio en la Universidad Militar Nueva Granada (Especialización en Derecho Sancionatorio).

Capítulo III

La potestad disciplinaria

1. Generalidades

Antes de abordar el tema concreto de la *potestad disciplinaria*, es conveniente hacer referencia a la *potestad* en términos generales.

Potestad significa poder o autoridad que se tiene sobre una persona o una cosa.

La palabra *potestad* viene del latín *potestas, potestatis* (poder, dominio, poder legal, también posibilidad, facultad o capacidad para algo). En el derecho romano están bien tipificadas las formas y los conceptos del poder y la *potestas* es sobre todo el poder de actuación que un magistrado o un cargo público tiene para actuar y tomar decisiones en el terreno de lo civil en virtud de haber sido elegido para ello. Pero la *potestas* no da capacidad para dirigir fuerzas militares, esa forma de poder en lo militar recibe el nombre de *imperium*. Y también hay una tercera fuente de poder llamada *auctoritas* (autoridad), que no tiene poder coactivo, sino que es el poder que algunos tienen y que hace que se les obedezca y se les tenga en cuenta en virtud de su prestigio, saber y experiencia demostrados. Estas son las tres formas de poder que los romanos definían.

La palabra *potestas* se deriva de un adjetivo arcaico *potis* (poderoso) y del adverbio *pote* (posiblemente, con posibilidad), raíz que está también en el verbo *posse* (poder, ser capaz). De todos estos vocablos se derivan muchas palabras castellanas, como poder, poderío, apoderar, posible, posibilidad, potencia, potente, impotente, potentado, pudiente, poseer, pujante o pujanza.

Estos vocablos latinos se vinculan a una raíz indoeuropea **poti* (poderoso), que a través del griego nos dio la palabra déspota[1].

Por consiguiente, *potestad* significa el poder, el dominio, la facultad o la capacidad constitucional de control del Estado de las tres ramas del poder público (potestad pública) o sobre cualquier persona que ejerce funciones públicas (potestad administrativa), en procura del cumplimiento de sus principios, fines, funciones y de la satisfacción del interés general.

Para el análisis del *derecho disciplinario* es necesario referirnos con mayor profundidad a la *potestad administrativa*, en la cual los *órganos, funcionarios y agentes del Estado están dotados de ciertas facultades o competencias para la realización de sus fines, de tal variedad y complejidad, que sería imposible que fueran cumplidos exclusivamente por el* jefe del ejecutivo; lo normal es que sean atendidos por diferentes funcionarios a quienes se les delega la competencia para que puedan atender tales cometidos[2], razones por las cuales las potestades son múltiples atendiendo a la pluralidad de facultades o competencias.

---

1 http://etimologias.dechile.net/?potestad

2 Cabrera Castro, Teófilo. *Código disciplinario único* – Con comentarios, normas y jurisprudencia Ley 200 de 1995, Ley 190 de 1995 y Ley 27 de 1992. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 1996, pág. 5.

Así tenemos la *potestad de mando*, la *potestad reglamentaria*, la *potestad administrativa jurisdiccional* y la *potestad disciplinaria o sancionatoria*[3].

Gustavo Humberto Rodríguez, define las potestades, así:

Potestad de mando:

"(...) también llamada imperativa y ejecutiva, se entiende como el poder de acción que tiene la administración, en sentido abstracto, y que sirve de fundamento para el ejercicio de las potestades. Por eso ha sido definida como 'la facultad que posee la administración de dictar órdenes y obligar a su cumplimiento'[4]. Se concreta al dictar la administración decretos, resoluciones, órdenes. En virtud de esa potestad decide y ejecuta".

Potestad reglamentaria:

"(...) es la facultad que tiene la administración p*ública* para dictar reglamentos (en la forma de decretos o resoluciones) de carácter general e impersonal, que permitan la ejecución de la ley. Esta, por ser abstracta, requiere generalmente que se concreten los detalles o las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que va a ser aplicada, los cuales se consignan en el reglamento. Potestad reglamentaria tiene el Presidente de la República, los Gobernadores, los Ministros, las Asambleas Departamentales, los Alcaldes, los Concejos Municipales".

Potestad administrativa jurisdiccional:

"(...) no debe ser confundida con la función jurisdiccional, aunque aquella participe de la naturaleza de ésta. La función jurisdiccional está colocada en cabeza de los magistrados y jueces y consiste en la aplicación concreta de la ley a un caso especial controvertido. Como ocurre con las otras funciones, ésta la jurisdiccional, ocasionalmente es ejercida por la rama legislativa y por la administrativa. Cuando la administración la ejerce, está ejerciendo la potestad administrativa jurisdiccional. Se produce así la llamada 'jurisdiccionalización administrativa', o función 'cuasijurisdiccional'[5]. Es la realización de la justicia dentro de la administración.

Recuérdese que *'jurisdictio'* es *'declarar derecho'*. Y es claro que la administración debe ser la primera interesada en que sus actos estén sometidos a la ley, y en ejercer un **control de legalidad** sobre sus propios actos y con sus propios recursos, independientemente del que ejerce la jurisdicción contencioso administrativa (Consejo de Estado, Tribunales Administrativos[6]). Por ello, entendemos que la potestad jurisdiccional la ejerce la Administración cuando revoca o modifica sus propias decisiones o actos, en revocatoria directa, y cuando resuelve los recursos que ante ella se interponen en la llamada **vía gubernativa** (reposición y apelación) por los administrados inconformes con las decisiones que toma.

---

3 Rodríguez, Gustavo Humberto. *Derecho administrativo disciplinario*. Ediciones El Profesional, Bogotá 1984, pág. 5, citado por Cabrera Castro, Teófilo. C*ódigo disciplinario Único* – Con comentarios, normas y jurisprudencia Ley 200 de 1995, Ley 190 de 1995 y Ley 27 de 1992. Ob. cit., pág. 5.

4 Villegas Basavilvaso, cita de Diez, Manuel María. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, 1963, T. I, pág. 217.

5 Bielsa, Rafael. *Derecho administrativo*. Buenos Aires, 1964, T. I, pág. 210.

6 Hoy también jueces administrativos.

El ejercicio de esta función, que no es judicial sino administrativa, es frecuente. Se sabe que para acudir en demanda de los actos administrativos (decretos, resoluciones, acuerdos, órdenes) para solicitar su nulidad ante el contencioso administrativo, es absolutamente necesario haber ejercitado esos recursos administrativos, haber agotado la vía gubernativa (...)".

Potestad disciplinaria o sancionatoria:

"(...) doctrinariamente debe entenderse (...) la capacidad que tiene la administración – o cualquier otra rama del Poder Público que actúe en función administrativa- de exigir obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administradora, investigando las faltas administrativas e imponiendo las sanciones igualmente administrativas a los funcionarios infractores. (...)".[7]

2. Potestad disciplinaria del Estado

Sea lo primero advertir que la *potestad disciplinaria del Estado* tiene un origen estrictamente constitucional. Génesis que se advierte en las normas *Superiores* en forma expresa o tácita, tal como se muestra a continuación:

Artículo 6º, al señalar que *"los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones"*, con lo cual se generó una cláusula de responsabilidad[8], que le brinda la competencia a quienes ejercen los controles no solo de naturaleza *disciplinaria*, sino penal, de responsabilidad fiscal, aduanera, ambiental, tributaria, médica, universitaria, de escuelas de formación militar, de cambios, de aeronáutica civil, entre otros, para exigir el fiel cumplimiento de los *deberes* encomendados a quienes están en permanente ejercicio de las atribuciones públicas que sólo le pertenecen al Estado, para la satisfacción de los *principios y fines* contenidos en el artículo 209 de la misma *Ley Fundamental*.

Artículo 122, al expresar que *"no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento* (...) *Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin presta juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben"*, texto que conlleva a determinar que quien en ejercicio de funciones públicas, por el juramento prestado y el compromiso adquirido con relación a sus deberes, no se someta a la *Constitución*, la *ley* o al *reglamento*, es decir que quienes incumplan sus deberes funcionales, serán objeto de la aplicación de la *potestad disciplinaria*, como reproche al incumplimiento de sus obligaciones funcionales.

Artículo 123, al indicar que *"los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento"*

7 Rodríguez, Gustavo Humberto. *Derecho administrativo disciplinario*- Doctrina-legislación-jurisprudencia. 2ª Ed., Ediciones Librería El Profesional, Bogotá 1989, págs. 5, 6 y 12.

8 Cláusula que debe estar condicionada a la realización de un proceso conforme a las instrucciones señaladas en el artículo 29 de la Constitución Política que exige la aplicación del debido proceso "a toda clase de actuaciones administrativas". Al artículo 83 ídem, que expresa "Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

[9], redacción que no deja duda del compromiso que le asiste a los servidores públicos para la satisfacción de los intereses del Estado y consecuentemente los intereses generales, es decir, los de la sociedad. Es la razón por la cual el Estado necesita de un control que responda por la salvaguarda del texto constitucional a que nos referimos y que en caso de incumplimiento e infracción, el Estado pueda ejercer la *potestad disciplinaria* a que alude el principio de legalidad condensado en el artículo 6º de la misma *Carta Política*.

Artículo 124, al ordenar que *"la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva"*, mensaje *Superior* que no deja duda de la responsabilidad de los servidores públicos por la omisión o extralimitación al estricto cumplimiento de los deberes funcionales que juraron ejercer en defensa de los principios y fines del Estado y del interés general. La disposición constitucional recuerda que quien hace

9 Texto que debe armonizarse con los siguientes artículos de la Carta Política:

Artículo 1º: "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general".

"Artículo 2º: "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".

Artículo 4º: "La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades".

Artículo 113: "Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado.

Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines".

Artículo 117: "El Ministerio Público y la Contraloría General de la República son órganos de control".

Artículo 118: "El Ministerio Público será ejercido por el Procurador General de la Nación (...) 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 desempeñen funciones públicas".

Artículo 183: "Los congresistas perderá su investidura: 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses (...)".

Artículo 184: "La pérdida de investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley (...)".

Artículo 277: "El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

(...)

5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas.

6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley.

(...)".

efectiva la responsabilidad de los servidores públicos, es la persona a quien se le asigne la *potestad disciplinaria*, quien, con total respeto a los derechos fundamentales del destinatario, acudirá a la *ley* (en este caso a la correspondiente codificación disciplinaria) en donde se consagran los principios, las faltas, las etapas, las notificaciones, los recursos, las nulidades, las ritualidades procesales, etc y, sobre todo, las clases de sanciones a imponer.

Artículo 125, al preceptuar que *"el retiro se hará (…); por violación del régimen disciplinario"*, términos del constituyente que de manera indiscutible identifican la existencia de la *potestad disciplinaria*, con la que, una vez impuesta la sanción ante la violación de normas contentivas de deberes funcionales, procederá si es del caso, a su retiro, en salvaguarda a sus propias finalidades.

Artículo 209, al disponer que *"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… La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley"*, expresiones que responden a los principios, fines y funciones del Estado, las cuales guardan estrecha relación con las enunciadas disposiciones constitucionales, las cuales unidas a esta en un esfuerzo interpretativo sistemático nos lleva a precisar que el correcto ejercicio de funciones públicas, es el que asegura que el mismo favorezca los intereses generales y no los particulares, toda vez que esos principios le permiten al Estado comprobar que su misión constitucional se está concretando sin tropiezo alguno. Es la razón por la cual la *potestad disciplinaria* tendrá que ejercitarse cuando se vulnera alguno de sus principios o mejor bienes jurídicos tutelados, referentes materiales que constituyen la esencia de la función pública, por ser ellos los que preservan los intereses de la comunidad. Las oficinas de control interno de gestión, siguiendo el texto constitucional, son auxiliares de la *potestad disciplinaria*, habida cuenta que a través de ellas se controla que los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, gobiernen el correcto servicio de la función pública al interior de las entidades del Estado. Por ello el *derecho disciplinario* ejercido por quien ostenta la *potestad disciplinaria*, buscará *"garantizar la buena marcha y el buen nombre de la administración pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados"*, tal como lo estableció la *Corte Constitucional* en *Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996*, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, *expedientes D-1067 y D-1076*[10].

10 Sobre el particular en la Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, expediente D-5768, en demanda que presentaran Juan Fernando Reyes Kuri, Carlos Fernando Motoa Solarte y Nicolás Orejuela Botero, también aseveró:

"(…) la disciplina, que condiciona y somete el comportamiento del individuo a unos específicos y determinados parámetros de conducta, 'es elemento necesario en toda comunidad organizada; factor esencial de su funcionamiento; presupuesto y requisito de su operatividad y eficacia', razón por la cual justifica su existencia, permanencia y consolidación en todos los ámbitos de la actividad pública como privada' (…)".

Así las cosas, debe afirmarse que el derecho disciplinario pretende garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo, cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliese los principios de 'igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad' a que hace referencia la norma constitucional (…)".

3. Potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación

Colombia al recibir constitucionalmente su nominación de *Estado social y democrático de derecho*, permitió que sus ramas y órganos, dentro de estos últimos, la Procuraduría General de la Nación, como órgano autónomo, recibiera autorización para que ejerciera la *potestad de control disciplinario* contra todas aquellas personas que ejercen funciones públicas (servidores y particulares) en aras del cumplimiento de los principios, fines y funciones contemplados en la Carta Superior, control que en el Estado de Derecho o Estado Liberal (Constitución Nacional de 1886), no formaba parte de sus funciones, pues en aquellas épocas a la Procuraduría General de la Nación no se le reconocía la autonomía que con el Estado social y democrático de derecho (Constitución Política de 1991) se le otorgó. Recuérdese que en esa Codificación Superior se le concedía al Ministerio Público funciones de supervigilancia de la conducta oficial de los llamados en ese entonces "empleados públicos", pero le restaba independencia el ser un órgano que estaba bajo la suprema dirección del gobierno (esto explica la falta de autonomía) y dentro del componente Ministerio Público se encontraban además del Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales Superiores del Distrito y los demás fiscales que designara la ley.

Hoy, con la *Carta Política de 1991*, como es conocido por todos, a la Procuraduría General de la Nación se la dotó de completa autonomía. Prueba de ello se condensa en los numerales 5 y 6 de su artículo 277, cuando expresan:

> "El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: (...) 5. Velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas. 6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley (...)".

Como puede observarse, el anterior mandato superior le entregó a la Procuraduría General de la Nación las capacidades de velar, vigilar, investigar, sancionar y ejercer el poder preferente sobre toda persona a quien se le encomendara el ejercicio de funciones públicas, competencia que recaía en el Procurador o sus delegados y agentes. Para concretar esa potestad, el legislador dotó al Ministerio Público de las herramientas necesarias, las cuales se han venido depositando en las Leyes 200 del 28 de julio de 1995 (primer Código Disciplinario Único), 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), 836 del 16 de julio de 2003 (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares), 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista), Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar), Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021 (Código General Disciplinario) y Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial)[11].

11 En el artículo 54 de *Código Disciplinario Militar* y en el artículo 2º del *Estatuto Disciplinario Policial*, se describen tanto la potestad disciplinaria como los encargados de la acción disciplinaria; el ejercicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación, amén de quienes son sus competentes y sus destinatarios, mientras que en *Código Disciplinario Único* y en el *Código General Disciplinario*, se emplearon tres (3) de sus artículos. La acción y la potestad disciplinarias se concentran en el artículo 2º del Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

En la Ley 200 del 28 de julio de 1995, tal potestad estaba desarrollada en los artículos 1º y 3º; en la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, en los artículos 1º y 3º; en la Ley 836 del 16 de julio de 2003 en el artículo 1º y en la Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 en el artículo 1º.

Las anteriores disposiciones, con excepción de la Ley 200 del 28 de julio de 1995, cuando se referían a la potestad disciplinaria del Estado, la situaban en su cabeza con exclusión de cualquier otra competencia y como manifestación de su poder soberano, en los siguientes términos:

> "El Estado es el titular de la potestad disciplinaria (en donde se incluyen ramas y órganos)".
>
> "La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.
>
> En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso.
>
> **La Procuraduría General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura son competentes a prevención para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional**[12].
>
> Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente".
>
> "Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, corresponde a las Fuerzas Militares (a los funcionarios de la Policía Nacional con atribución disciplinaria), conocer de las conductas (asuntos disciplinarios) disciplinables que se adelanten contra sus miembros (de los destinatarios de esta ley)."[13]

Potestad que, según el querer del constituyente y de los legisladores, se proyecta en moldear al derecho disciplinario del Estado con identidad y autonomía propias, nominaciones éstas que se revelan con la expedición de la Ley Disciplinaria y con la doctrina y

12 En vigencia de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único) lo resaltado en negrillas fue demandado por Carlos Mario Isaza Serrano el día 15 de febrero de 2002 y la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002 lo declaró inexequible, siendo Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-3937. Por consiguiente, este inciso, para esa época y durante su vigencia, quedó así: "El Consejo Superior de la Judicatura es el competente para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional".

Igualmente, por *Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003* (demandante: Óscar Antonio Márquez Buitrago) con ponencia de álvaro Tafur Gálvis, la *Corte Constitucional* ordenó *estarse a lo resuelto* en la *Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002*.*Expediente D-3982*.

13 El contenido entre paréntesis (...), corresponde al texto del artículo 1º de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional).

jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en diferentes decisiones relacionadas con el derecho disciplinario en general y otras contenidas en demandas sobre exequibilidad o inexequibilidad de la ley disciplinaria, a partir de la Ley 200 del 28 de julio de 1995 (primer Código Disciplinario Único), así lo dan a entender, **pero al manifestar esa alta Corporación que mientras persista "la ausencia de reglas y principios propios que rijan lo disciplinario, *dado* que es un derecho en proceso de sistematización y elaboración de los institutos sustanciales y procesales que lo estructuren como una disciplina autónoma, se ha hecho imperioso acudir a los principios y garantías propios del derecho penal"**, lo que de manera simple y categórica le resta al derecho disciplinario la ansiada identidad y autonomía reflexionada, pensada y admitida por la jurisprudencia y la doctrina nacionales. Ejemplo de ello lo concreta la Corte Constitucional, entre otras[14], en la Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), en la cual en algunos apartes se dijo:

> "(…)**2. La solución al problema.**
>
> 2.1. En la Sentencia T-420/92,[15] cuyos criterios aparecen reiterados en providencias posteriores, la Corte consideró que el derecho disciplinario, por su naturaleza sancionadora, es una especie del derecho punitivo. ***Ello implica que las garantías sustanciales y procesales del derecho más general, el penal, sean aplicables al régimen disciplinario***. Es decir, que ante la ausencia de reglas y principios propios que rijan lo disciplinario, *dado que es un derecho en proceso de sistematización y elaboración de los institutos sustanciales y procesales que lo estructuren como una disciplina autónoma,* ***se ha hecho imperioso acudir a los principios y garantías propios del derecho penal***.
>
> 2.2. *Diferentes disposiciones de la Constitución sirven de base para sostener, cierto grado de independencia o autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal*, en razón de las especificidades que presenta, en atención a su contenido sustancial y a las reglas y principios procesales que deben observarse en el juzgamiento de las faltas disciplinarias (art. 1º, 2º, 6º, 29, 123, 124, 125 inciso 4° y 209 de la Constitución), especificidades que surgen de la naturaleza operativa y realizadora de la administración que demanda respuestas urgentes e inmediatas a la satisfacción de los intereses públicos o sociales, los bienes jurídicos protegidos, como son el patrimonio público, la moralidad, la transparencia, la eficiencia y la eficacia administrativas, la especial sujeción frente al Estado en que se encuentra el servidor público, en razón de la relación jurídica que con éste surge al ser investido de la función pública, y de la idea de que dicha función adquiere un carácter instrumental en la medida en que traduce la realización de derechos, valores y principios constitucionales.
>
> *No resulta admisible, por lo tanto, aplicar las normas penales a lo disciplinario, sin hacer las adaptaciones necesarias que imponen las especificidades antes anotadas*. No obstante, ***mientras el derecho disciplinario no termine el proceso de construcción de las reglas y principios que le son propios las remisiones a***

14 Ver también las Sentencias de la Corte Constitucional C-310 del 25 de junio de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-708 del 22 de septiembre de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-233 del 4 de abril de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis y C-252 del 25 de marzo de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, cuyos apartes los podemos mirar en el Capítulo V de la Acción Disciplinaria numeral 4. Naturaleza.

15 Del 17 de junio. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

***los principios, garantías e instituciones penales serán inevitables*;** aunque no debe llegarse a la situación de extremar la aplicación de éstas en desmedro de las reglas especiales que gobiernan el sistema disciplinario.

En la Sentencia C-341/96[16] la Corte se refirió al derecho disciplinario en la Constitución, en los siguientes términos:

> *«El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Por consiguiente, el sistema normativo que configura dicho derecho regula:*
>
> a) Las conductas -hechos positivos o negativos- que pueden configurar falta juzgable disciplinariamente. Es así, como la violación de los deberes, de las prohibiciones o de las inhabilidades o incompatibilidades, a que están sujetos los funcionarios y empleados públicos, es considerado por el respectivo estatuto disciplinario como falta disciplinaria».
>
> «b) Las sanciones en que pueden incurrir los sujetos disciplinados, según la naturaleza de la falta, las circunstancias bajo las cuales ocurrió su comisión y los antecedentes relativos al comportamiento laboral».«c) El proceso disciplinario, esto es, el conjunto de normas sustanciales y procesales que aseguran la garantía constitucional del debido proceso y regulan el procedimiento a través del cual se deduce la correspondiente responsabilidad disciplinaria».
>
> «*En la Sentencia C-280/96*[17]*, al reiterar la naturaleza y finalidad del derecho disciplinario, analizadas en diferentes pronunciamientos, dijo la Corte que «...este es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de Derecho (C.P. art. 1º), por cuanto de esta manera se busca garantizar la buena marcha y buen nombre de la administración pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados (CP arts. 2º y 209). Por ello 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»*[18]*, ya que los servidores públicos no sólo responden por la infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP. art. 6º)».*
>
> «Gran parte de los cometidos del Estado social de derecho deben ser realizados por la administración, la cual funda su eficiencia y eficacia en cuanto los pueda traducir en hechos y obras concretos».«*La administración en dicho Estado ha sido instituida para servir a los altos intereses de la comunidad, lo cual se traduce en el deber de desarrollar actividades concretas de beneficio colectivo para satisfacer las necesidades insatisfechas de ésta, mediante el ejercicio de los diferentes poderes de intervención de que dispone. Ello impone la necesidad de que la actividad de los funcionarios estatales se adecue a los imperativos de la eficacia, la eficiencia y la moralidad administrativa. Así se asegura, el adecuado*

16 Del 5 de agosto. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

17 Del 25 de junio. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

18 Sentencia C-417/93. M.P José Gregorio Hernández Galindo. Consideración de la Corte N.º 3.

funcionamiento de los servicios estatales, el correcto manejo y la preservación del patrimonio público, y la buena imagen de la administración, la cual gana legitimidad y credibilidad frente a la comunidad».

2.3. Indudablemente, existen principios, que son comunes tanto al derecho penal como al derecho disciplinario, v.gr. los de legalidad, tipicidad, derecho de defensa, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, non bis in idem, etc. (…)" (las negrillas y letras inclinadas fuera del texto).

4. Potestad disciplinaria. Naturaleza

La potestad disciplinaria forma parte de las llamadas potestades públicas, las cuales deben ser entendidas como poderes jurídicos que se constituyen en medios para la obtención de las finalidades estatales. Su característica esencial es el poder de coerción.

La potestad disciplinaria reviste al Estado del poder jurídico necesario para procurar y garantizar el cabal funcionamiento de sus órganos y la adecuada prestación de los diversos servicios a él encargados[19].

5. Potestad disciplinaria. Características

Las características que asisten a la potestad disciplinaria, en palabras de Teófilo Cabrera Castro, son esencialmente la potestad preventiva, la potestad de control y la potestad sancionatoria[20].

- La potestad preventiva: consiste en la descripción anticipada que hace la rama legislativa del poder público de conductas que afectan la función pública y que amenazan con una sanción a las personas que se encuentran al servicio del Estado (llámense servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas), con miras a preservar sus principios, fines y funciones. Es una invitación a que no se trasgreda la ley en perjuicio de la administración, a través de las prohibiciones que de antemano señala el legislador como contrarias a la actividad estatal.

- La potestad de control: es el poder que tienen las ramas del poder público y los organismos de control del Estado para vigilar la conducta de todas aquellas personas que en su interior desempeñan funciones públicas. Poder que también le pertenece a los organismos de control del Estado. El control es de origen constitucional, por mandato del artículo 209, cuando señala: "La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley".

- La potestad sancionadora: es la competencia que tienen los órganos de control y las ramas del poder público de impartir sanciones a los servidores públicos o particulares que desempeñen funciones públicas que estén sujetos a su potestad disciplinaria, previo el cumplimiento de un debido proceso. La potestad sancionadora es la consecuencia

19 Mejía Ossman, Jaime. *Código disciplinario único* – Parte General. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 1999, pág. 21.

20 Cabrera Castro, Teófilo. *Código disciplinario único* – con comentarios, normas y jurisprudencia -. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 1996, pág. 8.

del desconocimiento de la potestad preventiva y del ejercicio de la potestad efectiva de control.

6. Potestad disciplinaria y potestad discrecional. Independencia

La potestad disciplinaria y la potestad discrecional o del ejercicio de libre nombramiento y remoción, son absolutamente independientes, de tal manera que cuando el Ministerio Público se encuentre investigando dentro de un proceso disciplinario la conducta de un servidor público, el jefe del organismo o nominador al cual pertenece el investigado, por ese solo hecho, no pierde la facultad discrecional y de esa manera puede entrar a declarar la insubsistencia de su nombramiento, obviamente si las necesidades del servicio así lo demandan. Pretender aceptar que no se puede hacer uso de la potestad atribuida por el Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo a los nominadores por el hecho de encontrarse un servidor público investigado, es crearle al mismo una estabilidad, la cual no fue la finalidad del legislador[21].

7. Potestad disciplinaria y coercibilidad

Esta potestad es de carácter sancionatorio respecto al comportamiento de quienes se encuentren vinculados a los órganos y ramas del Estado y respecto de los particulares[22] que prestan funciones públicas, así como con relación a los indígenas que

21 En Sentencia del 8 de mayo de 1992 y dentro del expediente N° 3395, siendo autor Augusto Ramírez Gómez, providencia citada por el doctor William René Parra Gutiérrez, en su obra *Derecho administrativo disciplinario*, Ediciones Librería del Profesional, pág. 128. 1ª. Ed. Santafé de Bogotá, 1995, expresó el Honorable Consejo de Estado: "Reiteradamente, esta Sala ha considerado en numerosas sentencias, que la facultad de libre nombramiento y remoción, es independiente del poder disciplinario, y que una y otro, se pueden ejercer independientemente, toda vez que la ley, incluso faculta para que quien esté retirado de la administración, pueda ser objeto de sanción por faltas cometidas en el ejercicio de funciones públicas, la cual para los efectos jurídicos y de inhabilidad si a ello hubiere lugar, se debe hacer constar en la hoja de vida".

22 En las voces del artículo 70 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario), son sujetos disciplinables "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".

De acuerdo con el artículo 82 de la *Ley 1474 del 12 de julio de 2011* (Estatuto Anticorrupción), que modificó el artículo 53 de la *Ley 80 del 28 de octubre de 1993*, "Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.

Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.

Para la interpretación de esta normatividad, es importante tener en cuenta que el artículo 70 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, al expresar:

"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

administran recursos del Estado y de los notarios, en la medida que el mismo vulnere los parámetros normativos de una determinada actividad; en virtud de esta potestad se adscriben competencias para la imposición de sanciones y se determinan las facultades de investigación frente a las conductas —positivas o negativas— consideradas por el ordenamiento como faltas disciplinarias.

Se trata de un poder jurídico que tiene su fundamento en la defensa de la autoridad y de la potestad de mando de todos los órganos estatales y tiene como finalidad el recto ejercicio de la función pública, trayendo como consecuencia la represión y corrección de los agentes, servidores públicos y empleados que la ejercen, así como para los particulares que a la luz del artículo 70 del Código General Disciplinario (53 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 o Código Disciplinario Único), son también destinatarios de la ley disciplinaria[23].

La potestad disciplinaria es capacidad de cualquier órgano estatal en función administrativa, para exigir, si es preciso coactivamente, obediencia y disciplina en todo el proceso de la actividad estatal. Es poder que se ejerce ab intro[24] del cuerpo estatal, pues se predica para las relaciones del Estado con las personas que desde el punto de vista normativo han adquirido la calidad de servidores públicos, en oposición de los poderes sancionadores externos mediante los cuales se reprime a los administrados que en su actuación frente al Estado realicen antijurídicamente conductas prohibidas por el ordenamiento, aspecto que se ubica doctrinalmente dentro de la potestad de mando. Esta característica justifica que normativamente se haya radicado en cabeza del Estado–sujeto de derechos personificado jurídicamente–la llamada potestad disciplinaria.

8. Potestad Disciplinaria. Autoridades que la ejercen

La potestad disciplinaria la ejercen la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Distritales y Municipales, la Superintendencia de Notariado y Registro; las Oficinas de Control Disciplinario Interno[25], las Oficinas de Asuntos Disciplinarios de las Fuerzas Militares y de Control Disciplinario Interno de la Policía Nacional. A pesar de lo anterior, la Carta Política de 1991, estableció competencias disciplinarias externas para

---

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 e caso". (Este aparte subrayado, en vigencia de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, fue demandado por Gloria María Avendaño Dimaté, Jaifer Blanco Ortega y Guillermo Sandoval y la *Corte Constitucional*, mediante Sentencia C-084 del 20 de febrero de 2013, lo declaró EXEQUIBLE, "bajo el entendido que a falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales", siendo magistrada ponente María Victoria Calle Correa, *expediente D-9191*).

23 Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único* – Parte General. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 1999, pág. 22 y Mejía Ossman, Jaime y Quiñones Ramos, Silvio Sanmartín. *Procedimiento Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2004, pág. 74.

24 Desde adentro.

25 Esta competencia que contenía la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único) se sigue sosteniendo en la nueva Codificación General Disciplinaria, pero ante la autorización de crear oficinas de Control Disciplinario Interno en las regionales y seccionales por depender estas de organismos o entidades nacionales, se eliminó la competencia del nominador para resolverles la segunda instancia.

investigar a servidores públicos con fueros especiales, como lo constituyen la Corte Suprema de Justicia o el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial (antes Consejo Superior de la Judicatura); el Congreso de la República y la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista. Las dos primeras para disciplinar al Procurador General de la Nación, dependiendo de quien lo postuló. El segundo para disciplinar a los funcionarios que cumplan funciones jurisdiccionales[26]. El tercero para disciplinar al Presidente de la República, a los Honorables Magistrados de las altas corporaciones jurisdiccionales y al señor Fiscal General de la Nación[27] y la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista para disciplinar a los Senadores y Representantes a la Cámara y sus empleados[28], tema que se abordará más adelante en el capítulo V de la "Acción Disciplinaria" relacionado con el "Ejercicio y Jueces Disciplinarios".

9. Potestad Disciplinaria. Elementos

Sin lugar a dudas, el doctor Teófilo Cabrera Castro, es el tratadista en materia disciplinaria que con gran acierto estructura los elementos de la potestad disciplinaria, los que por su claridad y sencillez se transcriben, así:

> "Los elementos de la potestad disciplinaria son los mismos de la jurisdicción, a saber:
>
> Notio[29]. Es autoridad para conocer de un asunto determinado, iniciar la correspondiente investigación, instruirla o conceptuar sobre el tipo de sanción o aplicarla, o resolver un recurso. Podría definirse como la facultad de iniciar, instruir o fallar sobre un proceso disciplinario. Al estudiar la ley que estableció el Código Disciplinario Único (se refiere a la Ley 200 del 28 de julio de 1995) veremos en concreto quienes tienen esa facultad. Algunos funcionarios están facultados para iniciar la investigación e instruirla, pero no pueden aplicar sanción disciplinaria alguna. En otros casos, el mismo funcionario que instruye puede adelantar la investigación y sancionar.

---

26 De conformidad con lo establecido en el inciso 6º del artículo 2º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario), modificado por el artículo 1º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, "a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial les corresponde ejercer la acción disciplinaria contra los funcionarios y empleados judiciales, incluidos los de la Fiscalía General de la Nación, así como contra los particulares disciplinables conforme a esta ley y demás autoridades que administran justicia de manera temporal o permanente". Así mismo se encarga de investigar y sancionar a los abogados en ejercicio de su profesión. Es la más alta instancia constitucional para la jurisdicción disciplinaria.

Nota: El parágrafo transitorio del artículo 93 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario) modificado por el artículo 14 de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021*, adviertió que: "La Oficina de Control Disciplinario Interno de la Fiscalía General de la Nación, seguirá conociendo de los procesos disciplinarios cuyos hechos tuvieron ocurrencia hasta antes del 13 de enero de 2021 hasta su finalización, aplicando el procedimiento previsto en la Ley 734 de 2002".

27 No se debe olvidar que a pesar de las competencias especiales de juzgamiento y de conformidad con el artículo 278, numeral 2 de la Constitución Política, el Procurador General de la Nación ejerce la función de "Emitir conceptos en los procesos disciplinarios que se adelanten contra funcionarios sometidos a fuero especial".

28 Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Únic*o – Parte General. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Ob., cit., pág. 22 y Mejía Ossman, Jaime y Quiñones Ramos, Silvio Sanmartín. "Procedimiento Disciplinario". Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2004, págs. 74 y 75.

29 Noción, idea.

> *Vocatio*[30]. Es la facultad de hacer comparecer a un funcionario público para ser sometido al examen de sus actos a través de las normas disciplinarias. Su comparecencia es obligatoria.
>
> *Coertio*[31]. Es el poder de coerción para obligar al funcionario no solo a que comparezca al proceso disciplinario sino para que cumpla las medidas compulsadoras dentro del proceso, y asuma las responsabilidades que se le han derivado. La contumacia[32] es manejada en forma similar a la prevista en la legislación penal.
>
> *Judicio*[33]. Es la facultad que tiene la administración para juzgar la conducta del funcionario público y determinar las sanciones que establezca la ley. Ese juzgamiento no es *"ad libitum"*[34] o como se le ocurra al funcionario; se encuentra reglado y debe ceñirse a unas normas claras, precisas y obligatorias.
>
> *Executio*[35] La Administración puede imponer sus sanciones aún contra la voluntad de los funcionarios investigados y sancionados. Si un funcionario destituido se niega, p. ej. a hacer entrega del cargo, el nominador puede acudir a la fuerza pública para hacer cumplir su decisión.
>
> Existen, por tanto, funcionarios distintos de los jueces que tienen jurisdicción, concepto éste diferente de la llamada competencia, que es una limitación concreta de jurisdicción. Así, por ejemplo, el nominador de un establecimiento público tiene jurisdicción y competencia para investigar y sancionar a todos los funcionarios que de él dependan, pero carecerá de competencia para iniciar investigación contra un funcionario de otra entidad que haya incurrido en una falta disciplinaria."[36]

10. Potestad de mando. Enunciado y alcance

Es corolario imprescindible de la potestad disciplinaria. Se entiende como la facultad de todas las autoridades para dictar órdenes y obligar su cumplimiento en referencia al ordenamiento jurídico vigente y en especial a las órbitas de competencia funcional.

> "Es una potestad de *imperium*[37], un poder de acción que nace de la vocación jurídica que da la *Constitución a la administración. Es la parte del poder que le corresponde a la administración pública. Es, pues, el poder del administrador, mediante el cual realiza sus funciones e impone la sujeción de los administrados a través de manifestaciones unilaterales de voluntad.*

30 Invitación.

31 Coerción.

32 La manera porfiada y tenaz en mantener un error.

33 Juzgar.

34 Libre.

35 Ejecución.

36 Cabrera Castro, Teófilo. *Código Disciplinario Único*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 1996., págs. 6 y 7.

37 Autoridad.

> *Se concreta al dictar la administración decretos, resoluciones, órdenes, bien sea de oficio o a petición de parte, en forma oral o escrita, siendo ésta última la más usual, desde luego no es potestad exclusiva de la administración sino también de las otras ramas del poder, pero es más ostensible en el ejecutivo. En virtud de esa potestad decide y ejecuta y lo hace con sujeción a la Constitución y la ley."*[38]

Desde el punto de vista estrictamente legal, encontramos que la actividad administrativa se cumple a través de los actos administrativos (lo que implica el ejercicio legal de la potestad de mando).

Por otra parte, encontramos que las operaciones administrativas y las vías de hecho se consideran también actos administrativos. No obstante lo anterior, la Administración se expresa en algunas ocasiones, también, mediante hechos administrativos que llevan implícita la potestad de mando.

Es importante advertir que la titularidad de la potestad disciplinaria, explica de una manera categórica y seria la presencia de "un mecanismo de autotulela estatal de un control interno del Estado, en esa doble vertiente como control externo de Procuraduría y como control interno de los diversos entes estatales; pero no se trata de un control hecho por la sociedad, la titularidad de una y otra están en cabeza del Estado"[39].

Finalmente, "La potestad disciplinaria en nuestro Estado de derecho, es una competencia jurídica más, atribuida a la administración pública con el objeto de asegurar 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 también los derechos y las garantías que les corresponden como tales"[40].

11. ¿Potestad Disciplinaria y norma objetiva de valoración o norma subjetiva de determinación?

Como lo venimos expresando, la *potestad disciplinaria* comporta la *exigencia* para quienes ostenten la condición de *autoridades disciplinarias* o *jueces naturales disciplinarios*, de cumplir los *principios*, *fines* y *funciones* del *Estado* contenidos en los artículos 2º y 209 de la *Constitución Política*, con el propósito de *garantizar* que quienes *ejerzan funciones públicas*, lo hagan con estricta disciplina; impecable ética en el servicio; *delicadeza* en el *manejo* de los *bienes y dineros públicos*, de tal manera que los *derechos* de los asociados se *preserven*, así como se *resguarden y protejan* el *interés general* y la *buena marcha* de la administración.

Para que el *Estado* pueda ejercer su *potestad disciplinaria*, la *rama legislativa* del poder público lo ha dotado de *herramientas* (normas positivas), con las cuales controla que los *deberes* de quienes ejerzan, en su nombre, *funciones* inherentes a su soberanía, no se desvíen de los senderos trazados por la *Carta Política de 1991*, tal como se señaló al inicio de este numeral.

---

38 Rodríguez, Gustavo Humberto. *Derecho Administrativo y Disciplinario*–Teoría General -. Tomo I. Bogotá 1981, pág. 31.

39 Orozco Abad, Iván y otros. *Comentarios al Código Disciplinario Único*. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. 1ª Ed. Medellín 1996, pág. 49. Tomado de Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único* – Parte General. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Ob., cit., págs. 22 a 24

40 Isaza Serrano, Carlos Mario. *Derecho Disciplinario*–Parte General. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá 1997, pág. 36. Tomado de Mejía Ossman, Jaime y Quiñones Ramos, Silvio Sanmartín. *Procedimiento Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2004, págs. 76 y 77.

Esas *normas positivas* conducen a *prevenir* o *sancionar* modelos de comportamientos que *afecten* el orden administrativo; la moralidad pública; las cargas de eficacia, eficiencia, transparencia, armonía, disciplina y la correcta prestación de los servicios, *ofreciendo* altas dosis de *efectos punitivos*, que revestidos del respeto por la dignidad humana y del *principio de legalidad*, y a través de una *investigación justa* y respetuosa del *debido proceso*, permitan *imponer sanciones proporcionales* a los procederes que contraríen los ya mencionados *principios*, *fines* y *funciones* del *Estado*.

De lo anterior se desprende, entonces, que la *potestad disciplinaria* guarda estrella relación de causa a efecto con la *norma positiva*, disposición que le permite *instrumentalizar* su poder y concretar los mecanismos sancionatorios para que *no se afecte* la *buena imagen* de la *administración* y consecuentemente sus *principios*, *fines esenciales* y la *función* llamada a cumplir para satisfacer los *intereses sociales*.

Con relación al *proceso de adecuación típica* del *destinatario* a la *norma disciplinaria*, muchos académicos expresan que es un asunto de *concreción* meramente *gramatical*, pues quien ostenta su condición de autoridad o *juez disciplinario*[41], en virtud de la *potestad disciplinaria* que le ha sido otorgada, debe, prácticamente con diccionario en mano cotejar todos los componentes de la *descripción* de la *conducta*, para que de manera *expresa*, *clara* e *inequívoca* adecue su comportamiento a la descripción que de la misma hace el correspondiente tipo o norma disciplinaria, aspecto éste de gran interés para el derecho disciplinario, porque *concuerda con el proceso de adecuación típica de la conducta en el derecho penal*, lo cual los identifica[42], circunstancia que no permite aislar al derecho disciplinario del derecho penal y crearle su propia autonomía en cuanto a darle otra interpretación distinta. Posiblemente podemos decir que la norma disciplinaria es menos rigurosa que la norma penal, dado que la norma disciplinaria requiere ser *complementada* con otra u otras normas del ordenamiento jurídico para adecuar de manera *expresa*, *clara* e *inequívoca* el comportamiento de quien tiene la condición de

41 Así lo vienen llamando las Sentencias C.S.J. Sala Plena del 7 de marzo de 1985. Magistrado ponente Manuel Gaona Cruz; C-244 del 30 de mayo de 1996. Demandante Marcela Adriana Rodríguez Gómez. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1058 (citado en la Sentencia de tutela T-413 de 1992); C-429 del 2 de mayo de 2001. Demandante Jesús Emilio González Jaramillo. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. Expediente D-2941; T-412 del 22 de mayo de 2004. Demandante Sandra Mora Moncaleano. Magistrado sustanciador Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1266441; T-1093 del 4 de noviembre de 2004. Demandante Gerardo Ramón de los Ríos Chavarriaga y otros. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349; C-720 del 23 de agosto de 2006. Demandante Sandra Vargas Leaño. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5968 y C-987 del 29 de noviembre de 2006. Demandante Sandra Mónica Cardozo Rojas. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-6273; C-242 del 7 de abril de 2010. Demandante Diego Alberto Zuleta García. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. Expediente D-7852 y Conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios números C-041 del 18 de marzo de 2009 (María Leonor Rueda Rueda), C-115 (PAD-2449) del 25 de junio de 2009 (Juan Carlos Novoa Buendía).

42 Y con la Ley 1952 del 28 de enero de 2019–Código General Disciplinario -(modificada por la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), podemos decir que su artículo 4º inciso 2º acerca más al derecho disciplinario con el concepto de la tipicidad penal cuando señala que: "La labor de adecuación típica se someterá a los principios de especialidad (primero con las conductas descritas como faltas) y subsidiariedad" (en el evento en que no aparezcan las conductas descritas como faltas, caso en el cual se adecuarán a una descripción típica establecida en la ley como delito), toda vez que la adecuación típica es precisamente el ejercicio de hacer coincidir la conducta descrita como falta disciplinaria con la descripción propuesta en la norma por el legislador, la que tendrá que fusionarse de manera clara, expresa e inequívoca, tanto con el comportamiento disciplinario imputado o con la conducta delictual, que conforme al artículo 65 del Código General Disciplinario, repetimos, lo será "cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas".

destinatario de la misma. Es decir, que el ordenamiento disciplinario puede administrarse con normas o *tipos en blanco o abiertos*, mientras que para el derecho penal, la norma es más *exigente* en su *estructuración gramatical*, la cual por regla general debe tener *precepto* y *sanción* y dentro del precepto debe distinguir la *clase de sujeto*, el *objeto jurídico*, el *objeto material*, la *conducta* o *verbo rector*, los *ingredientes normativos*, los *ingredientes subjetivos*, las *circunstancias* modales, temporales y espaciales.

En cuando a la norma disciplinaria y su *valoración* en el campo de la *ilicitud o antijuridicidad sustancial*, como la llamaba el *Procurador General de la Nación*, de ese entonces, doctor Alejandro Ordoñez Maldonado, creemos que tampoco debe proyectarse como *autónoma* y alejada del derecho penal, como algunos creen que sucede, toda vez que el campo de *valoración* no escapa, de un lado, al análisis de la *afectación* o *contrariedad* de los *principios*, *fines* y *funciones* del *Estado; afectación o contrariedad* que permite inferir la *vulneración de objetos, intereses o bienes jurídicos* como *referentes materiales incorpóreos* a los que apunta como cuando se menoscaba la *eficacia*, la *eficiencia*, la *disciplina*, la *transparencia*, la *moralidad*, la *armonía*, el *interés general* y la *buena marcha de la administración*, y de otro lado, no rehúye a las *causales de justificación* de la conducta, que prácticamente son las mismas de *"ausencia de responsabilidad"* de la *Ley 599 del 24 de julio de 2000* o Código Penal, que entre otras cosas, ***tendrán que ser analizadas conforme a la doctrina y la jurisprudencia penales***, por ser esas materias las que a través de muchísimos años les ha impuesto su explicación, naturaleza, requisitos y manera de interpretación y aplicación. No convence, por el momento, que interpretaciones diferentes procuren darles otro sentido, negando la tradición histórica del derecho sancionatorio o punitivo al que pertenece el derecho disciplinario, con desconocimiento de todos los años que en *"vela"* numerosos doctrinantes le dedicamos al estudio de las causales de justificación en materia penal, para que ellas tuvieran la interpretación correcta y adecuada en el mundo sancionatorio, interpretación que hasta el momento ninguna *"ley"* o *"jurisprudencia"* les ha concedido con *total autonomía en el campo disciplinario*. Recuérdese que ante la falta de concreción de las causales de justificación, las diferentes codificaciones disciplinarias, permiten su *remisión* al *Código Penal* en cuya materia aparecen las explicaciones claras sobre los requisitos y características que la jurisprudencia le ha otorgado a cada una de ellas, lo que no ocurre en la doctrina constitucional que al respecto se ha desarrollado.

Las razones anteriores, permiten mostrar la negativa de un sector de la doctrina a no aceptar que *"una de las categorías fundantes de la autonomía del Derecho Disciplinario"* sea *" 'la teoría de la norma subjetiva de determinación' como soporte de la ilicitud sustancial, en la medida en que lo relevante para el Derecho Disciplinario, por estar profundamente influenciado por la ética, es la conducta y la dirección de la voluntad impuesta por los deberes"*, como lo sostiene Diomedes Yate Chinome tomando las palabras de Carlos Arturo Gómez Pavajeau[43], habida cuenta, que si bien en el derecho penal es donde más se ha

43 Ver:" *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Volumen 2. Obra Colectiva de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Yate Chinome, Diomedes. Artículo "De las tendencias y proyecciones del Derecho Disciplinario al amparo de sus principios rectores". Editorial Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá 2009, pág. 29.

Quien, además, en la misma página sostiene:

"(...) *como bien lo enseña el más conspicuo doctrinante del derecho disciplinario colombiano, no en vano es autor de la Ley 734 de 2002*, Dr. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, *con la expedición de la Ley 734 de 2002, el derecho disciplinario ha llegado a un punto de no retorno, cuenta hoy con su propia carta de naturaleza, sus propias características, especificidades y sus propias categorías dogmáticas, que lo diferencian de las demás especies de la Potestad Sancionadora General del Estado y del ordenamiento*

investigado la "norma positiva", con mayores veras esos estudios deben irradiar al derecho disciplinario, toda vez que esta disciplina también pertenece al derecho punitivo o sancionatorio del Estado y porque además el derecho disciplinario, como se anotó, exige un *referente material incorpóreo* para concretar la *ilicitud* o *antijuridicidad* de la conducta o unas *causales de justificación*, como ocurre en el derecho penal. Es decir, *los dos derechos, gozan de protección a objetos, intereses o bienes jurídicamente tutelados* (como se prefieran llamar) y por ende, en ambos, debe existir un *resultado valioso o disvalioso para cada uno de ellos*, lo que también puede permitir que en el derecho disciplinario se hable de una *norma objetiva de valoración*, o de una *norma subjetiva de determinación*, de acuerdo a la situación fáctica que se presente, comentarios éstos que servirán de guía para que los *jueces disciplinarios* aterricen en lo que constituye lo sustancial o lo insustancial, que lo es y será la afectación de los *principios*, *fines* y *funciones* del Estado y la *no afectación de los mismos*. Recuérdese que ambos derechos, el *derecho disciplinario* y el *derecho penal*, cualitativamente no se diferencian.

Para un estudio un poco más profundo de los planteamientos anteriores, no podemos olvidar que en la Sentencia *C-284 del 1º de junio de 2016*, en la que se revisó la constitucionalidad de las objeciones gubernamentales propuestas al *Código General Disciplinario*, la Corte Constitucional con ponencia de Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, expediente OG-149, se refirió a los siguientes criterios para el análisis de su constitucionalidad e inconstitucionalidad, a saber:

A "valores y objetivos que en cada caso son ***lesionados***".

A que "tales faltas han sido ***clasificadas a partir de los intereses o bienes jurídicos*** que en cada caso son ***afectados***".

A "las que ***ofenden bienes jurídicos análogos***, más que con aquellos que ***lesionan intereses***".

A la "***lesividad intrínseca***".

A que "**todos los cuales tienen en común el hecho de lesionar** de manera semejante dentro de su disimilitud los **intereses de la buena y eficiente administración pública**" *(las negrillas fuera del texto).*

Lo anterior nos acerca a las siguientes reflexiones:

Sobre lo comentado Diomedes Yate Chinome, en el artículo objeto de análisis, trae las expresiones con las cuales Carlos Arturo Gómez Pavajeau[44], se refirió a lo anteriormente expuesto, palabras tomadas del estudio *"La teoría de la 'norma' y el derecho disciplinario"*[45], así:

> "(…) El tema teoría de la norma no es patrimonio propio y único del derecho penal. Su estudio, como se verá, se aborda desde disciplinas más universales

jurídico, y que precisamente una de las categorías fundantes de la autonomía del Derecho Disciplinario es "la teoría de la norma subjetiva de determinación" como soporte de la ilicitud sustancial (…)".

44 Citado por Yate Chinome, Diomedes, en el artículo De las tendencias y proyecciones del Derecho Disciplinario al amparo de sus principios rectores, en la obra" *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Volumen 2. Obra Colectiva de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público". Editorial Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá 2009, págs. 29 y 30.

45 Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. 3a. ed. Págs. 236 a 265.

> como la filosofía del derecho y la teoría general del derecho. Empero para el ámbito del derecho sancionador al cual como género pertenecen las especies derecho penal y derecho disciplinario, según se ha estudiado, es en el derecho penal donde los estudios sobre la teoría de la norma han alcanzado importantes desarrollos y precisiones. (…) Ahora bien, como especies que son el derecho penal y el derecho disciplinario, ambos deben nutrirse de la teoría de la norma, como es obvio guardando sus características específicas, puesto que la búsqueda de una identidad por parte del derecho disciplinario se ha consolidado con la Ley 734 de 2002, obteniendo su propia carta de naturaleza que permitirá afirmar su autonomía e independencia. (…) Por eso en orden a desentrañar la naturaleza de la norma disciplinaria, se hace necesario dilucidar su sentido y contenido en el ámbito de la teoría de la norma y su comparación crítica con el derecho penal. (…) La norma penal puede ser entendida como una norma objetiva de valoración, como una norma subjetiva de determinación, o compuesta por ambas orientaciones. (…) la norma penal construida como norma objetiva de valoración implica entenderla como un instrumento o herramienta a partir de la cual el funcionario judicial, desde la perspectiva de la función del derecho penal, determina lo que resulta valioso o disvalioso para el ordenamiento jurídico-penal. La clave para determinar lo valioso o disvalioso de un comportamiento se encuentra en la misión de un muy particular derecho penal: aquel que se ocupa principalmente de la protección de bienes jurídicos. (…) Por el contrario, cuando se acepta que la naturaleza de la norma es subjetiva de determinación lo que se entiende es que el derecho busca es determinar o dirigir el comportamiento social de los ciudadanos, persigue encauzar por medio de normas prohibitivas o de mandato el correcto desempeño de la conducta humana en sociedad. (…) La norma se ocupa, desde esta perspectiva, principalmente de la conducta, sin esperar al resultado valioso o disvalioso. (…) No es de su esencia, trascender hasta el resultado. (…) El núcleo de lo injusto está dado por la constatación de la realización de una conducta que ha puesto de presente un cuestionamiento al mandato o a la prohibición legal encarnada en el deber: una voluntad que trasunta una rebeldía normativa". "(…) Pues bien, la norma penal o la disciplinaria puede ser entendida como norma objetiva de valoración o como norma subjetiva de determinación, o compuesta por ambas orientaciones". Y concluye: "(…) Sin duda alguna, si el derecho disciplinario se encuentra profundamente influenciado por la ética, donde lo relevante es la conducta y la dirección de la voluntad impuesta por los deberes, y la configuración constitucional de tal disciplina también apunta a tales criterios, debe concluirse así mismo que lo contrario a derecho en derecho disciplinario está dado por el quebrantamiento de la "norma subjetiva de determinación". Tal orientación informa la construcción del injusto en el ámbito del derecho disciplinario".

A raíz de estos comentarios, el doctor Diomedes Yate Chinome[46] señaló:

> "(…) A nuestro entender, conforme a lo expuesto por el Dr. Gómez Pavajeau, para desentrañar la naturaleza de la norma disciplinaria, en primer lugar,

46 Yate Chinome, Diomedes. Artículo De las tendencias y proyecciones del Derecho Disciplinario al amparo de sus principios rectores. Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen 2. Obra Colectiva de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Ob., cit., págs. 30 a 34.

debemos concebir que hablar de naturaleza de la norma disciplinaria es referirnos a lo que funda el concepto de lo contrario a derecho, de lo antijurídico, específicamente de lo ilícito disciplinario, respondernos, cuándo una conducta activa u omisiva funda el concepto de lo que resulta reprobable por ser contrario a lo que la norma impone; en segundo lugar, concebir que, si la misión del derecho penal está en ocuparse de la protección de bienes jurídicos, tales como la vida, la hacienda pública, el patrimonio, entre otros, el concepto de lo antijurídico, de lo contrario a derecho conforme a la norma penal, surge cuando se presenta una conducta, un comportamiento humano que lesiona ese bien protegido, o lo pone en peligro, esto es, produce un resultado dañoso, causa una afectación del bien material protegido por la norma, que es precisamente de lo que se ocupa, o a lo que refiere la teoría de la lesividad.

Por el contrario, cuando se acepta que la naturaleza de la norma es subjetiva de determinación, lo que se entiende es que el derecho busca determinar, dirigir el comportamiento social de los ciudadanos, persigue encauzar por medio de normas que prohíben, que ordenan el correcto desempeño de la conducta humana en sociedad.

Así, la norma concebida como subjetiva de determinación, se ocupa principalmente de la conducta, sin esperar resultado valioso o disvalioso alguno. No es de su esencia trascender hasta el resultado. De tal manera que lo antijurídico, lo contrario a derecho conforme a la norma subjetiva de determinación, se presenta, surge, cuando la conducta se aparta del mandato imperativo encarnado en el deber legal.

Conforme a ese panorama jurídico o de derecho, y como se explicará enseguida, si el derecho disciplinario se encuentra profundamente influenciado por la ética, donde lo relevante allí es la conducta y la dirección de esa conducta utilizando para ello como instrumento el deber funcional, y así lo ha entendido y viene concibiendo la Jurisprudencia Constitucional, permite concluir que lo contrario a derecho en derecho disciplinario surge cuando se quebranta la "norma subjetiva de determinación".

En mi conocimiento, si bien la Corte Constitucional específicamente no se ha referido al tema, en diversos pronunciamientos jurisprudenciales ha respaldado lo anotado; así, en reciente sentencia dice: "(…) Desde esta perspectiva, la Corte ha establecido que el derecho disciplinario es una rama esencial en el funcionamiento de la organización estatal, pues se encuentra orientado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, limitando el alcance de sus derechos y funciones, consagrando prohibiciones y previendo un estricto régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que al ser desconocidos, involucran, si es del caso, la existencia de una falta disciplinaria, de sus correspondientes sanciones y de los procedimientos constituidos para aplicarlas. Haciendo énfasis en lo anterior, esta Corporación en *Sentencia C-417 de 1993* agregó 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". Lo anterior ocurre porque todos los servidores públicos deben

propender al logro del objetivo principal para el cual fueron nombrados, esto es, servir al Estado y a la comunidad en general con estricta sujeción a lo dispuesto en la Constitución, la ley y el reglamento (C. P. arts. 6° y 122). De donde resulta que cualquier funcionario del Estado puede verse sometido a un proceso de responsabilidad pública de índole disciplinaria, no solo cuando en su desempeño vulnera el ordenamiento superior y legal vigente, sino también cuando incurre en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C. P. arts. 6° y 123)[47].

También ese alto Tribunal Constitucional había dicho: "(…) En la Sentencia C-280/96 siendo M.P. Alejandro Martínez Caballero, al reiterar la naturaleza y finalidad del derecho disciplinario, analizadas en diferentes pronunciamientos, dijo la Corte que "(…) Este es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de Derecho (C. P. art. 1º), por cuanto de esta manera se busca garantizar la buena marcha y buen nombre de la Administración Pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados (C. P. Arts. 2º y 209). Por ello 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. (Sentencia C-417/93. M. P. José Gregorio Hernández Galindo). Consideración de la Corte Nº. 3, ya que los servidores públicos no solo responden por la infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C. P. art. 6º)[48].

Nótese cómo cuando la Corte utiliza expresiones tales como "(…) **orientado** a regular el comportamiento disciplinario de su personal, **fijando** los deberes y obligaciones de quienes lo integran, **limitando** el alcance de sus derechos y funciones, **consagrando** prohibiciones y **previendo** un estricto régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que al ser desconocidos, involucran, si es del caso, la existencia de una falta disciplinaria; (…)"integrado por todas aquellas normas mediante las cuales **se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento** en el ejercicio de sus funciones"; "(…) Lo anterior ocurre porque todos los servidores públicos **deben propender** al logro del objetivo principal para el cual fueron nombrados, esto es, servir al Estado y a la comunidad en general **con estricta sujeción** a lo dispuesto en la Constitución, la ley y el reglamento", no hace otra cosa que determinar, dirigir, encauzar la conducta de los servidores y de los particulares que ejerzan función pública, conforme al mandato imperativo encarnado en el deber legal.

Por su parte, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ha sostenido: "(…) El injusto disciplinario se identifica de mejor forma con la norma subjetiva de determinación, ya que justamente el derecho disciplinario apunta hacia el establecimiento de directrices o modelos

47 Corte Constitucional. Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

48 Ídem, 1.

de conducta por vía de la consagración de deberes, cuyo desconocimiento comporta la comisión de falta disciplinaria" [49].

De manera tal que concebir la naturaleza de la norma disciplinaria como "subjetiva de determinación" es entender que la misma gobierna la conducta de los servidores públicos y particulares en ejercicio de la función pública, y la expresión **"gobernar"** conforme el Diccionario de la Real Academia Española se emplea para indicar a alguien que ajuste su conducta o sus actos a lo que se le hace saber, "advertencia" o "aviso".

A nuestro juicio, una lectura armónica y sistemática del artículo 6º, inciso 2º del artículo 122, inciso 2º del artículo 123 constitucionales, con el artículo 1º de la Ley 734 de 2002, respaldan la afirmación hecha, en el sentido de que la norma disciplinaria es "norma subjetiva de determinación", ya que, "(...) Si en algo es pues, paradigmáticamente útil pero ante todo imprescindible, el acudir a la Carta Política, es en el derecho disciplinario"[50], veamos.

El artículo 6º constitucional consagra la responsabilidad exclusiva y excluyente predicable de los servidores públicos, cuando consagra que estos, además de responder ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, responden por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Este artículo constitucional funda una de las categorías dogmáticas de origen constitucional de derecho público, que gobierna el derecho disciplinario, esto es, la "relación especial de sujeción".

Cuando el ciudadano común y corriente es ungido con esa alta dignidad que impone la condición de servidor público, ya por un acto de discrecionalidad de la administración, ora por vinculación conforme al contrato laboral, no puede ejercer el cargo si previamente, conforme al protocolo debido, no presta juramento de cumplir las funciones propias del cargo para el cual ha sido nombrado o vinculado, pues así lo manda el inciso 2º del artículo 123 Superior.

Conforme a ello a nadie se le obliga a aceptar y asumir esa privilegiada condición de servidor público, es de la entera voluntad del ciudadano ungido comprometerse conforme se lo impone el juramento. Voluntad que debe entenderse conforme a "razón" y "libertad".

De manera tal que, cuando así sucede, ese ciudadano no hace otra cosa que reconocer la soberanía del Estado y someter el ejercicio de sus funciones y tareas públicas a lo que impone la ley o el derecho disciplinario".

Dada la trascendencia de este tema, debemos expresar, que este capítulo será objeto de profundización cuando estudiemos el capítulo relacionado con la "teoría de la falta" y dentro de él *"la ilicitud o antijuridicidad sustancial incorpórea"*.

---

49 Sentencia del 12 de septiembre de 2002, radicación N.º. 19992882-01 M. P. Temístocles Ortega Narváez. Tomado de *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Volumen 1. Instituto de estudios del Ministerio Público, p. 24.

50 José Fernando Reyes Cuartas. *Dos estudios de Derecho Sancionador estatal*, p. 17.

12. Potestad disciplinaria. Concepto general

De lo hasta aquí anotado, se puede decir que la potestad disciplinaria es capacidad, poder, dominio o facultad que la Carta Política le ha conferido al Estado, representado en las ramas del poder público y en los órganos de control, para que, de un lado puedan exigir a quienes desempeñen funciones públicas (servidores y particulares) apego al cumplimiento estricto de sus deberes funcionales y de otro lado, en caso de inobservancia de sus deberes, se les pueda investigar e imponer las correlativas sanciones, en procura del cumplimiento de sus principios, fines, funciones y de la satisfacción del interés general.

13. Potestad disciplinaria. Concepto jurisprudencial

La *Corte Constitucional*, mediante Sentencias C-341 del 5 de agosto de 1996; C-057 del 4 de marzo de 1998; C-417 del 4 de octubre de 1993; C-187 del 6 de mayo de 1998; C-013 del 17 de enero de 2001; C-948 del 6 de noviembre de 2002; C-1061 del 11 de noviembre de 2003; C-431 del 6 de mayo de 2004; C-818 del 9 de agosto de 2005; C-028 del 26 de enero de 2006; C-242 del 7 de abril de 2010; C-030 del 1 de febrero de 2012; C-673 del 28 de octubre de 2015; C-086 del 27 de febrero de 2019; T-8.053.787 del 4 de agosto de 2021 y C-030 del 16 de febrero de 2023, sobre el particular ha venido sosteniendo:

> "(…) La potestad punitiva disciplinaria del Estado contra los servidores públicos o los particulares que ejerzan funciones públicas, se ejerce y hace efectiva por sus ramas y órganos, cuando dichos sujetos desconocen, sin justificación, dichos principios y las normas que rigen las formas de su comportamiento e incurren, en consecuencia, en infracciones disciplinarias, que se estructuran y juzgan con arreglo a las normas sustanciales y procedimentales contempladas en el respectivo régimen disciplinario. El conjunto de reglas de dicha índole expedidas por el legislador encaminadas a asegurar el normal desarrollo de los trámites o actuaciones que conducen a establecer o no la responsabilidad disciplinaria, constituyen el debido proceso disciplinario. (…)". (Corte Constitucional, Sentencia C-341 del 5 de agosto de 1996. Demandante Jairo Villegas Arbeláez. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. *Expediente D-1135*).
>
> "(…) Por el otro, existe un control disciplinario externo, que de acuerdo con la Constitución (arts. 118 y 277-6) les corresponde al Procurador General de la Nación, sus delegados y agentes, y en virtud del cual deben 'ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes; e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley'. (…)". (Corte Constitucional, Sentencia C-057 del 4 de marzo de 1998. Demandante: Roberto Bornacelli Guerrero. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. *Expediente D-1760*).
>
> "(…) La potestad de la Procuraduría para ejercer el poder disciplinario sobre cualquier empleado estatal, cualquiera que sea su vinculación, tiene el carácter de prevalente o preferente. En consecuencia, dicho organismo está autorizado para desplazar al funcionario público que esté adelantando la investigación, quien deberá suspenderla en el estado en que se encuentre

y entregar el expediente a la Procuraduría. Como es obvio, si la Procuraduría decide no intervenir en el proceso disciplinario interno que adelanta la entidad a la que presta sus servicios el investigado, será ésta última la que tramite y decida el proceso correspondiente.

"(...) Así las cosas, la Procuraduría a la luz de la normatividad constitucional que hoy rige, tiene la potestad de suspender o destituir, según el caso y previo el adelantamiento del proceso disciplinario correspondiente, a cualquier servidor estatal y no como sucedía antes que solamente podía solicitar la destitución o la suspensión al nominador del sancionado (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-057 del 4 de marzo de 1998. Demandante: Roberto Bornacelli Guerrero. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. *Expediente D-1760*).

"(...) 3. Potestad disciplinaria... Como lo ha venido sosteniendo esta Corporación, el cumplimiento de los fines del Estado requiere de 'un sistema jurídico enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas' (Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993. Demandante Edgar Eduardo Cortés Prieto. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-243).

Tal sistema obtiene entidad real y acorde con los cometidos estatales, mediante el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, entendida ésta como la facultad de sancionar a sus colaboradores, es decir a las personas naturales que ejercen funciones públicas a través de una relación legal y reglamentaria y aún en razón de la contractual, dentro de unos específicos límites constitucionales y legales que comportan la regulación de la responsabilidad legal de los particulares que desempeñen funciones públicas y de los servidores públicos, así como la forma de hacerla efectiva (C.P., arts, 123, 124, 125, 150-23 y 277) (...)" (Corte Constitucional. Sentencia C-187 del 6 de mayo de 1998. Actor: Roberto Bornacelli Guerrero. M.P. Hernando Herrera Vergara. Expediente D-1849).

"(...) La Corte ha señalado unos requisitos mínimos que deben observar los funcionarios que gozan de potestad disciplinaria, para que el debido proceso sea efectivo, según los cuales, todo investigado tiene derecho a: '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.' (Sentencias T-301/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-433/98 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) (...)". (Corte Constitucional,

Sentencia C-013 del 17 de enero de 2001. Demandante: José Rory Romero S. Magistrada ponente: Martha Victoria Sáchica Méndez. *Expediente D-3132*).

"(...) Cabe recordar en ese sentido que constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de estos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética de servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento; por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, cuando en su desempeño vulneran el ordenamiento superior y legal vigente, así como por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P., arts. 6º y 123)"[51]. (Corte Constitucional, Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002. Demandantes: Carlos Mario Isaza Serrano y Manuel Alberto Morales Támara. Magistrado ponente: **Álvaro Tafur Galvis.** *Expedientes D-3937 y D-3944*).

(...) "Así, para garantizar la imparcialidad de quien ejerce la potestad disciplinaria, el ordenamiento jurídico ha previsto las causales de impedimento y recusación. Del mismo modo, está contemplada la garantía de la doble instancia. Y cabe también la posibilidad de que se acuda al poder prevalente de la Procuraduría General de la Nación, para que ésta asuma el conocimiento de un determinado proceso, amén de que corresponde a la misma Procuraduría ejercer la vigilancia disciplinaria sobre la conducta de quienes adelantan una investigación disciplinaria cualquiera (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-1061 del 11 de noviembre de 2003. Demandante: Ariel de Jesús Cuspoca Ortiz. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. *Expediente D-4463*).

"(...) 3. Ahora bien, el régimen disciplinario especial previsto constitucionalmente para la Fuerzas Militares forma parte del concepto de derecho disciplinario general, que concierne a la facultad constitucional que tiene la Administración Pública de imponer a sus propios funcionarios sanciones previamente definidas mediante ley, quienes, en tal calidad, le están sometidos a una especial sujeción. Con esta potestad disciplinaria se busca 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 (Cf. Constitución Política art. 209). (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-431 del 6 de mayo de 2004. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. *Expediente D-4857*).

51 Ibídem Sentencia C- 708/99 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

"(...) Por último, debe recordarse que reiteradamente la Corte ha sostenido que en el ámbito de la potestad disciplinaria tienen aplicación, *mutatis mutandi*, los principios que dominan la actividad sancionadora del Estado, cuáles son los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad. (Cf., entre otras, las Sentencias T-438/92, C-195/93, C-244/96 y C-280/96). (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-431 del 6 de mayo de 2004. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. *Expediente D-4857*).

"(...) el derecho sancionador de la administración se concreta en la facultad que se les atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios. Con esta potestad disciplinaria se busca particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad". (Corte Constitucional, Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. Demandante: Ernesto Matallana Camacho. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. *Expediente D-5521*).

"(...) La potestad disciplinaria, entendida como la facultad para corregir las fallas o deficiencias provenientes de la actividad de los servidores públicos, se torna en una prerrogativa tendiente a proteger al ciudadano de eventuales arbitrariedades por incumplimiento de las directrices fijadas en la ley, con ella se evita que quienes prestan funciones públicas lo hagan de manera negligente y contraria al servicio, desconociendo el interés general que debe orientar las actuaciones estatales. (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006. Demandantes: Juan Fernando Reyes Kuri, Carlos Fernando Motoa Solarte y Nicolás Orejuela Botero. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. *Expediente D-5768*).

"(...) *6.1. La potestad disciplinaria del Estado*. El ejercicio de la potestad disciplinaria es una de las más importantes manifestaciones del *ius puniendi estatal*, la cual tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad.

En ese orden de ideas, es claro que la potestad disciplinaria del Estado es expresión de dicha naturaleza sancionadora. Así lo deja entrever notoriamente la distinta normatividad al respecto, entre la que se destaca especialmente la Ley 734 de 2002, algunas de cuyas disposiciones son demandadas en esta oportunidad, en donde la rigurosidad de las sanciones estipuladas procura poner de presente a la comunidad en general, a los servidores públicos y a los demás sujetos disciplinables, que la función pública como razón de ser de la existencia del Estado, en cuanto tiene como finalidad primordial la garantía y protección de los derechos fundamentales, ha previsto fuertes instrumentos de autotutela que permitan lograr su efectividad. Es necesario enfatizar que toda la plataforma sobre la cual se desarrolla la función pública, todo el andamiaje sobre el cual se sostiene

la actividad estatal, no tiene finalidad distinta a la defensa y eficacia de los derechos, los cuales hacen parte integral de los fines estatales.

Así las cosas, al lado de la potestad de poder y organización propia de la administración pública, surge indispensablemente la existencia de una potestad disciplinaria, esto es, sancionadora, que se erija como una forma de corrección que redunde en beneficio de la comunidad o, en otras palabras, en el cumplimiento de los fines del Estado.

Es pertinente aclarar que la potestad disciplinaria no es un fin en sí mismo, sino que encuentra su razón de ser en el adecuado desarrollo de los cometidos estatales. Recordemos que el artículo 1º de la Carta Fundamental asigna al Estado colombiano el carácter de Estado social de derecho, por lo que resulta apenas obvio que una organización que se erige sobre el cumplimiento de determinadas funciones públicas, para efectos de la consecución de determinados fines sociales, forzosamente deba establecer los instrumentos idóneos para garantizar que dichas labores sean desarrolladas en correcta forma.

Es entonces en dicho marco, es decir, en el ámbito del Estado social de derecho, en el que debe analizarse el ejercicio de la potestad disciplinaria, pues la misma se constituye en un elemento de crucial importancia para efectos de la consecución de los fines estatales, entre los que se destacan asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo

En dicho sentido, esta Corporación precisó que *'la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como* ***la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado*** *en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro* (negrillas fuera del texto).

Ahora bien, es menester indicar que dicha potestad disciplinaria posee una naturaleza *constitucional*, autónoma e independiente que se deduce inequívocamente de lo consagrado en las diversas disposiciones superiores que le sirven de sustento, razón por la cual puede concluirse que una de las principales inquietudes del constituyente al expedir la Carta Política de 1991 fue cifrar las bases suficientes para que la administración pública se tornara apta y eficiente en el cumplimiento de los objetivos que le fueron trazados.

Entre dichas normas se destaca en primera medida el artículo 6 de la Carta Fundamental, contentivo del principio de legalidad, el cual establece que *'los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones'*. Con ello, como bien lo puso de presente el Ministerio Público, no se hizo cosa distinta que establecer una cláusula de responsabilidad, que otorga sustento a los diferentes controles (disciplinario, penal, fiscal, etc.) que se instituyen para garantizar el adecuado cumplimiento de las funciones públicas, es decir, el constituyente señaló expresamente que quienes lleven a cabo dichas funciones responderán por el cumplimiento efectivo de las mismas, en concordancia con lo estipulado por la Constitución y la ley.

También, se encuentra el artículo 122 constitucional, que precisa que en Colombia no habrá empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o en el reglamento. De dicha norma, se vislumbra claramente que, en caso de inobservancia de las disposiciones consagradas en la ley o el reglamento, los funcionarios pueden ser sometidos a un control de tipo disciplinario. De igual modo, el referido mandato constitucional estipula que el funcionario, al momento de entrar a desempeñar sus funciones, debe manifestar bajo la gravedad de juramento el compromiso de cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos, en lo referido a los deberes, obligaciones y demás asuntos propios del cargo que desempeña, la cual es una formalidad que pone de presente el deber de actuar conforme a los lineamientos dispuestos para el ejercicio de la función pública o para la prestación del servicio público al cual se compromete, por lo que como consecuencia de ese compromiso y en desarrollo del principio de legalidad, se le puede exigir al funcionario la conformidad de sus actuaciones con el querer de la administración y, por ende, se le puede reprochar en caso de que por su parte se presente algún tipo de incumplimiento.

Bajo la misma óptica, el artículo 123 de la Constitución advierte claramente que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento. Al respecto, es preciso preguntarse si establecidos estos fundamentos *¿Es o no elemental la instauración de un control especializado que se encargue de cerciorarse de que tales directrices se lleven a cabo?*, y si, *¿En caso de que las mismas se incumplan es propio o no del Estado defender sus intereses, que en últimas son los intereses de la comunidad?*

En igual sentido, el artículo 124 constitucional reza que *'la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva'*, con lo que se pone de manifiesto que la misma Carta Política hace mención expresa a que los servidores públicos deben responder por el adecuado cumplimiento de las tareas que en beneficio de la comunidad decidieron asumir. El artículo 125 establece que procede el retiro de los servidores públicos, entre otras causas, por violación del régimen disciplinario, lo cual evidencia indiscutiblemente la existencia de la potestad disciplinaria y su carácter esencial en el cumplimiento de las finalidades estatales.

Como complemento de lo anterior, el artículo 209 constitucional establece los fundamentos sobre los cuales debe desarrollarse la función pública, esto es, establece unos parámetros que orientan su correspondiente desarrollo. Dicha norma en forma manifiesta indica que *'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'*. Vale la pena señalar que es a través del desempeño de la funciones públicas en esos términos, que se asegura el cumplimiento del interés general para el cual las mismas han sido establecidas, por encima del interés particular que cualquier persona pueda tener en ese ejercicio, pero todo ello resultaría totalmente inocuo y desacertado, sin el establecimiento de un andamiaje propio que le permita al Estado verificar que dichos lineamientos están siendo cumplidos de manera efectiva, elemento que le da razón de ser a la función disciplinaria.

Bajo este contexto, tal y como se señaló en Sentencia C-280 de 1996, puede decirse que el derecho disciplinario '*es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de Derecho (CP art. 1°), por cuanto de esa manera se busca garantizar la buena marcha y buen nombre de la administración pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados (CP art. 6°)*".

Entonces, resulta claro que el modelo de Estado adoptado por Colombia pone de presente, en las diferentes normas constitucionales, que el cumplimiento de las finalidades básicas y fundamentales por él trazadas, se logra a través del desarrollo de las funciones públicas atribuidas a los servidores públicos y a ciertos particulares, razón por la cual, dada la indiscutible relevancia que el buen ejercicio de dichas labores reviste, se hace indispensable la instauración de un régimen de responsabilidades que garantice el efectivo desempeño de las referidas tareas.

Sobre este aspecto en particular, esta Corporación afirmó que *'la disciplina, que condiciona y somete el comportamiento del individuo a unos específicos y determinados parámetros de conducta, 'es elemento necesario en toda comunidad organizada; factor esencial de su funcionamiento; presupuesto y requisito de su operatividad y eficacia', razón por la cual justifica su existencia, permanencia y consolidación en todos los ámbitos de la actividad pública como privada'.*

Así las cosas, debe afirmarse que el derecho disciplinario pretende garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo, cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la administración pública cumpliese los principios de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad" a que hace referencia la norma constitucional. (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006. Demandantes: Juan Fernando Reyes Kuri, Carlos Fernando Motoa Solarte y Nicolás Orejuela Botero. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. *Expediente D-5768*).

"(...) Ahora bien, dado que la finalidad primigenia de la potestad disciplinaria consiste en asegurar el adecuado desarrollo de la función pública, es pertinente hacer referencia a los principios que orientan la actividad de los servidores públicos en el ejercicio de las labores que le son propias, por cuanto la búsqueda de la vigencia y cumplimiento de los mismos sirve de sustento a la existencia de una potestad disciplinaria (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006. Demandantes: Juan Fernando Reyes Kuri, Carlos Fernando Motoa Solarte y Nicolás Orejuela Botero. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. *Expediente D-5768*).

"(...) En suma, la potestad disciplinaria se ocupa esencialmente de investigar y sancionar, si a ello hubiese lugar, a quienes incumplan sus deberes funcionales, entre los cuales indefectiblemente se encuentra cumplir su labor de acuerdo con los lineamientos planteados por el artículo 209 constitucional.

Dichos principios no son otros que los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. (…)". (Corte Constitucional, Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006. Demandantes: Juan Fernando Reyes Kuri, Carlos Fernando Motoa Solarte y Nicolás Orejuela Botero. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. *Expediente D-5768*).[52]

"(…) El derecho disciplinario regula el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, esto es, "la facultad que hace parte del poder sancionador del Estado, en virtud de la cual aquél está legitimado para tipificar las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los servidores públicos y los particulares que cumplen funciones públicas y las sanciones correspondientes". La potestad disciplinaria ha de ejercerse con atención a los principios de la función administrativa y del servicio público, como a los fines esenciales del Estado: en efecto, la jurisprudencia constitucional ha recordado, desde una óptica administrativa, que el derecho disciplinario "se manifiesta en la potestad de los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios, con el propósito de preservar los principios que guían la función administrativa señalados en el artículo 209 constitucional (moralidad, eficiencia, celeridad, igualdad, economía, imparcialidad y publicidad)"; así mismo, ha indicado la Corte que "una indagación por los fundamentos de la imputación disciplinaria remite a los fines del Estado", de modo que la orientación finalística del ejercicio del poder fija los cimientos en que se apoya la responsabilidad de los servidores públicos. En suma, el sustento de la imputación disciplinaria radica en la necesidad de hacer efectivos tanto los principios de la función administrativa como los fines estatales a que apuntan aquellos, los cuales, a su vez, determinan el ejercicio de las funciones públicas (…)". (Corte Constitucional, Sentencia C-242 del 7 de abril de 2010. Demandante: Diego Alberto Zuleta García. Magistrado ponente: Mauricio González Cuervo. *Expediente D-7852*).

"(…) Con fundamento en estas disposiciones, la jurisprudencia de esta Corte ha sostenido que la finalidad de la potestad disciplinaria es "*asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (C.P. art. 209)*", que por tanto la responsabilidad disciplinaria tiene un claro fundamento constitucional, el derecho disciplinario reviste un carácter *autónomo e independiente,* y que constituye una modalidad del derecho administrativo sancionador en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado (…)". (Corte Constitucional, Sentencia C-030 del 1° de febrero de 2012. Demandante: Silvio San Martín Quiñones Ramos. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. *Expediente D-8606*).

"(…) De estas funciones correctivas da cuenta la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) de la siguiente manera: *(i)* artículos 2° y 67, asigna la

52 Tomadas de Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009., págs. 841 a 851. Sobre el mismo tema ver las Sentencias: C-244 del 30 de mayo de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-280 del 25 de junio de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-430 del 4 de septiembre de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-037 del 28 de enero de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-124 del 18 de febrero de 2003. M.P. Jaime Araújo Rentería; C-125 del 18 de febrero de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; C-252 del 25 de marzo de 2003. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-818 del 9 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

titularidad de la potestad disciplinaria interna en los diferentes órganos y entidades del Estado, a las unidades y oficinas encargadas del ejercicio de la acción disciplinaria; *(ii)* artículo 70, el cual indica que el servidor público que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria, si fuere competente, iniciará inmediatamente la acción disciplinaria; y *(iii)* el artículo 76, que refiere a la función principal de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores de la respetiva entidad. De las anteriores normas se puede extraer que el jefe de control interno disciplinario funge como director de los procesos disciplinarios que, con absoluta confidencialidad, se adelanten contra los servidores públicos de una entidad, es decir, se le exige realizar un papel de conducción eficiente e imparcial sobre tales procesos, tema del cual también dan cuenta los diferentes manuales de funciones y competencias consultados.(...)

Así, luego de hacer referencia a los criterios subjetivo de la confianza, funcional o material y orgánico, señala que las funciones de los jefes de las oficinas de control interno disciplinario se encuentran inicialmente contenidas en los artículos 2º, 6º, 67, 70 y 73 la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único), y en forma particular en cada una de las entidades públicas de acuerdo al manual de funciones. Manifiesta que dichos Jefes cuentan con potestad disciplinaria, de manera que conocen, investigan y en los casos en los que se determine necesario, sancionan a los servidores públicos u ordenan el archivo de las diligencias respectivas, lo que "(...) *a todas luces se constituye como una función especialísima al interior de la administración pública que requiere de una confianza especial del nominador en la persona que encargará de cumplir con el ejercicio de las funciones señaladas"*. En su criterio, la función disciplinaria al interior de una entidad pública es consustancial a la organización política y responde a fines del Estado de derecho en cuanto mantiene una conducta acorde con el marco legal vigente y los lineamientos constitucionales que deben regir la administración pública (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-673 del 28 de octubre de 2015. Demandante: Adriana Ximena Carreño Donado. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. *Expediente D-10715*).

"(...) En este contexto, resulta apenas obvio que la titularidad de la potestad disciplinaria corresponda al Estado, que la ejerce por medio de dos tipos de operadores disciplinarios: 1) los ordinarios, que son las oficinas de control disciplinario interno y los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado y, si se trata de servidores judiciales, "la jurisdicción disciplinaria", y 2) los que tienen un poder disciplinario preferente, que son la Procuraduría General de la Nación y las Personerías Distritales y Municipales (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-086 del 27 de febrero de 2019. Demandante: Raúl Fabián Endo Lara. Magistrado ponente: Luis Guillermo Guerrero Pérez. *Expediente D-12805*).

"(...) 29. En el presente caso, la Sala encuentra que el juez competente para ejercer el control sobre el acto administrativo proferido el 17 de septiembre de 2019 por la PGN[53], así como, la decisión mediante la cual se le impuso una sanción definitiva al accionante es la jurisdicción contencioso-administrativa,

53 Procuraduría General de la Nación.

pues el control disciplinario que ejerce la PGN no constituye un ejercicio de función jurisdiccional. Lo anterior por cuanto, la PGN es la máxima autoridad en el ámbito externo de ejercicio de la potestad disciplinaria, pero no es juez; en esa medida, no juzga ni sentencia, sus decisiones son una manifestación de la función administrativa, no de la función jurisdiccional (…)". (Corte Constitucional, Sentencia T-8.053.787 del 4 de agosto de 2021. Demandante: Rafael Luna Joyas vs Procuraduría General de la Nación. Magistrada ponente: Cristina Pardo Schlesinger).

"(…) La Sala precisó que ***las funciones disciplinarias que ejerce la PGN son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional***. En tal sentido, la Corte declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 13, 16 y 17 de la Ley 2094 de 2021, ***en el entendido de que las funciones disciplinarias que ejerce la PGN son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional***. (las negrillas y las letras inclinadas fuera del texto).

(…)

"(…) **2. Decisión**

Primero. Declarar la *inexequibilidad* de las expresiones "jurisdiccionales" y "jurisdiccional" contenidas en los artículos 1, 54, 73 y 74 de la Ley 2094 de 2021 (que modificaron los artículos 2, 238A, 265 de la Ley 1952 de 2019) y de la expresión "ejecutoriadas" contenida en el artículo 54 de la Ley 2094 de 2021.

Segundo. Declarar la *exequibilidad condicionada* del artículo 1º de la Ley 2094 de 2021 (que modificó el art. 2º de la Ley 1952 de 2019), en el entendido de que la determinación de las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad a servidores públicos de elección popular, corresponderá al juez contencioso administrativo, conforme lo establece el inciso cuarto de esta misma norma.

Tercero. Declarar la *exequibilidad condicionada* de los artículos 13, 16 y 17 de la Ley 2094 de 2021, en el entendido de que las funciones disciplinarias que ejerce la Procuraduría General de la Nación son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.

Cuarto. Declarar la *exequibilidad condicionada* del artículo 54 de la Ley 2094 de 2021, en el entendido de que el recurso extraordinario de revisión operará solamente cuando se impongan sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad a servidores públicos de elección popular, por ministerio de la ley, de manera automática e inmediata. En todo caso el disciplinado podrá ejercer todas las actividades procesales que estime pertinentes a su defensa propias del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Las sanciones impuestas a los funcionarios de elección popular se suspenderán en su ejecución durante el trámite judicial de revisión, el cual finiquitará con una sentencia que determinará de manera definitiva la sanción aplicable (…)". (Corte Constitucional, Sentencia C-030 del 16 de febrero de 2023. Magistrado ponente: Juan Carlos Cortes González y José Fernando Reyes Cuartas. *Expediente D-14503*).

14. Potestad disciplinaria. Concepto legislativo

> "(…) La potestad disciplinaria se deriva, además del deber que tiene la administración pública de asegurar la consecución de los fines del Estado y el correcto funcionamiento y adecuada prestación de los servicios públicos (…) y es un instrumento valioso para que el Estado y el derecho alcancen sus metas. Por esto debe ser utilizada en el mejor sentido por el Estado colombiano y por la administración pública (…)". (Gaceta del Congreso, Cámara de Representantes. Ponencia para primer debate. Santafé de Bogotá, mayo de 1993, pág. 4).

15. Potestad disciplinaria. Concepto doctrinal

La doctrina nacional y la relacionada con el derecho comparado nos provee de los conceptos pertinentes a esta temática, para lo cual apelamos a los que consideramos con mayor trascendencia académica, así:

> Sayaguez Laso.
>
> "(…) La Administración tiene la obligación de asegurar el correcto funcionamiento de los servicios a su cargo. Para lograrlo es menester que pueda exigir a los funcionarios el cumplimiento estricto de sus deberes y eventualmente sancionar a quienes cometan faltas. Dentro del régimen estatutario que regula la función pública, ese poder es de principio (…)"[54].
>
> Renato Alesi.
>
> "(…) Poder disciplinario es aquel que corresponde a la administración pública para castigar con determinadas sanciones el comportamiento de quienes estén ligados a la administración por relaciones en las que concurra una relación de supremacía especial que se ejerza sobre los mismos, cuando el referido comportamiento perjudique el debido cumplimiento de la relación administrativa principal (…)"[55].
>
> Gustavo Humberto Rodríguez.
>
> "(…) doctrinariamente debe entenderse como potestad disciplinaria la capacidad que tiene la Administración – o cualquier otra rama del poder público que actúe en función administrativa- de exigir obediencia y disciplina en el ejercicio de la función administradora, investigando las faltas administrativas e imponiendo las sanciones igualmente administrativas a los funcionarios infractores. Es pues, ésta una potestad sancionadora interna, por cuanto se predica en referencia a las relaciones de la administración con sus agentes, funcionarios o servidores. De igual modo, existe una potestad sancionadora externa, consistente en esa misma capacidad en cuanto a las

54 Sayaguez Laso, Enrique. Tratado de derecho administrativo. Montevideo, 1963, pág. 325.

55 Alessi, Renato. Instituciones de Derecho administrativo. Barcelona 1970, pág. 231.

relaciones de los terceros administrados que resulten ser infractores de las normas y órdenes de la administración (...)"[56].

Carlos Mario Isaza Serrano.

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

Esta potestad es, en definitiva, una facultad que se desarrolla en el ejercicio de la función administrativa y por consiguiente tiene una naturaleza pública regulada por el derecho administrativo, en la que participan sujetos de derecho público, pero que por sus particulares características se estructura autónomamente en el derecho disciplinario (...)"[57].

La potestad disciplinaria en nuestro Estado de derecho, es una competencia jurídica más, atribuida a la administración pública con el objeto de asegurar la eficiencia en la prestación de los servicios a cargo del Estado, así como a moralidad, la responsabilidad y la conducta correcta de los funcionarios públicos y también los derechos y las garantías que les corresponden como tales (...)"[58].

"(...) Las potestades, entre ellas, la disciplinaria, derivan de la situación de supremacía en que se halla el Estado frente a los individuos, y concretamente, frente a los servidores públicos, a los cuales corresponde deberes públicos de sumisión, y por consiguiente, de sujeción.

(...)

Los fundamentos normativos examinados permiten concluir que la Constitución Política les reconoce de manera expresa a la administración pública, al ministerio público y al Consejo Superior de la Judicatura (hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial), la potestad de imponer por medio de un régimen disciplinario, sanciones de la misma naturaleza, siempre teniendo como objetivo que la conducta de los servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, que lo han transgredido, se ajuste a los patrones de organización y funcionamiento requeridos legalmente para el Estado colombiano (...)"[59].

56 Rodríguez, Gustavo Humberto. *Derecho administrativo disciplinario-* Doctrina-legislación-jurisprudencia. Ob. cit., págs. 12 y 13.

57 Isaza Serrano, Carlos Mario. *Derecho disciplinario*–Parte General -. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santafé de Bogotá, 1997, pág. 66.

58 Isaza Serrano, Carlos Mario. *Derecho disciplinario*–Parte General -. Ob. cit., pág. 36.

59 Isaza Serrano, Carlos Mario. *Teoría general del derecho disciplinario – Aspectos históricos, sustanciales y procesales* – 2ª Ed. Editorial Temis. Bogotá, 2009, págs. 61 y 69.

Iván Velásquez Gómez.

"(...) De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1º CDU[60], 'el Estado, a través de sus ramas y órganos, es el titular de la potestad disciplinaria', esto es, del ius puniendi o derecho a sancionar a los servidores públicos responsables de la comisión de faltas, sanciones que conforme al artículo 17 'cumplen esencialmente los fines de prevención y de garantía de la buena marcha de la gestión pública'".

"La potestad disciplinaria se ejerce a través del proceso, el cual requiere de un acto de promoción, interno o externo, que lo ponga en actividad, denominado acción, cuya titularidad puede o no coincidir con la de la potestad sancionatoria, pues bien puede el Estado permitir que ella se desplace exclusivamente a los particulares, como ocurre con los delitos querellables en materia penal, o concentrarla en sí mismo como sucede, en ese ámbito, con los demás delitos y en el campo disciplinario con todas las conductas".

"Por eso, el artículo 2º CDU dice que 'la acción disciplinaria corresponde al Estado', de suerte que en esta materia coinciden en el Estado la titularidad de la potestad disciplinaria y de la acción.

"Que la potestad disciplinaria sea ejercida por el Estado a través de un proceso, significa que en ningún caso puede imponerse sanción alguna sin que previamente sea concretada la acusación y escuchado el implicado con todas las garantías propias del debido proceso, consagrado por el artículo 29 C.P. para toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

La potestad disciplinaria puede ser ejercida por cada una de las ramas y órganos que conforman la estructura del Estado, con relación a los servidores públicos de la correspondiente dependencia, o de manera preferente por el órgano de control denominado Ministerio Público –Procuraduría General de la Nación y Personerías Municipales o Distritales-, caso éste último en el que la competencia disciplinaria se desplaza de la entidad a la cual sirve el implicado hacia el Ministerio Público (...)"[61].

José Rory Forero Salcedo.

"(...) resulta imperativo afirmar que la potestad sancionadora de la administración pública no se puede ejercer de manera arbitraria, máxime cuando el mismo ordenamiento superior español lo prohíbe expresamente al establecer en su artículo 9.3 la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, y es ahí precisamente, donde adquieren su máxima importancia los derechos fundamentales, como límite y control ante la extralimitación en el ejercicio de la función administrativa disciplinaria; garantías constitucionales en el ámbito disciplinario, que emergen ante la disyuntiva permanente entre la potestad sancionadora de la administración pública que conlleva per se unos fines precisos, su buena marcha. De otro lado el respeto escrupuloso de los derechos fundamentales en comento, dejando claro que

60 Código Disciplinario Único.

61 Velásquez Gómez, Iván. *Manual de derecho disciplinario*. 1ª ed. Editorial Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Medellín 1996, págs. 21 y 22.

sus principios adquieren unos matices sui generis respecto de la potestad disciplinaria en particular, ya que no es lo mismo la potestad disciplinaria que se ejerce sobre los servidores estatales, dado el reforzamiento de sus deberes funcionales, que la que se ejercita respecto de los estudiantes o personas sometidas a reclusión. (...)"[62].

Jorge Enrique Ayala Caldas.

"(...) Poder disciplinario será consecuencia del poder de mando en virtud del cual se pueden sancionar administrativamente las acciones u omisiones de los servidores públicos que sean atentatorios de sus deberes u obligaciones o violen sus prohibiciones o sus derechos, es una parte de las reglas de juego tanto para la administración pública como para sus funcionarios.

La administración puede exigir obediencia y disciplina, mediante el ejercicio del mando, a los servidores públicos, cuando ejercitan sus funciones, buscando con ello la disciplina y la eficiencia en la prestación de los servicios públicos y en últimas en la función pública (...)"[63].

Jeannette Navas de Rico.

"(...) Potestad disciplinaria es la capacidad que tiene el Estado – a través de sus ramas y órganos – de exigir obediencia, disciplina, eficiencia y moralidad a todo servidor público y, en general, a quién cumpla funciones públicas.

La Constitución Política en su artículo 277 numeral 6, faculta a la Procuraduría General de la Nación para ejercer dicha potestad frente a todos aquellos que cumplen funciones públicas, incluidos los particulares, mientras que las entidades y órganos del Estado ejercerán esta potestad frente a quienes ostenten la calidad de servidores públicos en la respectiva entidad u órgano (...)"[64].

Diomedes Yate Chinome.

"(...) La potestad disciplinaria del Estado, tal como se ha dicho, se concreta en el poder facultad de sancionar a sus propios funcionarios. Con ello se busca garantizar el cumplimiento de los fines estatales y el normal ejercicio de la función pública, es lo que se conoce como mecanismo de autocontrol o autotutela (...)"[65].

---

62 Forero Salcedo, José Rory. ***Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano***. Editorial Panamericana Formas e Impresos S.A. Bogotá, 2011, págs. 104 y 105.

63 Ayala Cadas, Jorge Enrique. *Elementos de derecho administrativo disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Santafé de Bogotá, 1996, pág. 17.

64 Navas de Rico, Jeannette. *Código disciplinario único – Concordado, compilación jurisprudencial y doctrinaria –*. Editorial Renacimiento S.A., Central de Artes Gráficas Ltda. Santafé de Bogotá, octubre de 1998, pág. 24.

65 Yate Chinome, Diomedes. *Tendencias y proyecciones de la Ley disciplinaria al amparo de los principios rectores*. Colección Derecho Disciplinario Nº 19" de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Editorial Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 2008, pág., 21.

Teniente Coronel Leída Elena Ortiz Fernández

Subcomisario María Eliana Guzmán Ortigoza

Subintendente Juan Carlos Forero Bobadilla

Pro-03 Abogada Lidia Eva Morales Bohórquez.

"1.2 Titularidad de la Potestad Disciplinaria. Es la facultad del Estado para investigar y sancionar a los servidores públicos y particulares que ejerzan funciones públicas y que en ejercicio de estas incurran en falta disciplinaria. El ejercicio de la potestad disciplinaria es un de las más importantes manifestaciones del 'ius puniendi' estatal, la cual tiene como objetivo fundamental prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de 'igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (...)'".[66]

Nelson Hernández Meza.

"(...) La potestad disciplinaria de la administración. Para referirnos a la potestad disciplinaria, debemos empezar por señalar como lo anota Castillo Blanco[67], que es la teoría de las relaciones de sujeción especial, la categoría dogmática que determina que ésta sea diferente a la potestad sancionadora de la administración, pues no tiene su mismo alcance. Así como tampoco, puede considerarse igual al derecho penal, debido a que es precisamente esta noción la que permite la aplicación atenuada de sus principios a esta sub especie del derecho sancionador del Estado.

En este sentido, encontramos que la potestad disciplinaria constituye la realización del control disciplinario, como capacidad otorgada a la administración pública en sus diferentes órdenes, para investigar las conductas generadoras de faltas disciplinarias y para aplicar las sanciones o correctivos a los funcionarios públicos responsables de infringir el estatuto disciplinario. Por no acatar los funcionarios, y quienes comparten ethos funcionarial[68], el deber especial reforzado de cumplir con honestidad, diligencia, transparencia, eficacia, igualdad e imparcialidad, la función pública encomendada, dada la relación especial en que se encuentran[69].

66 Teniente Coronel Leída Elena Ortiz Fernández, Subcomisario María Eliana Guzmán Ortigoza, Subintendente Juan Carlos Forero Bobadilla y Pro-03 Abogada Lidia Eva Morales Bohórquez. Jurisprudencia y doctrina para el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional. Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá, 2011, págs. 12 y 13.

67 Castillo Blanco, Federico A. *Principio de proporcionalidad e infracciones disciplinarias*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, España, 1995, pág. 10.

68 Para Lasagabaster Herrarte, la potestad disciplinaria de las Administraciones públicas sobre los funcionarios exige la existencia de la relación funcionarial. Sin funcionarios no hay posibilidad de ejercicio de esa potestad. Ver, en: *Las relaciones de sujeción especial*. Editorial Civitas S.A. Madrid, España, 1994, pág. 150.

69 Embid Irujo, Antonio. *La Fidelidad de los funcionarios a la Constitución. Un estudio de los derechos alemán y español*. Instituto Nacional de Administración Pública. Instituto Nacional de Administración Pública. Madrid, España, 1987, págs. 120 -121.

En donde la sanción o el correctivo disciplinario puede ir hasta el apercibimiento, traslado con cambio de residencia, suspensión de funciones, hasta la separación del servicio"[70]. Así la función y la responsabilidad disciplinaria deben ser ejecutadas teniendo en cuenta los derechos fundamentales de los funcionarios en atención a que esta es expresión del marco constitucional del Estado social y democrático de derecho. Sin que esta función pueda constituirse, en ningún caso, como dice Nieto García[71], en instrumento 'para ajustar cuentas políticas o personales con los funcionarios'.

Ahora, es importante anotar que el cumplimiento de la función administrativa disciplinaria no puede realizarse de forma discrecional[72], por parte de las autoridades encargadas de su ejercicio, ya que estas deben actuar dentro del marco de la legalidad[73], que no permite la arbitrariedad y en ultimas garantiza el control de estas decisiones por parte del juez natural de las decisiones de la administración[74]. Así, el ejercicio de esta función tiene como límite[75] los derechos fundamentales de los sujetos pasibles de esta potestad, sin perder de vista que en ningún caso éstos pueden ser instrumentalizados para garantizar el ejercicio de esta función (...)"[76].

70 Embid Irujo, Antonio. Ob. Cit., págs. 120-121.

71 Palabras escritas por Nieto García en el prólogo de la obra: Trayter Jiménez, Juan Manuel. *Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos.* Editorial Marcial Pons. Madrid, España. 1992.

72 La discrecionalidad o, lo que es lo mismo, la potestad discrecional de la administración es muy confundida con el término arbitrariedad. Así, el Tribunal Constitucional Español, al respecto puede consultarse, entre muchos otros pronunciamientos: Auto 28 de 18 de enero de 1984; y el Auto 476 del 10 de junio de 1985, en donde se reconoce la libertad de apreciación o discrecionalidad de la administración, pero siempre "sin perjuicio del correspondiente control jurisdiccional". Por ello no cabe confundir discrecionalidad con arbitrariedad.

73 Ver entre muchas otras, las Sentencias del Tribunal Supremo Español de 30 de junio de 1982, y de 16 de junio de 1994.

74 García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás – Ramón. *Curso de derecho administrativo.* Tomo II. Novena Edición. Editorial Civitas. Madrid, España, 2004, pág. 454.

75 Respecto de los límites de la potestad sancionadora de la administración, el Tribunal Constitucional Español ha señalado: "(...) La Constitución no ha excluido la potestad sancionadora de la administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el artículo 25.3 aunque, como es obvio, sometiendo a las necesarias cautelas que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos. Los límites que la potestad sancionadora de la administración se encuentra en el artículo 25.1 de la Constitución son: a. La legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal, con la consecuencia del carácter excepcional que los poderes sancionatorios en manos de la administración presentan; b. La interdicción de las penas de privación de la libertad, a las que puede llegarse de modo directo o indirecto a partir de las infracciones sancionadas; c. El respeto a los derechos de defensa, reconocidos en el artículo 24 de la Constitución, que son aplicables al procedimiento que la administración siga para imposición de sanciones; y, d. Finalmente, la subordinación judicial. Ver, entre otras, Tribunal Constitucional Español. Sentencia 77 de 1983.

76 Hernández Meza, Nelson. Artículo Nociones del concepto de relaciones de sujeción especial, publicado en ensayos sobre derecho disciplinario. Tomo II (Colección especializada) del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2011, págs. 123 a 125.

16. Potestad disciplinaria y funciones jurisdiccionales

En la Colección *Leges Disciplinares*–Cartilla N.º 7 (El Procedimiento Disciplinario), José Omar Ortiz Peralta y Jaime Mejía Ossman, con relación a este complejo tema en que ***se mezclan funciones jurisdiccionales con funciones administrativas en la Rama Ejecutiva del Poder Público***, para disciplinar a los funcionarios elegidos por **"elección Popular"**, traen algunos aportes que la jurisprudencia colombiana, a través de la Corte Constitucional, incluyó en la *Sentencia C-030 del 16 de febrero de 2023* (M.P. Juan Carlos Cortés González y M.P. José Fernando Reyes Cuartas), los que permiten un correcto entendimiento de esta salida producto de la creación de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021*. Señalan Ortiz Peralta y Mejía Ossman:

> "El artículo 2º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, modificado por el artículo 1º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, además de consagrar que la potestad disciplinaria recae en el Estado, ***atribuye funciones jurisdiccionales*** a la Procuraduría General de la Nación para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, **inclusive los de elección popular** y que sus decisiones podrán ser objeto de ser *revisadas ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo*.
>
> En reciente pronunciamiento la Corte Constitucional[77], respecto de la asignación de facultades jurisdiccionales para el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la Procuraduría General de la Nación, se pronunció de la siguiente manera:
>
> *'1. En los términos del artículo 277.6 de la Constitución Política, la Procuraduría General de la Nación (PGN) es competente para investigar y juzgar disciplinariamente a los funcionarios públicos, incluidos los servidores de elección popular, salvo que gocen de fuero constitucional. En relación con la naturaleza de dicho control, se tiene que, según la jurisprudencia, es de carácter administrativo sancionatorio.*
>
> *A su vez, en virtud del artículo 23.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad (artículo 93 Superior), se ha entendido que las sanciones disciplinarias contra servidores de elección popular solo pueden imponerse por mandato de un juez de la República, dado que pueden afectar sus derechos políticos. Al respecto, se destaca que dicha reserva judicial se fundamenta en que la intervención de un juez es una garantía para asegurar que las decisiones (Cfr. Sentencias C-028 de 2006, SU-712 de 2013, C-500 de 2014, SU-355 de 2015, C-101 de 2018, C-106 de 2018, C-086 de 2019, C-111 de 2019 y C-325 de 2021) administrativas no tengan como finalidad generar una interferencia indebida en el mandato popular y en los derechos políticos del sancionado.*
>
> *Así pues, se tiene que, a fin de ponderar los mandatos superiores contenidos en el artículo 277.6 de la Carta Política y 23.2 de la CADH, es imperioso asegurar que las decisiones sancionarías de la PGN en contra de los servidores de elección popular no puedan ser ejecutadas antes de que medie un control jurisdiccional. Lo anterior, pues así, por un lado, se respetan las facultades constitucionales de*

77 Corte Constitucional. Comunicados 01 y 04. Sentencia C-030 del 16 de febrero de 2023. M. P. Juan Carlos Cortés González y M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

investigación y juzgamiento disciplinario del órgano del control y, por otro lado, se asegura la reserva judicial debido a que la ***decisión final sobre la imposición de la sanción disciplinaria corresponde a un juez de la República.***

Con tal propósito, podría disponerse que se adelante un control judicial automático e integral de las decisiones de la PGN, el cual sea similar al grado jurisdiccional de consulta existente en algunas especialidades del derecho. Sin embargo, dicha posibilidad en todos los casos podría contradecir la jurisprudencia constitucional.

Bajo estas consideraciones la Corte Constitucional, resolvió:

'*Primero*. *Declarar la* **inexequibilidad** *de las expresiones "jurisdiccionales" y "jurisdiccional" contenidas en los artículos 1, 54, 73 y 74 de la Ley 2094 de 2021 (que modificaron los artículos 2, 238A, 265 de la Ley 1952 de 2019) y de la expresión "ejecutoriadas" contenida en el artículo 54 de la Ley 2094 de 2021.*

(...)

Tercero. *Declarar la* **exequibilidad condicionada** *de los artículos 13, 16 y 17 de la Ley 2094 de 2021, en el entendido de que las funciones disciplinarias que ejerce la Procuraduría General de la Nación son de naturaleza administrativa y no jurisdiccional.'*

A partir de este pronunciamiento, se vuelve a unificar la naturaleza de las actuaciones disciplinarias, en el sentido de que, tanto aquellas que adelante la Procuraduría General de la Nación, como las Personerías y las Oficinas de Control Disciplinario Interno, son administrativas.

En cuanto a la titularidad de la acción disciplinaria se determina que corresponde a las oficinas de Control Disciplinario Interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias, Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías distritales y municipales.

De otra parte, se delimita la competencia atribuida a la Jurisdicción Disciplinaria, en cabeza de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, despachos que deben conocer de los procesos que se adelanten contra los funcionarios y empleados judiciales, incluidos los de la Fiscalía General de la Nación, así como contra los particulares disciplinables y demás autoridades que administran justicia de manera temporal o permanente, tal y como se concibe en el artículo 257 del a Constitución Política.

Por último, se hace énfasis en que la acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta, lo que es conteste con las decisiones de la Corte Constitucional, en el sentido de determinar que pueden concurrir varias acciones por los mismos hechos, sin que se atente contra el principio de *non bis in ídem*, en el entendido de que son de naturaleza distinta y persiguen objetivos diferentes[78].

78 Tomado de Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. Colección Leges Disciplinares- Líneas jurisprudenciales, doctrinales y prácticas del Derecho Disciplinario. Cartilla N.º 7. Editorial Doctrina y Ley (en prensa). Bogotá 2023,págs. 39 a 42.

Capítulo IV

Principios rectores de la ley disciplinaria

1. Principios rectores. ¿Su aplicación flexible y menos rigurosa?

Los principios rectores contenidos en los artículos 1º al 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* – Código General Disciplinario- (con las modificaciones pertinentes de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021); 1º al 21 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* (Código Disciplinario Único); 1 al 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007* (Código Disciplinario del Abogado); 1º y 5º, literales a) hasta el ñ) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017* (Código de Ética y Disciplinario del Congresista); 42 a 64 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar); 1º al 21 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006* (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional) y 1º al 28 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* (Estatuto Disciplinario Policial), constituyen la base con la cual se *interpreta* y *aplica* tan compleja subespecialidad del *derecho punitivo o sancionatorio del Estado*. Son el núcleo esencial con los que se gobierna el ejercicio de la *potestad disciplinaria*, como competencia originada en las *relaciones especiales de sujeción* en que se encuentran las personas vinculadas a las tareas que requieren el cumplimiento de *funciones públicas*. Es decir, los *principios* y las *normas rectoras*, vinculan de manera clara los capítulos que ya se analizaron sobre *función pública, relaciones especiales de sujeción* y *potestad disciplinaria*.

Esos "principios rectores" o "normas rectoras", que en estricto sentido deberían desarrollar *derechos fundamentales* de las *personas*[1] o constituirse en soportes *axiológicos* y

1 Recuérdese que, en la Constitución Política de 1991, el artículo 1º exalta, en el Estado social y democrático de derecho, la protección y respeto de la dignidad de la persona humana, por encima de otras prerrogativas estatales. Igualmente, el artículo 94 ídem, enuncia que. "la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos".

De la misma manera es importante destacar que en la *Sentencia T-406 del 5 de junio de 1992*, el magistrado Ciro Angarita Barón (q.e.p.d.), refiriéndose a los principios, señaló:

"(…) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídicas para el presente; son el inicio del nuevo orden".

"(…) En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. (…) Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228".

"(…) Los principios constitucionales son la base axiológico- jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo (…) toda discrecionalidad otorgada a los órganos y creadores del derecho debe estar fundada a partir del hilo conductor de los principios. La movilidad del sentido de una norma se encuentra limitada por una interpretación acorde con los principios constitucionales. Los derechos fundamentales son, como todas las normas constitucionales, emanación de los va-

ontológicos de la ley disciplinaria o en decantaciones (parciales o totales) de esos derechos que imperan sobre el excedente normativo o normas ordinarias[2], como se concibe en la doctrina nacional[3], no expresan algunos de ellos una naturaleza *fundamentadora*, como ocurre, por ejemplo, entre otros, con los mal denominados "principios" de la titularidad de la potestad; de la acción disciplinaria; del poder disciplinario preferente; del efecto general inmediato de las normas procesales (inexistente en la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[4] por derogatoria tácita de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[5]), de la gratuidad y de la especialidad, los cuales únicamente señalan reglas técnicas de competencia o reglas procedimentales, que jamás se podrán situar en el campo *fundamentador* ni mucho menos como referentes lógicos valorativos[6], para la

---

lores y principios constitucionales, pero su vinculación con éstos es más directa, más inmediata, se aprecia con mayor evidencia (...)".

2 Hernando Barreto Ardila en su obra *Principios y normas rectoras de la ley disciplinaria*, Editorial Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1999, página 17, con razón precisó: "Frecuentemente, la expresión 'principio' es usada indebidamente, con la única pretensión utilitaria de reforzar argumentativamente una expresión, pero no con el rigor lógico y hermenéutico que requiere, desnaturalizándose, a la vez que devaluándose, su real contenido comunicativo (...)".

3 Ver: *Principios y normas rectoras de la ley disciplinaria* de Hernando Barreto Ardila, Editorial Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1999; *Principios constitucionales y legales de la ley disciplinaria para las Fuerzas Militares de Colombia*" de Mejía Ossman, Jaime, Editorial Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2006 y *Principios y garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales* de Forero, José Rory", Editorial Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2003.

4 Código Disciplinario Único.

5 Código General Disciplinario.

6 En la Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, con ponencia de Rodrigo Escobar Gil, se dijo:

"Precisamente en sentencia T-406 de 1992, se manifestó que:

'Los principios (...), consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional. (...) Su alcance normativo no consiste en la enunciación de ideales que deben guiar los destinos institucionales y sociales con el objeto de que algún día se llegue a ellos; su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base [deontológico]-jurídica sin la cual cambiaría la naturaleza misma de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y su razón de ser. Los principios expresan normas jurídica para el presente; son el inicio del nuevo orden' (M.P. Ciro Angarita Barón). *(subrayado por fuera del texto original).*(...)

Con acierto, la doctrina ha sostenido que:

'[Los principios constituyen los] soportes estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que por ello prestan todo su sentido. Son <<generales>> por lo mismo, porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y, a la vez, porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares que pudieran expresar la exigencia de una supuesta <<justicia de caso concreto>> (...) Son los principios institucionales los que organizan las distintas normas reguladoras disponibles para el régimen de la institución, los que dan a las mismas todo su sentido y alcance, y a la vez, los que precisan, según una lógica propia, la articulación de todas ellas, así como la solución procedente en caso de insuficiencia de alguna de ellas o de laguna. Los principios institucionales son principios generales del Derecho porque trascienden a las normas concretas y porque en ellos se expresa siempre necesariamente un orden de valores de justicia material; son así, a la vez, nódulos de condensación de valores ético-sociales y centros de organización del régimen positivo de las instituciones y animadores de su funcionamiento' (García de Enterría. Eduardo Fernández. Tomás-Ramón. *"Curso de derecho administrativo"*. Tomo I. Octava Edición. Editorial Civitas. Madrid. Págs. 74 y 75).

Los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas; y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora

coherencia material, de la conducta de la persona humana dentro del *Estado social y democrático de derecho*[7].

Es de gran trascendencia advertir que dentro del "principio del debido proceso", desarrollado en el artículo 29 de la *Constitución Política*, emergen *varios principios* que por mandato de esa misma disposición *se aplican a toda clase*, no solo de actuaciones judiciales sino administrativas, lo cual *permite asignarles el mismo tratamiento* en el campo penal como en el disciplinario, o en términos más concretos en el derecho punitivo o sancionador del Estado.

Lo anterior para repetir y volver a señalar, de manera muy abierta y precisa, que en el *derecho disciplinario* el principio del "debido proceso" constitucional, como se expuso cuando se estudió el tema de las *relaciones especiales de sujeción, no puede ser objeto de* "matizaciones", "flexibilizaciones", "morigeraciones", "modulaciones", "minimizaciones", "limitaciones", ni mucho menos de *interpretación y aplicación con* "menor rigurosidad", "diferente intensidad" y "movilidad" que en materia penal[8]-[9], en la forma

---

del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico.

Se reconoce a los principios como fundamento, en la medida en que contribuyen a la organización deontológica de las distintas instituciones que dan soporte a la vida jurídica, esto es, fijan los criterios básicos o pilares estructurales de una determinada situación o relación social que goza de trascendencia o importancia para el derecho, como ocurre, por ejemplo, con los contratos, el matrimonio, la responsabilidad o el ejercicio del poder público en sus distintas expresiones. De donde resulta que, en cumplimiento de esta función, los principios se convierten en el punto cardinal que sirve de orientación para la aplicación de las innumerables reglas jurídicas que se apoyan sobre unos mismos valores que las explican, justifican y las dotan de sentido (Adicionalmente, se ha dicho en la doctrina que los principios jurídicos constituyen la base del ordenamiento jurídico porque suponen la existencia de "la parte permanente y eterna del derecho y también la cambiante y mutable que determina la evolución jurídica; son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación". González Pérez, Jesús. Ob. cit. Pág. 50).

En cuanto a su función como instrumento para la interpretación, esta Corporación ha dicho que los principios se convierten en guías hermenéuticas para descifrar el contenido normativo de las reglas jurídicas que al momento de su aplicación resulten oscuras, dudosas, imprecisas, indeterminadas o aun contradictorias en relación con otras normas de rango superior, incluyendo dentro de las mismas a los principios de naturaleza constitucional. (...)".

7 La Corte Constitucional en Sentencia C-104 del 11 de marzo de 1993 con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, de manera muy acertada dijo:

"Una disposición de derecho positivo colombiano, a partir de la definición de Estado social de derecho, es aplicable sólo cuando reúna dos requisitos: que formalmente haya sido expedida de manera regular y que materialmente sea conforme a los valores y principios fundamentales de la Constitución. El operador jurídico debe realizar este doble examen al momento de interpretar una norma vigente".

8 A no ser que la "ley del legislador" así lo determine.

9 En la Sentencia C-507 del 6 de julio de 2006. Demandante: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-6063, se dijo:

"(...) Al respecto, en Sentencia C-406 de 2004 se afirmó por ejemplo lo siguiente:

'Debido a las particularidades de cada una de las normatividades sancionadoras, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, el principio de legalidad consagrado en la Constitución adquiere matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. Es por ello, que la Corte ha considerado que el principio de legalidad es más riguroso en algunos campos, como en el derecho penal, pues en este no solo se afecta un derecho fundamental como el de la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, mientras que en otros derechos sancionadores, no solo no se afecta la libertad física sino que sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están

como lo ha venido pregonando quienes predican que las *relaciones especiales de sujeción* permiten la "graduación", en forma "automática", de los principios en el terreno disciplinario para que ellos sean *interpretados y aplicados* de manera más "flexible" que en el *derecho penal*, justificando, de un lado su *dogmática propia*[10] y de otro lado, su *autonomía e independencia*[11] de esta compleja rama del *derecho sancionatorio* o *punitivo* del *Estado*, con miras a frenar el marcado *garantismo* que ofrecen las normas del derecho criminal, pues esa desafortunada práctica, sin control y freno alguno, ha venido incidiendo en la afectación de los principios, derechos y garantías del destinatario de la ley disciplinaria, so pretexto del cumplimiento de la teoría de las *relaciones especiales de sujeción*, según lo normado en el artículo 6º de la *Ley de Leyes*[12], que como se ha venido postulando, en la forma como históricamente se vincularon a la ley en el *derecho alemán imperial*, no resultan coherentes y afines con el "Estado social y democrático de derecho" tal como lo concibió, para nuestra amada *Colombia*, la *Constitución Política de 1991*. De lo anotado en precedencia, resulta, entonces, que los principios incluidos en el mandato constitucional del *debido proceso*, deben identificarse cualquiera sea el régimen a que pertenezcan[13].

---

sometidas a una sujeción especial, y por lo tanto en estos casos, se hace necesaria una mayor flexibilidad, como sucede en el derecho disciplinario o en el administrativo sancionador' (Sentencia C-406 de 2004. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, A.V.: Álvaro Tafur Galvis, A.V.: Manuel José Cepeda Espinosa, S.P.V. Jaime Araújo Rentería).

No obstante, debe destacarse que la mayor flexibilidad con que se aplica el debido proceso en el ámbito disciplinario, no es absoluta, como lo ha puesto de presente igualmente esta Corporación *al señalar que:*

'(…) esa maleabilidad del principio de legalidad no puede ser ilimitada de forma que conduzca a la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones. Entonces, cuando se advierta vaguedad, generalidad e indeterminación en la actuación del legislador, en la identificación de la conducta o en la sanción a imponer, de manera que no permitan establecer con certeza las consecuencias de una conducta, se viola el principio de legalidad'. (Sentencia C-853 de 2005. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. S.V.: Alfredo Beltrán Sierra. En el mismo sentido ver entre otras las sentencias C-343/06 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Jaime Araújo Rentería). (…)". *(Las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

10 La que por su puesto se aparta de todo método para la aplicación segura y confiable de la ley.

11 Autonomía que no depende de las relaciones especiales de sujeción, sino de lo normado en el inciso 3º del artículo 2º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), al referir que "la acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta". (Las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto). Es decir que las relaciones especiales de sujeción no son las que hacen que el derecho disciplinario sea autónomo para poder diferenciarlo del derecho penal en la aplicación con matices, menor rigurosidad y flexibilidad de los principios constitucionales, sino que el derecho disciplinario es autónomo en la medida en que él se gobierna sólo y con independencia de cualquiera otra acción que pueda surgir de la comisión de la falta, en cuya autonomía no se pueden morigerar, modular y aplicar con menor intensidad los principios constitucionales, a no ser, como se ha repetido muchas veces, que la "ley del legislador" le imponga esos matices o limitaciones.

12 "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones".

13 En Sentencia C-712 del 5 de julio de 2001, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, se expresó:

"(…) La existencia de estatutos especiales no impide al legislador incluir en ellos normas que se identifican con las de estatutos de carácter general o remitirse a normas que regulen materias semejantes, por el contrario, si ellas sustentan su contenido la reiteración es pertinente. Los principios rectores del proceso disciplinario -debido proceso, principio de legalidad, principio de favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, etc.- deben necesariamente identificarse, cualquiera que sea el régimen al que se pertenezca, pues se han instituido para garantizar

A continuación y para efectos estrictamente *académicos*, se estudiarán los principios que *inequívocamente* servirán como fundamento en la *interpretación, aplicación* e *integración* de la *ley disciplinaria*, no sin antes explicarle al lector que algunos de los llamados "principios rectores" o "normas rectoras", no se analizarán en este capítulo por formar parte de temas muy concretos como la *potestad disciplinaria*[14] y la *acción disciplinaria*[15].

De los textos de la *Corte Constitucional*, que ya tuvimos la oportunidad de analizar, todos relacionados con la "menor rigurosidad", la matización, la "flexibilidad" o "modulación" del *debido proceso*, en la aplicación de los *principios rectores en el derecho disciplinario*, concluimos que en ellos se autoriza esa "menor rigurosidad", "matización", "flexibilidad" o "modulación", únicamente con relación a los "principios de tipicidad y legalidad", pues es justificable, como también se advirtió, que en esa *especie del derecho sancionatorio*, se admitan los *tipos en blanco o no autónomos*, habida cuenta que allí la *tipicidad*, por su complejidad, en la mayoría de los casos tendrá que obtenerse de la lectura de varias *normas de reenvío o complementarias*, sin que esa "menor rigurosidad", "matización", "flexibilidad" o "modulación" pueda impedir que *el comportamiento o la conducta sea determinable inequívocamente*, como también la sanción correspondiente, ya que la *Corte Constitucional* en una de esas *ratio decidendi* precisó que: "es la única manera de asegurar el derecho al debido proceso a que alude el artículo 29 Superior"[16].

Por tal motivo, los demás principios rectores, *distintos a los de tipicidad y legalidad*, no podrán ser objeto de "matizaciones", de "morigeraciones", de "modulaciones", de "flexibilizaciones" o de "minimizaciones" en contra del destinatario de la ley disciplinaria, pues esa determinaciones, además de vulnerar los derechos fundamentales de los implicados, investigados, disciplinados o sancionados, no le está atribuida a ninguna autoridad, así el Ministerio Público, en su momento, se hubiera excusado en la *Sentencia de Tutela T-1093 del 4 de noviembre de 2004* de Manuel José Cepeda Espinosa, que le permitía:

> "(...) impartir directrices generales de interpretación de las normas disciplinarias para que estas sean leídas y aplicadas en un mismo sentido por los distintos Procuradores Delegados. (...)".
>
> Pues esa autorización de la *Corte Constitucional* no debió extenderse a la afectación de principios constitucionales y legales, ni a la aplicación con "menor rigurosidad" o "flexibilidad" o "modulación" de *derechos fundamentales*, sino a la resolución de aspectos de naturaleza exclusivamente formal, instrumental, procesal o procedimental, pues se repite, según el artículo 29 de la Carta Política: "El debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas", y esta norma constitucional permite, en igualdad de condiciones, la posibilidad de aplicar sus valores allí contenidos, tanto al proceso penal como al proceso disciplinario[17]. Distinto sería forzar

al servidor público, objeto de investigación, el respeto de sus derechos constitucionales en el adelantamiento del proceso respectivo. (...)".

14 Allí se hizo alusión al principio de la "titularidad de la potestad disciplinaria".

15 Allí se desarrollaron los principios de "titularidad de la acción disciplinaria" y "poder disciplinario preferente".

16 Sentencia C-431 del 6 de mayo de 2004. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-4857.

17 En la Sentencia C-341 del 5 de agosto de 1996, con ponencia de Antonio Barrera Carbonell, se definió el proceso disciplinario, así: " (...) c. (...) es el conjunto de normas sustanciales y procesales

la *aplicación de los principios rectores del derecho penal al derecho disciplinario*, pues allí, necesariamente para poder hacerlo, habría que estudiar su coherencia y afinidad a su naturaleza, razón por la cual, con acierto, ha dicho la *Corte Constitucional* que se aplican *mutatis mutandi*, terminología que se ha empleado para darle un alcance equivocado, pues lo que la *Corte Constitucional* ha querido significar es que *existen principios rectores del derecho penal que son incompatibles con el derecho disciplinario* (Ej: Principio de oportunidad).

De la misma manera es necesario expresar, que las *relaciones especiales de sujeción*, que se toman como punto de partida para disminuir y afectar las *garantías fundamentales* de los destinatarios de la ley disciplinaria (recuérdese que en el pasado se admitía y ahora se sigue admitiendo en algunas oficinas de control disciplinario la *culpa por asunción*; respecto a la solicitud de nulidad sólo se permitía antes de la sentencia de primera instancia que era la definitiva y no la de segunda instancia; que la antijuridicidad se presentaba como formal y no material; que la decisión que rechazaba las nulidades en segunda instancia no era objeto de recurso alguno; que con la suscripción del acto que desataba el recurso de apelación se causaba su ejecutoria; que se podía decretar el desarchivo de la investigación en cualquier evento; que los alegatos de conclusión podían ser obviados en determinadas circunstancias; que las inhabilidades señaladas en el artículo 38, numeral 2º de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[18] se aplican a quienes hubieren sido sancionados con la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*[19]; que el defensor no podía hacer preguntas al investigado dentro de la versión libre, entre otros aspectos) no conllevan un motivo de orden constitucional para que los principios orientadores de la *Carta Política* y en especial el del debido proceso, se apliquen de manera "flexible" o con "modulación" o "menor rigurosidad" que en el derecho penal, pues el artículo 6º de la *Constitución Política*, ya trascrito, tampoco se refiere a *limitación alguna de derechos fundamentales de los servidores públicos*, ni le permite a ningún *juez disciplinario*[20] vulnerar la escala axiológica de las personas en virtud de una "potestad de autoprotección de la administración", sino que les asigna más responsabilidades de las que le corresponden a aquellas personas que están sometidas a unas *relaciones generales de sujeción*.

---

que aseguran la garantía constitucional del debido proceso y regulan el procedimiento a través del cual se deduce la correspondiente responsabilidad disciplinaria. [...]".

18 Segundo Código Disciplinario Único.

19 Primer Código Disciplinario Único.

20 Así lo vienen llamando las sentencias C.S.J. Sala Plena del 7 de marzo de 1985. Magistrado ponente Manuel Gaona Cruz; C-244 del 30 de mayo de 1996. Demandante Marcela Adriana Rodríguez Gómez. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1058 (citado en la Sentencia de tutela T-413 de 1992); C-429 del 2 de mayo de 2001. Demandante Jesús Emilio González Jaramillo. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. Expediente D-2941; T-412 del 22 de mayo de 2004. Demandante Sandra Mora Moncaleano. Magistrado sustanciador Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1266441; T-1093 del 4 de noviembre de 2004. Demandante Gerardo Ramón de los Ríos Chavarriaga y otros. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349; C-720 del 23 de agosto de 2006. Demandante Sandra Vargas Leaño. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5968 y C-987 del 29 de noviembre de 2006. Demandante Sandra Mónica Cardozo Rojas. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-6273; C-242 del 7 de abril de 2010. Demandante Diego Alberto Zuleta García. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. Expediente D-7852 y Conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios números C-041 del 18 de marzo de 2009 (María Leonor Rueda Rueda), C-115 (PAD-2449) del 25 de junio de 2009 (Juan Carlos Novoa Buendía).

José Rory Forero con razón anota:

> "El Derecho disciplinario, acorde con estas reflexiones[21], está llamado a mantener el punto medio o de equilibrio que debe existir entre la potestad y las garantías constitucionalizadas de los artículos 29 de nuestra Constitución y 24 y 25 de la Constitución española.
>
> En efecto, de una parte observamos que tanto el Estado español como el colombiano propugnan como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo, garantizando la adecuada marcha de la administración pública, para que sirva con objetividad los intereses generales y actúe de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho; imperativo este último, que entraña la imposición de unos correctivos disciplinarios a los que no se puede llegar sin el previo agotamiento de las fases de rigor dentro de un proceso o expediente disciplinario, revestido de plenas garantías constitucionales, para los funcionarios públicos que con su actuar irregular atenten contra tales postulados.
>
> El anterior planteamiento parte de una verdad insoslayable, cual es la obligación del *Estado social y democrático de derecho* de respetar de manera escrupulosa los derechos fundamentales del disciplinado, máxime que con la vinculación al proceso disciplinario y posterior materialización de las sanciones disciplinarias, el Estado entra legítimamente en la vida del funcionario inculpado y sancionado, limitando derechos como los que atañen al honor[22] y al trabajo.
>
> Ahora bien, tal intromisión no puede ser arbitraria, y es precisamente en ese límite con la legalidad donde emerge el procedimiento disciplinario con todas las garantías constitucionales que le sirven de fundamento, limitando el poder del Estado y buscando el punto de equilibrio entre la potestad y el deber señalados"[23].

De lo expresado se concluye que la "menor rigurosidad", las "morigeraciones", las "matizaciones", las "modulaciones", las "flexibilizaciones" o las "minimizaciones", que de los principios constitucionales demandan las más altas autoridades, algunos jefes de las oficinas de *Control Disciplinario Interno*, algunos militares con atribuciones disciplinarias y pocos doctrinantes, en el desarrollo de un proceso disciplinario, *no deben deducirse de todos los principios*, como ya tuve la oportunidad de probarlo, y que los mismos sí se pueden restringir[24], por mandato del "legislador" y *una vez quede en firme la sanción que*

---

21 Se refiere a las relaciones especiales de sujeción *(Principios y garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales)*. Editorial Ediciones Nueva jurídica, Bogotá 2003, página 85).

22 Según la STC 50/1983 (referencia jurisprudencial en España), de 14-6, recogida en Constitución española, (Editorial Colex, 1997, pág. 109), el derecho al honor "no constituye ni puede constituir obstáculo alguno para que, a través de expedientes administrativos o procesos judiciales seguidos con todas las garantías, se ponga en cuestión la conducta sospechosa de haber incurrido en ilicitud, pues el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en sus procedimientos, sino en la propia conducta, y ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos".

23 Forero, José Rory. *Principios y garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales*. Editorial Ediciones Nueva jurídica, Bogotá 2003, páginas 89 y 90.

24 Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

le corresponda, habida cuenta que su honra, prestigio, buen nombre y sus potenciales derechos a servirle al Estado se encuentran disminuidos, no como consecuencia de un procedimiento disciplinario, el que debe llevarse a cabo con la *rigurosidad* que los valores expresados en "principios"[25] en la *Carta Política* le brindan a la persona humana, por ser el fin del derecho y del *Estado* la protección de su dignidad, *sino en razón a que su deshonra, desprestigio, mala fama y sus inhabilidades para desarrollar una función pública, fueron producto de su propia conducta o de sus propios actos*. De la misma manera admitimos algunas *limitaciones* en la aplicación de algunos principios para evitar las dilaciones y la impunidad en los procesos disciplinarios, siempre y cuando ellas no afecten su núcleo esencial fundamentador, pero ello tendrá que manifestarlo, vuelve y se insiste, el *constituyente* o el *legislador*[26] y no los jefes de las ramas del poder público o de los órganos del Estado o "las autoridades disciplinarias" (como las llaman en el Código General Disciplinario) o los jueces disciplinarios o los doctrinantes, quienes tendrán que cumplir muy celosamente con el mandato Superior contenido en el artículo 29 C.P., tal como se hizo en las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019* —Código General Disciplinario[27]— (Modificado por la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), *734 del 5 de febrero de 2002* (Código Disciplinario Único) [28], *1015 del 7 de febrero de 2006* (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional)[29], *1828 del 23 de enero de 2017* (Código de Ética y Disciplinario del Congresista)[30],*1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar)[31] y *2196 del 18 de enero de 2022* (Estatuto Disciplinario Policial)[32] con la redacción del *principio del derecho a la defensa*, en donde se consagró un límite a la *defensa técnica*, dejándola como un "derecho" a voluntad del implicado, investigado, disciplinado o sancionado, tanto en la indagación previa o preliminar como en la apertura de la investigación; para la solicitud de pruebas y su contradicción; para la contestación del pliego de cargos; para la interposición de nulidades y recursos; para la presentación de los alegatos de con-

25 Sobre los cuales no se pueden hacer excepciones de ninguna clase, ya que los mismos son vinculantes, prevalentes y obligatorios. Gracias a su aplicación estricta, los principios garantizan los derechos fundamentales de los destinatarios de la ley disciplinaria y por tal razón, imperan sobre cualquier norma ordinaria que los niegue. Acertadamente Hernando Barreto Ardila en su obra citada, página 39, manifiesta: "Ha de recordarse, que la obligación axiológica tiene primacía sobre la obligación normativa, pues los valores no han de sustentarse en normas, en tanto que las normas siempre e indefectiblemente han de soportarse en valores que las llenan e integran su contenido; podemos reconocer y sentirnos obligados por valores no contenidos en normas, pero lo que al ser humano le resulta insoportable es obligarse frente a normas ausentes de valores que les den sentido".

26 Quien tendrá que someter la normatividad a la entidad axiológica que reclaman los principios, ya que los mismos lo limitan en su ejercicio de hacer las leyes, los cuales encuentran respaldo no sólo dentro del marco constitucional colombiano, sino en el terreno internacional como se deriva de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Declaración Francesa – aprobada en el año de 1794 por la Asamblea Nacional Francesa); de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (De la Organización de las Naciones Unidas); de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948; del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (aprobado por Ley 74 del 26 de diciembre de 1968); de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (aprobada por la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972); de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea.

27 Artículo 15 y 112 (2).

28 Artículos 17 y 92 (2).

29 Artículo 19.

30 Artículo 5º, literal g).

31 Artículo 50.

32 Artículo 13.

clusión y para la revocatoria directa contra los fallos, entre otras, en cuyas actividades procesales el destinatario de la ley disciplinaria podrá prescindir del nombramiento de un defensor para que lo represente técnicamente.

2. Principios rectores. Interpretación y aplicación[33]

1. Reconocimiento de la dignidad humana[34]

Reconocimiento de la dignidad humana. Incorporación en la Constitución Política y en la legislación disciplinaria. Ubicación y generalidades

En la *ley disciplinaria*, este principio fue inicialmente incorporado en los artículos 8º de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* (Código Disciplinario Único)[35]; 6º *Ley 836 del 16 de*

33 Los principios que hoy se presentan debidamente actualizados, 21 de los cuales fueron objeto de análisis en: Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único – Parte General – Aplicación legal, doctrinaria y jurisprudencial – Concordancias, comentarios, jurisprudencia, conceptos-*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Ed. 1ª. Santafé de Bogotá, 1999. Mejía Ossman, Jaime y Quiñones Ramos, Silvio San Martín. *Procedimiento disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2004; Mejía Ossman, Jaime *Principios constitucionales y legales de la ley disciplinaria para las Fuerzas Militares de Colombia"*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2006 y Mejía Ossman, Jaime Conferencia principios rectores del derecho sancionatorio o punitivo del Estado. Material de estudio de la Universidad Militar Nueva Granada. Especialización en Derecho Sancionatorio. Bogotá, 2010. Los principios adicionados por la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – Código General Disciplinario (modificada por la Ley 2094 del 29 de junio de 2021) que se aplican por "integración normativa" a las restantes codificaciones disciplinarias, como el Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 del 22 de enero de 2007), el Código de Ética y Disciplinario del Congresista (Ley 1828 del 23 de enero de 2017); el Código Disciplinario Militar (Ley 1862 del 4 de agosto de 2017) y el Estatuto Disciplinario Policial (Ley 2196 del 18 de enero de 2022), han sido objeto de análisis en Mejía Ossman, Jaime *Conferencia principios rectores del Código General Disciplinario y Código Disciplinario Único*. Material de estudio de las Universidad Libre de Colombia y de la Universidad Militar Nueva Granada de Bogotá en la Maestría en Derecho Disciplinario y en la Maestría en Derecho Administrativo, respectivamente; de la Universidad La Gran Colombia de las ciudades de Bogotá D.C y Armenia (Q)., Especializaciones en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, así como en sus Maestrías en Derecho y en Derecho Público. Bogotá y Armenia, años 2020 a 2023. También los *Principios rectores del Código General Disciplinario y del Código Disciplinario Único* han sido objeto de estudio en Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. Colección Leges Disciplinares N.º 1 Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas del Derecho Disciplinario". Editorial Ediciones Doctrina y Ley. (en prensa) Bogotá, 2023.

34 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar en su obra Principios Rectores de la Ley DIsciplinaria- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 1. Bogotá D.C., 2023, págs. 28 y 29, expresaron:

"En este panorama, la dignidad humana y su reconocimiento están contemplados en nuestra Carta Fundamental como la primera condición de existencia de nuestro Estado social de derecho, lo que implica que, como garantía, debera´estar presente en toda clase de actuación y frente a todos los destinatarios. Su especial significancia lo presenta como un repositorio de prerrogativas que le sirven de complemento, tales como la presunción de inocencia, igualdad, debido proceso, no autoincriminación, acceso a la justicia, lo que a su vez determina el marco o parámetro sobre el cual las autoridades disciplinarias deban desarrollar sus actuaciones".

35 El artículo 8. CDU. Reconocimiento de la dignidad humana señalaba: "Quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

julio de 2003 (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares)[36] y 15 de la *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006* (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional)[37], muy a pesar de que la Constitución Política de Colombia desde el año de 1991 lo había ubicado en su artículo 1º, con la siguiente redacción:

> "Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general" *(las negrillas fuera del texto*).

Con ocasión a las reformas aprobadas a las codificaciones disciplinarias en los años 2007, 2017, 2019 y 2022, este medular principio constitucional del reconocimiento fue ubicado en el artículo 1º de cada una de ellas, con el fin de guardar armonía con el texto constitucional[38], cuando anuncia:

> "Artículo 1º. Colombia *es* un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general" *(las negrillas fuera del texto)*.

Es así como el "reconocimiento de la dignidad humana" aparece encabezando las *Leyes 1123 del 22 de enero de 2007* (Código Disciplinario del Abogado)*, 1952 del 28 de enero de 2019 —Código General Disciplinario—* (Modificado por la Ley 2094 del 29 de junio de 2021)*, 1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar)[39] y *2196 del 18 de enero de 2022* (Estatuto Disciplinario Policial).

---

36 Artículo 6. RDFFMM. Reconocimiento de la dignidad humana narraba. "Todo miembro de las Fuerzas Militares a quien se le atribuya una falta disciplinaria tiene derecho a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

37 Artículo 15. RDPN. Reconocimiento de la dignidad humana indicaba. "Quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano".

38 En la segunda edición de esta obra, página 175, se hacía referencia a la "Ubicación numérica en las diferentes codificaciones disciplinarias" del principio del reconocimiento de la dignidad humana, en los siguientes términos:" No se entiende cómo este principio, que en la Constitución Política, el Código Penal y el Código de Procedimiento Penal encabeza el catálogo de valores, en los diferentes regímenes disciplinarios de quienes ejercen funciones públicas, se localice en disposiciones alejadas del primer lugar, pues se considera que el ser humano debe ser la figura central del universo constitucional y legal. Las codificaciones penales del 2000 y del 2004, son una demostración ejemplarizante para todos los instrumentos de naturaleza disciplinaria, que hicieron caso omiso de incluir en primera línea el reconocimiento de la dignidad humana, con la salvedad del Código Disciplinario del Abogado o Ley 1123 del 22 de enero de 2007, en donde aparece como el inicial principio de esa codificación. Y ello debe ser así dentro de la estructura jurídica del Estado, ya que la figura antropocéntrica de la Constitución Política es el hombre y con él consecuencialmente el respeto por su dignidad. Prueba de ello es que cuando se vulnera cualquiera otro de los principios rectores o normas rectoras señalados en el Código Disciplinario Único, en el Reglamente del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares o en el Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, se lesiona, automáticamente, el del reconocimiento de la dignidad humana".

39 Aunque aparece este principio en el artículo 42, no olvidemos que es el primer artículo del libro segundo relacionado con el Código Disciplinario Militar.

De acuerdo con lo señalado en las disposiciones que preceden, se advierte que tanto en la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* como en la *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*, se dirigen a **"quien intervenga en la actuación disciplinaria"**, conservando un *contenido mucho más amplio que el que se encontraba*

De la misma manera, hoy por hoy, todas las codificaciones existentes dirigen este principio a quienes intervengan en la actuación disciplinaria, como lo manifiesta el *Código General Disciplinario* y no a determinados sujetos procesales como en el pasado acontecía, pues el reconocimiento de la dignidad humana es fundamento inequívoco del Derecho Disciplinario.

Por las razones que anteceden, la doctrina ha sostenido insistentemente que:

> La "dignidad es ese valor intrínseco que posee toda persona por el hecho de ser humana. En este orden de ideas, es tan digno el delincuente, como el alto dignatario. La dificultad entonces no radica en ser dignos, sino en ser verdaderos seres humanos. Sólo comprendiendo nuestra propia humanidad podremos comprender el respeto a nuestra propia dignidad y la dignidad de los demás" (Navas de Rico, Beatriz Jeannethe. *Código Disciplinario Único concordado, compilación jurisprudencial y doctrinaria*. Editorial Renacimiento S.A., Central Artes Gráficas Ltda., pág., 36. Santa Fe de Bogotá, 1998.
>
> "La *Dignidad Humana* que ocupa un lugar de primer orden, es en verdad el principio fundante del Estado, que más que en derecho en sí mismo, es el presupuesto esencial de la consagración y efectividad del entero sistema de derechos y garantías contemplado en la Constitución" (Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 1992).
>
> La dignidad de la persona es la atribución del tratamiento merecido por todo ser humano, el otorgamiento de lo que le corresponde como justo y racional, lo debido a sus actuaciones naturales y a su condición de persona. No se trata pues de un mínimo garantizado, se trata de un valor absoluto de imposible tratamiento parcial o limitado". (Pabón Parra, Pedro Alfonso. *Comentarios al nuevo Código Penal Sustancial*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley, pág., 5. Bogotá, 2001).
>
> Finamente se destaca que: "Reconocer la dignidad humana es ubicar al hombre como máximo valor, por arriba de las cosas y de las instituciones, es darle el supremo valor de 'fin en sí mismo', y no convertirlo en valor de uso; la función de dignificar al hombre implica por parte del Estado su enaltecimiento, necesariamente no sólo no se deben oponer obstáculos a su desarrollo y elevamiento, sino que además toda la función del Estado se ha de encaminar a crear las condiciones materiales, económicas, sociales, culturales y espirituales indispensables para propiciar a todos por igual el desarrollo libre de la personalidad humana" (Gómez López, Jesús Orlando.

---

redactado en el artículo 7º de la Ley 200 del 28 de julio de 1995 (Primer Código Disciplinario Único), habida cuenta que *allí únicamente se refería a* **"los destinatarios de la ley disciplinaria"**, sin que se protegiera a los *testigos, quejosos* y *demás personas* que de una u otra manera les correspondía *intervenir* en el proceso disciplinario. Circunstancia que curiosamente en términos similares se repitió en la redacción contenida en el artículo 6º de la *Ley 836 del 16 de julio de 2003*, en donde al parecer el principio solamente protegía a **"todo miembro de las Fuerzas Militares a quien se le atribuya una falta disciplinaria"**. Por fortuna, el artículo 13 de la *Ley 836 del 16 de julio 12 2003*, al señalar que "en la interpretación y aplicación de este reglamento prevalecerán los principios rectores que determinan… la Ley 734 de 2002 (…)", este principio se tenía que asimilar al mandato contenido en el artículo 8º del *Código Disciplinario Único* y por ende **se aplicaba en esa época a "quien intervenga en la actuación disciplinaria" y de esta manera quedaban contemplados los testigos, quejosos y demás personas que de una u otra manera intervenían en el trámite disciplinario**.

"Tratado de Derecho Penal – Parte General -. Tomo I. Editorial Ediciones Doctrina y Ley, págs., 547 a 549. Bogotá, 2001).

Reconocimiento de la dignidad humana y su protección a través de otros principios

El principio que estudiamos, se encuentra protegido a través de otros principios como el principio de *culpabilidad,* el del *debido proceso,* el del *derecho a la defensa,* el de *legalidad,* el de la *tipicidad,* el de *ilicitud sustancial,* el de la *igualdad,* el de la *favorabilidad,* el de la *investigación integral,* el de *congruencia,* el de la *cláusula de exclusión*[40]*,* el de la *presunción de inocencia,* el del *in dubio pro reo,* el de *cosa juzgada,* el de *celeridad,* el de *proporcionalidad,* el de *motivación,* el de *interpretación de la ley disciplinaria,* los cuales lo concretizan y destacan de manera clara y profunda.

En la *Constitución de 1886* no se encontraba el *reconocimiento de la dignidad* humana plasmado como principio. Hoy en la *Constitución Política de 1991* tiene el alcance de un *principio fundamental* que se extiende a todo *proceso sancionatorio o punitivo del Estado*; que concuerda y confluye con un tratamiento basado en *el debido proceso,* en el *derecho de defensa* y en una investigación libre de *torturas, vejámenes, violencia física o moral o de abusos en contra del investigado o disciplinado,* manteniendo *ilesos* todos sus derechos y libertades. La *dignidad humana* desde el punto de vista jurídico–normativo no es un concepto etéreo, abstracto, sino que la misma se cristaliza en el *respeto* práctico de *todos los derechos y libertades* consagrados como fundamentales en la *Carta Constitucional,* en la forma como ya lo habíamos expresado. Es decir, el principio de reconocimiento de la dignidad humana, no se concibe sin el respeto de los demás derechos fundamentales y principios a él otorgados por la Constitución Política, las leyes y los tratados internacionales. Este principio rector protege, además, *todos los valores de rango moral y espiritual del investigado,* como respuesta a la exigencia de la actual *Carta Fundamental.*

Reconocimiento de la dignidad humana. Es un principio de principios

El *reconocimiento de la dignidad humana* es, pues, un *principio de principios,* al punto que el *derecho Internacional* lo consagra como "*ius humanitas",* habida cuenta que el ser humano no puede ser sometido a *humillaciones,* a falta de *consideración* o a *ofensas* contra su amor propio, toda vez que tiene derecho a que se le trate con el *respeto* que corresponde a la *dignidad de ser humano.*

En la práctica se conocen casos de *violación* a este principio por parte de las autoridades disciplinarias, cuando los sujetos disciplinables, sus defensores o quienes intervienen en la actuación disciplinaria, son atendidos con *displicencia, desagrado, parcialidad, desdén, agresiones verbales, discriminación,* etc., situación que conlleva a dejar *constancias* que pongan de manifiesto dichas acciones, con el fin de buscar que se *separe del conocimiento* a quien así actúa, pues además de surgir en el instructor un *ánimo nocivo para el trámite procesal,* se configura una *causal de impedimento* (enemistad grave), para continuar al *mando* de la investigación disciplinaria, amén que la *Procuraduría General de la Nación,* en ejercicio del *poder disciplinario preferente, asuma el conocimiento de la investigación hasta su terminación,* con miras a garantizar su *imparcialidad* y un *debido proceso.*

40 Los principios de la investigación integral, el de congruencia y el de la cláusula de exclusión, constituyen un valioso aporte de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 al Derecho Disciplinario.

Por lo anterior decimos, con gran atino y sin vacilación, que el hecho de iniciarse una *indagación previa o preliminar o una investigación disciplinaria* a un *destinatario de la ley disciplinaria*, ello no faculta a ninguna autoridad para que pueda *afectarlo* en sus *derechos fundamentales*, salvo la aplicación en su contra de las *restricciones connaturales a dicha calidad*; de esta forma la *Ley de Leyes* prohíbe todo *trato arbitrario* por parte de la autoridad disciplinaria, disciplinador, investigador o comisionado que afecte los *derechos, la dignidad del investigado*, o los *intereses, objetos* o *bienes jurídicamente tutelados* que le pertenecen, tales como la *vida*, el *honor*, la *libertad*, la *integridad personal*. Hoy con las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario) y *734 del 5 de febrero de 2002* (Código Disciplinario Único) este principio se extiende a "quien intervenga en la actuación disciplinaria" y no solamente "a quienes se atribuya una falta disciplinaria" como lo establecía la *Ley 200 del 28 de julio de 1995* (primer Código Disciplinario Único) *o* como lo anunciaba el artículo 6º de la *Ley 836 del 16 de julio de 2003*[41] al expresar que "todo miembro de las Fuerzas Militares a quien se le atribuya una falta disciplinaria tiene derecho a ser tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano", ya que las nuevas *Codificaciones Disciplinarias* permiten un *trato respetuoso y digno* no solo "a quienes se atribuya una falta disciplinaria" sino *a* «todas las personas» que contribuyan al desarrollo del *proceso disciplinario*.

Finalmente precisamos que la idea de *dignidad humana* no solamente tiene que ver con *otros principios fundamentales constitucionales*, como ya lo hemos anotado, sino que también incumbe a la protección del *debido proceso*, el cual "solo tiene sentido en el reconocimiento del implicado como un ser digno, como un interlocutor libre, es allí, donde se arraiga su posibilidad de controvertir, de defenderse, aun la idea de la igualdad, como está concebida en el *Código General Disciplinario* y en las restantes codificaciones de esta naturaleza; finalmente no es sino eso, una cristalización de la dignidad en la medida en que es en la dignidad y en la libertad donde se predica la igualdad: somos iguales en cuanto dignos y en cuanto libres[42].

Alcance de la protección constitucional de la dignidad humana. Reiteración de jurisprudencia

La *Corte Constitucional*, mediante *Sentencia C-038 del 24 de febrero de 2021* con ponencia de Cristina Pardo Schelesinger, expediente D-13752[43], con relación al alcance constitucional del principio del *reconocimiento de la dignidad humana*, concretó su jurisprudencia, en los siguientes términos:

> "(…)
>
> iv) Alcance de la protección constitucional de la dignidad humana. Reiteración de jurisprudencia
>
> 101. Se conoce que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1º de la Carta Política, la dignidad humana representa uno de los ejes fundamentales del Estado constitucional, democrático, pluralista y social de derecho. Reza la disposición:

41 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, hoy derogado por el Código Disciplinario Militar o Ley 1862 del 4 de agosto de 2017, en donde se identificó dentro del proceso disciplinario el respeto por la dignidad humana con todos sus intervinientes.

42 Orozco Abad, Iván y otros. Comentarios al Código Disciplinario Único. Editorial Biblioteca Jurídica Diké. Ed. 1ª, pág. 49. Medellín 1996.

43 Con ocasión a la demanda presentada por Daniel Felipe Enríquez Cubides.

Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general" –*se destaca*–.

102. En desarrollo de la citada norma, esta Corporación ha precisado que la dignidad equivale al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal. 'Equivale, sin más, a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana'. Adicionalmente, la Corte ha hecho ver que el contenido de la dignidad humana se manifiesta doblemente. De una parte, desde el objeto concreto de protección y, de otra, a partir de su funcionalidad normativa.

103. Si se toma en consideración el aspecto relacionado con el objeto específico de protección, la jurisprudencia constitucional ha distinguido tres criterios: i) '[l]a dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera)'; ii) '[l]a dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien)' y iii) 'la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones)'.

104. Ahora, desde la perspectiva de la funcionalidad normativa de la expresión, la jurisprudencia constitucional ha identificado asimismo tres criterios: i) '[l]a dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor'; ii) '[l]a dignidad humana entendida como principio constitucional' y iii) '[l]a dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo'.

105. Esta Corporación también ha reiterado que la dignidad humana se erige como un derecho fundamental de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado. Por tanto, se traduce en i) 'el merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal'; y ii) 'la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana'.106. En relación con el derecho a que se asegure la protección de la dignidad humana de las mujeres ha enfatizado la Corte, asimismo, que[e]l respeto por la dignidad humana exige reconocer en las mujeres igual dignidad a la que durante mucho tiempo sólo se reconoció en los hombres. Requiere que las mujeres sean tratadas con el mismo respeto y consideración con que son tratados los varones. Lo anterior no como resultado de un acto de liberalidad o condescendencia, sino porque las mujeres por sí mismas son reconocidas como personas y ciudadanas titulares de derechos cuya garantía está amparada en forma reforzada por lo ordenamientos jurídico interno e internacional.

107. En criterio de la jurisprudencia constitucional, el vínculo del derecho a la igualdad con la dignidad humana se expresa en dos dimensiones: una formal y otra sustancial. Mientras la primera busca asegurar'"la igualdad ante la ley y el deber de no discriminar (abstención), es decir, la prohibición de realizar tratamientos o de establecer ventajas injustificadas sobre un

grupo de la población', la segunda 'exige al Estado promover las condiciones necesarias para alcanzar una igualdad real y efectiva de aquellos grupos tradicionalmente marginados y discriminados'. De esta forma, los poderes públicos deben adoptar medidas que disminuyan o eliminen injusticias y a las cuales se les reconoce 'un designio compensatorio o reparador de previas desigualdades reales' que afectan profundamente el derecho a la dignidad humana.

(...)".

2. Prevalencia de los principios rectores e integración normativa (o aplicación de principios e integración normativa)

Principio de la prevalencia de los principios e integración normativa. Ubicación y generalidades

En la *Ley Disciplinaria*, este principio aparece desarrollado en los artículos 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[44], 21 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[45]; 20 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[46], 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[47], 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[48]; 64 y 134 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[49] *y 27 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[50], los cuales en su orden señalan:

> *Artículo 22. Ley 1952/2019. "Prevalencia de los principios rectores e integración normativa.* En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta ley, además de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en los códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, General del Proceso, Penal y de Procedimiento Penal en lo que no contravengan a la naturaleza del derecho disciplinario" *(las negrillas fuera del texto)*.
>
> (*Desaparece la remisión que la Ley 734/02 hacía al* ***Código de Procedimiento Civil y lo hace al Código General del Proceso, quien lo reemplazó.*** De acuerdo con el artículo 85 de este código, la naturaleza del derecho disciplinario es pública*).*
>
> Nos preguntamos a qué *naturaleza* se refiere la disposición, si precisamente esta codificación advierte que la ***naturaleza del derecho disciplinario es pública*** al igual que la contencioso administrativa, la penal y la de procedimiento penal, conforme al artículo 85[51].

44 Código General Disciplinario.

45 Código Disciplinario Único.

46 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

47 Código Disciplinario del Abogado.

48 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

49 Código Disciplinario Militar.

50 Estatuto Disciplinario Policial.

51 *Mejía Ossman, Jaime. Código General Disciplinario – Ley 1952 de enero 28 de 2019 y Ley 2094 del 29 de junio de 2021- Comparado, concordado, con jurisprudencia, doctrina y conceptos de la Procuraduría*

Artículo 21. Ley 734/2002. "Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos[52] y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario".

Artículo 20. Ley 1015/2006. "Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos[53] ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Disciplinario Único, Contencioso Administrativo, Penal, Penal Militar y de Procedimiento Civil, en lo que sea compatible con la naturaleza del derecho disciplinario".

Artículo 16. Ley 1123/2007. "Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta ley. En lo no previsto en este código se aplicarán los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y deontología de los abogados, y lo dispuesto en los Códigos Disciplinario Único, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario".

Artículo 5º. Ley 1828/2017. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:

(…)

m) *Aplicación de principios e integración normativa*. En la aplicación del régimen ético disciplinario de los Congresistas, prevalecerán los principios rectores contenidos en este Código y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000 y Código General del Proceso y la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, siempre que no se contravenga la naturaleza del presente ordenamiento".

Artículo 64. Ley 1862/2017. "*Aplicación de principios e integración normativa*. En la aplicación de este código prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario y lo dispuesto en los códigos contencioso Administrativo, Penal,

Auxiliar para Asuntos Disciplinarios (1995-2024). Cuarta Edición. Editorial Universidad La Gran Colombia. Bogotá D.C., 2024.

52 Lo subrayado fue demandado por María Soleyne Mantilla de Arroyave y la Corte Constitucional mediante Sentencia C-067 del 4 de febrero de 2003 lo declaró exequible, siendo Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-4111.

53 Lo subrayado en sentido similar aparecía en el artículo 21 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, lo cual fue demandado por María Soleyne Mantilla de Arroyave y la Corte Constitucional mediante Sentencia C-067 del 4 de febrero de 2003 lo declaró exequible, siendo Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-4111.

Penal Militar, de Procedimiento Penal, del Código General del Proceso y del Código General Disciplinario, en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario militar".

Artículo 134. Ley 1862/2017. "Principio de integración. En aquellas materias de procedimiento que no se hallen expresamente reguladas en este código, son aplicables las disposiciones procedimentales del Código Contencioso Administrativo, del Código Penal Militar, del Código de Procedimiento Penal, del Código General del Proceso y del Código General Disciplinario, cuando no sean contrarias a la naturaleza de la acción disciplinaria militar".

Artículo 27. Ley 2196/2022. "Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación e interpretación del estatuto disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta Ley y en la Constitución Política. En los aspectos no previstos se aplicarán en su orden los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, en observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; las disposiciones del Código General Disciplinario o norma que haga sus veces, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Código General del Proceso, el Código Penal, Código Penal Militar y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso disciplinario regulado en esta ley".De la lectura de los textos que preceden, se encuentran en ellos mucha similitud con el artículo 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[54], toda vez que en todas las *Codificaciones Disciplinarias* se dispone la aplicación de los principios contenidos en cada una de esas leyes y además los establecidos en la Constitución Política; todas las codificaciones remiten "en lo no previsto" a los tratados sobre derechos humanos o a convenios o instrumentos internacionales. La reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[55] se refiere además a los convenios internacionales de la OIT; lo mismo que la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[56], que además se refiere a los tratados sobre el Derecho Internacional Humanitario.

Todas las codificaciones disciplinarias, sin excepción, remiten al *Código General Disciplinario, en cuanto no contravengan la naturaleza del Derecho Disciplinario*.

Las Leyes *1952 del 28 de enero de 2019*[57], *734 del 5 de febrero de 2002*[58], *1015 del 7 de febrero de 2006*[59], *1862 del 4 de agosto de 2017*[60] y 2196 del 18 de enero de 2022[61], se remiten expresamente al *Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo*[62], lo que

54 Código General Disciplinario.

55 Código Disciplinario Único.

56 Código Disciplinario Militar.

57 Código General Disciplinario.

58 Código Disciplinario Único.

59 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

60 Código Disciplinario Militar.

61 Estatuto Disciplinario Policial.

62 En el artículo 3º de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, se concluye que: "las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso", circunstancia que de manera expresa no estaba contemplada en el Decreto 01 del 2 de enero de 1984 o antiguo Código Contencioso Administrativo. De la misma manera en su numeral 1º se destaca:

no sucede con las Leyes *1123 del 22 de enero de 2007*[63] y *1828 del 23 de enero de 2017*[64], pero ellas de todas maneras al remitirse al *Código General Disciplinario*, satisfacen la aplicación de esa codificación.

Todas las codificaciones disciplinarias, sin excepción, remiten al *Código General del Proceso*, aunque en las Leyes *734 del 5 de febrero de 2002*[65], *1015 del 7 de febrero de 2006*[66], y *1123 del 22 de enero de 2007*[67], se refieren al *Código de Procedimiento Civil*, el cual es el mismo *Código General del Proceso*.

La mayoría de las codificaciones disciplinarias, remiten a las *Codificaciones Penal y de Procedimiento Penal*, salvo las Leyes *1015 del 7 de febrero de 2006*[68], *1862 del 4 de agosto de 2017*[69] y *2196 del 18 de enero de 2022*[70] que se remiten a los *Códigos Penal y Penal Militar*; la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[71] se remite únicamente a los *Códigos de Procedimiento Penal*.

En conclusión, todas las *Codificaciones Disciplinarias* tienen que ser complementadas con los *principios* contenidos en la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[72] y con las remisiones a que alude cada una de ellas.

Principios rectores e interpretación sistemática

El *servidor público* competente para investigar, tiene el *deber de interpretar sistemáticamente* las normas que forman parte de la *Ley Disciplinaria*, dando prelación a los *principios rectores o a las normas rectoras, según el régimen disciplinario,* pues de ellos parte la exigencia interpretativa, toda vez que las normas ordinarias previstas en cualquiera de las *Codificaciones Disciplinarias* no son más que el desarrollo de los citados principios.

La interpretación y aplicación de la *Ley Disciplinaria*, debe entonces regirse por parámetros *lógicos y objetivos* sin que jamás se oponga a los valores y derechos consagrados positivamente, pues los *objetos* o *intereses jurídicos* son protegidos y garantizados por el *procedimiento disciplinario* de manera cierta e indiscutible a través de los *principios rectores*.

"En virtud 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 ídem". Aspectos jurídicos de gran trascendencia en el campo disciplinario, pues ponen en tela de discusión hasta dónde pueden ser admisibles los numerus apertus, sin que los mismos contravengan el mandato aquí contenido, tema que se desarrollará cuando nos ocupemos del principio de legalidad.

63 Código Disciplinario del Abogado.

64 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

65 Código Disciplinario Único.

66 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

67 Código Disciplinario del Abogado.

68 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

69 Código Disciplinario Militar.

70 Estatuto Disciplinario Policial.

71 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

72 Código General Disciplinario.

Lo que sí debe hacerse siempre que se quiera jerarquizar los *principios rectores,* es empezar por el relacionado con el "reconocimiento de la dignidad humana" y luego con el "aplicación de principios e integración normativa o el de "prevalencia de los principios rectores"[73], que sería la mejor manera para que se subordinaran los restantes *disposiciones* que integran los *principios o normas rectoras* de cada una de las codificaciones disciplinarias.

Principios rectores y aplicación analógica en materia disciplinaria

Al permitir la *ley disciplinaria* la remisión a los *principios rectores del Código Penal*, es absolutamente claro que en *materia disciplinaria* se aplica el *inciso 3º del artículo 6º del Código Penal*, el cual únicamente permite la ***aplicación analógica en materias permisivas***. De lo anterior se concluye que en *materia disciplinaria no se puede aplicar analógicamente ninguna disposición legal*, salvo que la misma ***favorezca los intereses*** del *indagado, investigado, disciplinado o sancionado*.

Principios rectores y principio de tipicidad

El principio de *tipicidad* forma parte de los *principios rectores* de la *normatividad sustancial disciplinaria* como lo he venido sosteniendo desde 1990, año de redacción de mi primera obra jurídica y con mayor razón ahora con la redacción que del *principio de legalidad*[74] ha realizado el legislador en el artículo 4º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[75] al precisar que "la labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad", lo que implica que la autoridad disciplinaria tiene la *obligación de adecuar la conducta a la norma o normas que describen el comportamiento de manera clara, expresa e inequívoca* como lo exige el derecho penal, muy a pesar que la doctrina y la jurisprudencia en este campo ha reconocido que la conducta no necesariamente, en principio, debe estar descrita de *manera inequívoca* para su *investigación y juzgamiento*; pero para satisfacer este principio, con vehemencia insistiremos que ella sí debe estar contemplada al menos de *manera genérica*, pero ***en todo caso*** habrá de ***completarse en forma clara, precisa e inequívoca*** como única manera de dar cabal cumplimiento al debido proceso constitucional. A propósito, el artículo 65 *idem*[76] tácitamente exige que para aplicar el *principio de subsidiariedad*, se debe aplicar muy a profundidad el *principio de tipicidad* y así poder deducir que la ***descripción típica de la Ley Penal*** *coincide con la conducta* ***que no pudo*** "adecuarse" ***a ninguna de las faltas***

---

73 Sin olvidarse que entre el principio de legalidad y el de favorabilidad, se prefiere este último muy a pesar de que no se relaciona con la exigencia jurídica de la ley preexistente al momento de su aplicación.

74 Expresa este principio que "los destinatarios de este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamiento que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización (…)" (lo subrayado y las negrillas fuera del texto).

Destacamos que para poder concluir **cuando un comportamiento está descrito como falta**, es necesario hacer el ejercicio de encuadramiento en una conducta en una norma. Ejercicio que debe hacerse utilizando la técnica de la "**tipicidad**".

75 Código General Disciplinario.

76 Esta disposición también es muy exacta al exigir que "cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas", (…) constituirá falta gravísima "realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo", debe entenderse como un mandato que debe ser solucionado con el correcto ejercicio de la aplicación del principio de "tipicidad".

descritas en la *Codificación Disciplinaria*, paso que tuvo que haberse surtido también con la rigurosa aplicación del principio de tipicidad de la falta.

Ignorar el *principio de tipicidad*, es quebrantar los *principios de dignidad humana*, *legalidad* y *debido proceso* contenidos en la *Constitución Política* y en las leyes aplicables al *régimen disciplinario*, precisamente por aplicación de este expreso mandato rector.

Principios rectores y principio de ilicitud o antijuridicidad sustancial

El principio de antijuridicidad señalado en el artículo 11 del Código Penal también complementa la ley disciplinaria, por así establecerlo el principio o norma rectora de la *"prevalencia de los principios rectores e integración normativa" o "aplicación de principios e integración normativa"* (artículos 22 y 21 de las Leyes 1952 del 28 de enero de 2019[77] y 734 del 5 de febrero de 2002[78]) y por reenvío de *los artículos 9º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 y 5º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 y de la disposición correspondiente de las demás Codificaciones Disciplinarias*, como lo vimos en precedencia[79] para impregnarlo de total claridad, lo cual implica que para que una conducta disciplinaria, previamente descrita en la ley, sea sancionable, *debe afectar efectivamente y sin justa causa, el objeto, interés o bien jurídico tutelado por la ley disciplinaria, es decir que necesariamente debe contrariar los fines, principios y funciones del Estado, de manera razonable y en forma tal que la administración pública se vea perjudicada por la conducta activa u omisiva del destinatario del régimen disciplinario al que pertenezca*[80]. Por ello se considera que cuando la conducta *no afecta de manera clara y evidente el referido bien, interés u objeto, no puede hablarse de comportamiento antijurídico o ilícito, pues el Estado no se sentiría afectado con la conducta de quien realizó el hecho, razón por la cual el principio de ilicitud o antijuridicidad sustancial no encuentra fundamentación jurídica, sino se lo acompaña en su definición por la precisión que la norma del artículo 11 del Código Penal le brinda al resolver el significado de los ingredientes normativos que trae los* artículos *9º* de la *Ley 1952 del 28 de enero de*

77 Código General Disciplinario.

78 Código Disciplinario Único.

79 Como lo son los artículos 20 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Reglamento del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), 16 de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 (Código Disciplinario del Abogado), 5º (m) de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista); 64 y 134 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar) y 27 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial).

80 No podemos olvidar que la Cámara de Representantes en sus discusiones académicas introdujo al artículo 9º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 un segundo inciso, en los siguientes términos: "habrá afectación sustancial del deber cuando se contraríen los principios de la función pública" (Artículos 209 y 2 de a C.P.). Inciso que desapareció con la expedición del artículo 2º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021. Por fortuna el artículo 5º de la misma Ley 1952, que no fue reformado, nos recuerda que los fines de la sanción disciplinaria, son precisamente los de garantizar 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, que son precisamente los que se exigen afectar en el artículo 9º, sin justificación alguna, para el merecimiento de una sanción disciplinaria. Lo mismo predican los artículos 16 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), 14 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Reglamento del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), 11 de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 (Código Disciplinario del Abogado), 5 (m) de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista), 58 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar)y 24 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial).

2019[81], 5º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[82], 4º de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[83], 4º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[84] ,5 (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[85-86], 57 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[87] y 12 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[88], cuando se refieren a la palabra "ilicitud sustancial*" o "antijuridicidad" o "afectación sin justificación alguna", significados que no escapan a la* afectación efectiva, del *bien, objeto o interés jurídicamente tutelado o mejor dicho "*a los principios y fines del Estado", que son precisamente los mismos a que se refiere el artículo 5º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019 o* Código General Disciplinario para poder imponer la sanción disciplinaria, los cuales se encuentran establecidos en los artículos 209 y 2º de la *Constitución Política;* 3º de las *Leyes 489 del 29 de diciembre de 1998*[89] y *1437 del 18 de enero de 2011*[90]. Igualmente se encuentran positivizados en los artículos 23 la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[91], 22 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[92]; 20 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[93], 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[94], 5º (m*) de* la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[95]; 121 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[96] y 27 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[97].

Para que el lector pueda constatar lo expresado, es menester copiar los textos legales anunciados, en donde podrá concluir que para actuar de manera ilícita o antijurídica, es necesario y definitivo, ***contrariar o afectar en forma sustancial los principios y fines de la función pública***. Los artículos citados señalan:

> *Artículo 209. Constitución Política*: "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".

81 Código General Disciplinario.

82 Código Disciplinario Único.

83 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

84 Código Disciplinario del Abogado.

85 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

86 Por aplicarse los principios del Código General Disciplinario (o Ley 1952 del 28 de enero de 2019) al Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

87 Código Disciplinario Militar.

88 Estatuto Disciplinario Policial.

89 Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

90 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

91 Código General Disciplinario.

92 Código Disciplinario Único.

93 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

94 Código Disciplinario del Abogado.

95 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

96 Código Disciplinario Militar.

97 Estatuto Disciplinario Policial.

Artículo 2º. Constitución Política. "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".

Artículo 3º. Ley 489/1998. Principios 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 públicos, 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 legalidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios, garantizando en todo momento que prime el interés colectivo sobre el particular *(las negrillas fuera del texto)*[98].

Artículo 3º. Ley 1437/2011. Principios. 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.*(...)" *(las negrillas fuera del texto).*

98 Como lo ordena la disposición, la autoridad disciplinaria tiene la obligación de tener en cuenta los principios de la función administrativa en el momento de juzgar la legalidad de la conducta de los destinatarios de la Ley Disciplinaria y ello es precisamente lo que no se hace en muchas Oficinas de Control Disciplinario Interno, con lo cual se obvia valorar "la sustancialidad del comportamiento", que es la esencia para determinar si se afectaron o no los principios que contrarían el deber funcional y para calificar la ilicitud o licitud del comportamiento del destinatario de la Ley Disciplinaria.

Artículo 23. Ley 1952/2019. Garantía de la función pública. "Con el fin de salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, el sujeto disciplinable ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y acatará el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes".

Artículo 22. Ley 734/2002. Garantía de la función pública. "Con el fin de salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y acatará el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes".

Artículo 20. Ley 1015/2006. "Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicarán los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los Códigos Disciplinario Único, Contencioso Administrativo, Penal, Penal Militar, Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, en lo que sea compatible con la naturaleza del derecho disciplinario".

Artículo 16. Ley 1123/2007. "Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta ley. En lo no previsto en este código se aplicarán los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y deontología de los abogados, y lo dispuesto en los Códigos Disciplinario Único, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario".

Artículo 5º. Ley 1828/2017. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:

(...)

m) Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen ético disciplinario de los Congresistas, prevalecerán los principios rectores contenidos en este Código y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000 y Código General del Proceso y la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, siempre que no se contravenga la naturaleza del presente ordenamiento".

Artículo 121. Ley 1862/2017. "(...) La actuación disciplinaria se desarrollará de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política siguiendo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción".

> *Artículo 27. Ley 2196/2022. Aplicación de principios e integración normativa.* "En la aplicación e interpretación del estatuto disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta Ley y en la Constitución Política.En los aspectos no previstos se aplicarán en su orden los instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, en observancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos; las disposiciones del Código General Disciplinario o norma que haga sus veces, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Código General del Proceso, el Código Penal, Código Penal Militar y el Código de Procedimiento Penal, en cuanto sean compatibles con la naturaleza del proceso disciplinario regulado en esta ley".Este tema será objeto de estudio cuando se analice la teoría de la falta en capítulo posterior.

Principios rectores y extensión de las causales de ausencia de responsabilidad del Código Penal

Como quiera que en materia disciplinaria, *mutatis mutandi* y por *integración normativa* se aplican las normas del *Código Penal*, por así destacarlo el principio rector y la jurisprudencia nacional, ello permite que se apliquen las normas relativas a la *antijuridicidad* y a la *culpabilidad*, razón por la cual proceden sus *causales de ausencia de responsabilidad* contenidas en el artículo 32 del *Código Penal* que no estén contenidas en los artículos 31 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[99], 28 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[100]; 41 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[101], 22 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[102], 18 de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[103], 86 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[104] y el 52 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[105]. Esta extensión de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria se notaba con gran especialidad en el artículo 68 de la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003*[106] donde se expresaba que eran las previstas en el *Código Penal Militar* y las de ausencia de responsabilidad del artículo 32 del *Código Penal*.

En efecto, además de las causales de *exclusión de responsabilidad disciplinaria* señaladas en las diferentes *Codificaciones Disciplinarias*, se aplican las siguientes: en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público; por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión; por la necesidad de rechazar a un extraño que indebidamente intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas y por consentimiento del sujeto pasivo en lo que pueda válidamente consentir, siempre y cuando dichas causales se concreten en el desarrollo de la conducta de quienes ostentan esa condición de destinatarios de la ley disciplinaria.

---

99 Código General Disciplinario.

100 Código Disciplinario Único.

101 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

102 Código Disciplinario del Abogado.

103 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

104 Código Disciplinario Militar.

105 Estatuto Disciplinario Policial.

106 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

Principios rectores y aplicación de la teoría de la conducta punible del artículo 9° del Código Penal

Por permitirlo los artículos 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[107], 21 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[108], 20 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[109], 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero del 2007*[110], 5 (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[111], 61 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[112] y 27 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[113] y siguiendo las pautas trazadas por el principio o norma rectora allí contenido, en esas materias disciplinarias, se aplica el *artículo 9º del Código Penal* el cual determina que para que una conducta sea *punible* se requiere que sea *típica, antijurídica y culpable*. Por consiguiente, para que una conducta sea *sancionable* en la investigación *disciplinaria*, la misma debe estar descrita en la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019 o en la respectiva codificación aplicable* (tipicidad–artículos 4º y 26 *ídem*[114]); debe *afectar efectivamente y sin justa causa, el bien* (objeto o interés) *jurídico tutelado por la ley disciplinaria* (ilicitud o antijuridicidad sustancial – artículo 9º[115]) y debe realizarse con *dolo o culpa* (culpabilidad – artículo 13[116]).

Principios rectores y antecedentes como aplicación del artículo 248 de la Constitución Política (recogido en el derogado artículo 7°, inciso 3° de la Ley 600 del 24 de julio de 2000 o Código de Procedimiento Penal)

En materia *disciplinaria*, como desarrollo de los artículos 29 y 248 de la Carta Política, también se aplica el *principio constitucional o rector* relacionado con los *antecedentes penales y contravencionales* de que trataba el *artículo 7º, inciso 3º* del *Código de Procedimiento Penal*, el cual permite que para proteger el principio de *presunción de inocencia*, únicamente tengan la calidad de *antecedentes disciplinarios* las *sanciones* proferidas en *materia disciplinaria en forma definitiva*, es decir aquellas *sanciones* contra las cuales

107 Código General Disciplinario.

108 Código Disciplinario Único.

109 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

110 Código Disciplinario del Abogado.

111 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

112 Código Disciplinario Militar.

113 Estatuto Disciplinario Policial.

114 En la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), artículos 4º y 23º; en la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), artículos 3º y 37; en la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 (Código Disciplinario del Abogado), artículos 3º y 17; en la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista), artículos 5 (c) y 10; en la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar), artículos 44 y 74 y en la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial), artículos 7º y 48.

115 . En la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), artículo 5º; en la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), artículo 4º; en la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 (Código Disciplinario del Abogado), artículo 4º; en la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista), artículo 5 (m); en la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar), artículo 57 y en la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial), artículo 12.

116 . En la reemplaqzada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), artículo 13; en la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), artículo 11; en la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 (Código Disciplinario del Abogado), artículo 5º; en la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista), artículo 10 (p); en la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar), artículo 53 y en la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial), artículo 18.

no es posible solicitar ninguna reconsideración porque ya no es viable presentar recursos o la revocatoria directa o porque se presentaron y la autoridad competente ya los resolvió. La *Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión, en Sentencia T-444 del 17 de julio de 1992*, señaló:

> "(...) Y por 'antecedente' debe considerarse única y exclusivamente las condenas mediante sentencia judicial en firme al tenor del artículo 248 constitucional[117].
>
> *Esta regla se predica, entre otros efectos, para los certificados sobre conductas y antecedentes".*

Principios rectores y la reformatio in pejus (reformar para agravar)

La *Carta Política* en el *artículo 31*[118] contiene el principio de la *reformatio in pejus* para prohibirle al superior el *agravar* la pena impuesta al *condenado* cuando este sea *apelante único*. En materia disciplinaria, ocurre lo mismo, toda vez que los artículos135 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[119]; 116 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[120]; 58 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[121-122], 82 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[123], 5 (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[124-125], 132 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[126] y 82 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[127], todos, al unísono, prohíben a quien resuelva el recurso de *apelación* agravar la sanción disciplinaria cuando el sancionado sea apelante único.

En materia disciplinaria son pocas las oportunidades que la ley permite la interposición del *recurso de apelación* por persona diferente al *indagado, investigado o disciplinado*, como ocurre en el artículo 110 parágrafo 1º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[128], en el

---

117 El artículo 248 de la Constitución Política expresa: "Unicamente <sic> las condenas proferidas en sentencias judiciales en forma definitiva tienen la calidad de antecedentes penales y contravencionales en todos los órdenes legales" (negrillas fuera del texto).Y a pesar de que se informa de la aplicación "en todos los órdenes legales" (uno de ellos el administrativo), también se aplica no solo en "sentencias judiciales" sino como consecuencia de lo señalado en el artículo 29 idem en que se ordena que "el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas" y el "principio de presunción de inocencia", se aplica en materia disciplinaria también por ser un principio rector de una actuación administrativa.

118 El artículo 31 de la Constitución Política, señala: "Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único".

119 Código General Disciplinario.

120 Código Disciplinario Único.

121 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

122 Por aplicarse el procedimiento de la nueva ley al Régimen Disciplinario de la Policía Nacional (en caso de favorabilidad).

123 Código Disciplinario del Abogado.

124 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

125 Por aplicarse el procedimiento del Código General Disciplinario (o Ley 1952 del 28 de enero de 2019) al Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

126 Código Disciplinario Militar.

127 Estatuto Disciplinario Policial.

128 Código General Disciplinario.

artículo 90 parágrafo de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[129], en la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[130-131] y en la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[132-133] con el *archivo definitivo* y la *sentencia absolutoria*[134]. Efectivamente, en esas *Codificaciones Disciplinarias* se permite la interposición del *recurso de apelación* por parte del quejoso, a la luz de lo preceptuado en los artículos 110 (parágrafo 1º), 129 y 134 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[135] y 90 (parágrafo), 109 y 115 de la reemplazada *Ley 734 de febrero 5 de 2002*[136], pero no para *agravar la sanción impuesta por no existir,* sino para que el *superior* cambie la decisión tomada por una que corresponda a la realidad probatoria y la cual iría en contra de los intereses del disciplinado. En vigencia de la *Ley 836 del 16 de julio de 2003*[137] el *quejoso* no podía interponer el *recurso de apelación* contra las decisiones de *archivo* y el *fallo absolutorio*, toda vez que en esa ley disciplinaria no se autorizó la *comunicación* al *quejoso* y el consecuente permiso para la interposición del *recurso de apelación,* lo que le negaba a las autoridades disciplinarias militares el remitirse, en ese entonces, al *Código Disciplinario Único* en aplicación de los artículos 106 y 198 de la misma obra para regular esta medida procedimental, por impedirlo el *principio de favorabilidad* del investigado. A partir de la vigencia del Código Disciplinario Militar o *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*, solamente se autoriza la *revocatoria del fallo absolutorio y del archivo* en el parágrafo 1º del artículo 172, *"cuando se trate de faltas disciplinarias relacionadas con operaciones militares que afecten gravemente el Derecho Internacional Humanitario"*.

De esta forma y en lo que respecta a la *sanción,* siempre que se trate del *disciplinado* o de los *disciplinados*, el *apelante* será *único* por permitir la ley abrogarse *únicamente* esta facultad al *investigado* o a los *investigados* y por lo tanto el superior no podrá agravar o agravarles jamás la sanción impuesta, pues para todos los efectos legales se considerará como apelante único el disciplinado así sea uno o varios los que interpongan el recurso legal de apelación, tal como lo reclaman los artículos arriba citados para cada una de las *Codificaciones Disciplinarias*.

Sobre el tema de la *no reformatio in pejus*, la *Corte Constitucional* mediante *Sentencia T-233 del 25 de mayo de 1995*, con ponencia de José Gregorio Hernández Galindo, dijo:

---

129 Código Disciplinario Único.

130 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

131 Por aplicarse las disposiciones "procedimentales" del Código Disciplinario Único, "o normas que lo modifiquen adicionen", de conformidad con el artículo 58.

132 Estatuto Disciplinario Policial.

133 Por aplicarse la "norma procedimental disciplinaria vigente para los servidores públicos", de conformidad con el artículo 82.

134 Es muy difícil, por decir inusual, que a quien favorezca el archivo o el fallo absolutorio pueda hacer uso del recurso de apelación señalado en los artículos 134 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario), 115 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único) o 58 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006, (que permitía la aplicación del Código Disciplinario Único "o normas que lo modifiquen o adicionen al Régimen Disciplinario de la Policía Nacional) ó 82 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 – Estatuto Disciplinario Policial–(este último por exigir en el artículo 82 la "norma procedimental disciplinaria vigente para los servidores públicos".

135 Código General Disciplinario.

136 Código Disciplinario Único.

137 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

"(...) La reforma en perjuicio del apelante único. La Constitución ha consagrado, como uno de los elementos del debido proceso, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, tratándose de la materia punitiva (artículo 29 C.P.).

El artículo 31 ibídem señala que toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

Tales disposiciones encuentran su fundamento en la realidad insoslayable de que el juez llamado a interpretar y a aplicar la ley puede equivocarse en el caso concreto, ya por errónea interpretación de la normatividad pertinente, o por haber apreciado de manera incompleta o inadecuada el material probatorio.

Como tales posibilidades, en el evento de cristalizarse respecto de una determinada persona, implican que ésta deba soportar el peso de la sanción y las necesarias consecuencias en el campo de su buen nombre y prestigio, es indispensable, por razones de justicia, que el ordenamiento jurídico le otorgue la oportunidad de que un juez distinto del que conoció de su caso verifique de nuevo lo acontecido y dictamine si en realidad el condenado merecía el castigo con arreglo a la normatividad vigente en el momento de los hechos imputados.

Se trata de impedir, hasta donde sea posible, que se pueda perpetuar el fallo injusto o contrario a las normas constitucionales y legales.

En ese orden de ideas, la apelación de la sentencia condenatoria representa una garantía para el implicado.

Inherente al derecho de apelar la sentencia condenatoria, también hace parte del debido proceso el de que no se aumente o se agrave la pena en segunda instancia cuando el condenado es el único en apelar, dentro del respectivo proceso (artículo 31 C.P.).

Al respecto ha señalado esta Corte:

'Como una de las formas de asegurar el derecho que la persona tiene a su defensa, la Constitución Política establece que toda sentencia puede ser apelada o consultada, con las salvedades que la ley consagre. Esta primera parte de la disposición hace referencia a los fallos que se profieran en cualquier clase de procesos, pues no se entendería su aplicación exclusiva a una rama del derecho cuando respecto de todas ellas se explica y justifica que quien no se encuentre conforme con la decisión judicial tenga la oportunidad de acudir ante el superior a exponer los motivos de su discrepancia y a obtener que, en guarda de los principios de justicia y equidad que la Carta aspira a realizar, se modifiquen, aclaren o revoquen las determinaciones adoptadas si así resulta de una cabal y recta aplicación del ordenamiento jurídico al caso controvertido.

La norma plasmada en el segundo inciso del texto constitucional parte de la hipótesis en la cual ya existe una condena y, por lo tanto, de una situación en que la persona objeto de ella tiene mayor interés en la revocación o disminución de la pena impuesta, que el Estado en su agravación. Así pues, ejercido el derecho que corresponde al condenado según el principio de la doble instancia, es entendido que el objetivo del recurso consiste en que,

en caso de prosperar, conduzca a una definición de favor y no a una modificación de la sentencia en su perjuicio.

(…)

La norma constitucional habla de la 'pena impuesta', lo cual podría llevar al equivocado concepto de que la garantía sólo cubre el ámbito propio del Derecho Penal, pero esta idea resulta desvirtuada si se observa que el precepto superior considerado en su integridad hace referencia a 'toda sentencia', sin distinguir entre los diversos tipos de proceso. De tal modo que la prohibición de fallar en mayor perjuicio del apelante único cobija a toda clase de decisiones judiciales – salvo las excepciones que contemple la ley–e impide que el juez de segundo grado extienda su poder de decisión a aquellos aspectos de la sentencia apelada que no han sido materia de alzada por la otra o las otras partes dentro del proceso y que, de entrar a modificarse, darían lugar a unas consecuencias jurídicas más graves para el apelante de las que ya de por si ocasiona la sentencia objeto de recurso.

(…)

La libertad del juez para resolver sin este límite constitucional sobre la apelación interpuesta únicamente puede configurarse sobre la base de que también apele la otra parte en el proceso.

(…)

*Así, pues, la garantía reconocida por el artículo 31 de la Carta al apelante único tiene el sentido de dar a la apelación el carácter de medio de defensa del condenado y no el de propiciar una revisión 'per se' de lo ya resuelto. Así que, mientras la otra parte no apele, el apelante tiene derecho a que tan solo se examine la sentencia en aquello que le es desfavorable. Es ésta, por tanto, una competencia definida de antemano en su alcance por el propio constituyente'. (Cfr.*67 Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-055 del 18 de febrero de 1993).

Como resulta de lo dicho, la prohibición de reformar la condena en perjuicio del apelante único no solamente es aplicable en materia penal, ni tampoco está limitada a las sentencias judiciales, sino que, por el contrario, cobija otras ramas del Derecho y se hace exigible en las actuaciones administrativas y particularmente en las disciplinarias, las cuales – se repite – son de clara estirpe sancionatoria" (las negrillas fuera del texto).

De la misma manera la *Corte Constitucional* mediante *Sentencia C-012 del 23 de enero de 1997,* refiriéndose a la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*[138], con ponencia de Jorge Arango Mejía (q.e.p.d.), advirtió:

"(…) Quinta. Situación constitucional de los artículos 103, inciso 3º, y 158 del Código Disciplinario Único

El claro sentido de las normas en mención, esto es, permitir que por regla general se pueda agravar la pena impuesta al apelante único, excepto cuando haya una pluralidad de reclamaciones diferentes, afecta la prohibición

138 Primer Código Disciplinario Único.

constitucional de la reformatio in pejus, consagrada en el inciso final del artículo 31 de la Carta así:

'El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.'

Esta prohibición se desconoce si el superior, por regla general, está facultado para proceder frente al recurso del apelante único como si estuviera frente a las apelaciones de partes con intereses contrapuestos, pues, como es bien sabido, en estos últimos casos el ad quem sí puede volver a examinar toda la sentencia recurrida, sin limitarse sólo a los aspectos desfavorables al recurrente.

Sobre este particular, la Corte reitera la jurisprudencia que enseña que la prohibición de la reforma peyorativa opera también en materia disciplinaria. En este sentido, la Sentencia C-406 de 1995, magistrado ponente doctor Fabio Morón Díaz, dice: '... según la jurisprudencia de la Corte Constitucional, inclusive en caso de actuaciones administrativas de naturaleza disciplinaria, diferentes al régimen penal, en atención a los principios constitucionales que establecen el debido proceso en todas las actuaciones judiciales y administrativas, no es constitucionalmente válido que el superior pueda agravar la sanción impuesta por el inferior' (las negrillas fuera del texto).

Pues bien, en el presente caso surge la violación del artículo 31, inciso final, de la Constitución, porque los textos de los artículos 103, inciso 3º, y 158 del Código Disciplinario Único[139], disponen que, a pesar de existir un apelante único, el superior puede revisar íntegramente la sentencia de primer grado, excepto si se da el caso de varias apelaciones de diferentes disciplinados, cuyas finalidades sean distintas.

Este enfoque ya ha sido adoptado por la Corte en casos análogos.

Así, en la Sentencia C-055 de 1993, magistrado ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo, una parte del artículo 430 del Decreto 2550 de 1988 (Código Penal Militar) fue declarada inexequible. La norma decía que 'el recurso de apelación otorga competencia al superior para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada'. En esa oportunidad, la Corte declaró exequible la disposición, excepto las palabras 'sin limitación alguna', consideradas violatorias del artículo 31, inciso 2º, de la Constitución, argumentando que 'el artículo 430 del Código Penal Militar consagra la 'reformatio in pejus' cuando expresa que el recurso de apelación otorga competencia al superior para decidir 'sin limitación alguna' sobre la providencia impugnada, lo cual choca abiertamente con el mandato constitucional al que se acaba de aludir'.

Y en la citada Sentencia C-406 de 1995, la Sala Plena declaró la inexequibilidad del artículo 120 del Decreto 398 de 1994, 'por el cual se dicta el régimen disciplinario para el personal que presta sus servicios en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC', considerando que 'en lo que se refiere a la tacha de inconstitucionalidad formulada por el demandante y que se

139 Se refiere a la Ley 200 del 28 de junio de 1995. Primer Código Disciplinario Único.

dirige especialmente contra el artículo 120 acusado, que establece la plena competencia del superior para decidir sin limitación sobre la providencia impugnada, la Corte encuentra que es inexequible, por cuanto es contrario al principio de la no reformatio in pejus consagrado en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución Nacional'. El artículo decía: 'Facultades del superior. El recurso de apelación otorga competencia al funcionario de segunda instancia para decidir sin limitación alguna sobre la providencia impugnada'.

Sexta. Criterios conforme a los cuales se decidirá.

En primer lugar, la Corte es consciente de que el artículo 158[140] es perfectamente constitucional si no se aplica cuando media el interés de un apelante único, pues al haber apelaciones de contrapartes, como serían las interpuestas simultáneamente por la Procuraduría y el disciplinado, el superior sí está facultado para decidir sin tener en cuenta el principio de la no reformatio in pejus. Se optará, en consecuencia, por declarar su exequibilidad, siempre y cuando su interpretación y aplicación no afecte, en ningún caso, la prohibición de la reforma peyorativa al apelante único haya o no una pluralidad de disciplinados.

En segundo lugar, en cuanto al inciso 3º del artículo 103 ibídem, la defensa de la prohibición constitucional de la *reformatio in pejus, conducirá a la Corte a declarar la inexequibilidad de algunas de las palabras que lo componen —a saber, la palabra 'no' y la expresión ', excepto que el objeto de la apelación sea diferente'—, a fin de que su texto, como proposición jurídica completa, quede así:*

'En el proceso disciplinario el investigado es sujeto procesal, pero aun existiendo pluralidad de disciplinados habrá lugar a la figura del apelante único' *(las negrillas fuera del texto).*

Cabe anotar que en esta nueva redacción no se perciben aspectos violatorios de la Constitución".

Así mismo la *Corte Constitucional* mediante *Sentencia de unificación SU 071 del 24 de febrero de 2022,* con ponencia de Alberto Rojas Ríos, expresó:

"(...)

2.8. La garantía de la non reformatio in pejus. Reiteración de jurisprudencia

2.8.1 El artículo 31 de la Constitución Política establece que 'toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley', al tiempo que precribe que 'el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único'. De esta manera, el segundo inciso de este precepto constitucional estipuló la garantía constitucional de la non reformatio in pejus.

2.8.2. La non reformatio in pejus es un principio constitucional con carácter de derecho fundamental para el apelante único que impone un límite 'al ejercicio del poder punitivo del Estado', con el objeto de'permitir el libre

140 Se refiere a la Ley 200 del 28 de junio de 1995. Primer Código Disciplinario Único.

ejercicio de los recursos, sin que por el hecho de la impugnación se deriven efectos nocivos para el apelante único, respecto de las situaciones ventajosas reconocidas por el juez de primera instancia'. De acuerdo con la Corte Constitucional 'la garantía reconocida por el artículo 31 de la Carta al apelante único tiene el sentido de dar a la apelación el carácter de medio de defensa del condenado y no el de propiciar una revisión 'per se' de lo ya resuelto. Así que, mientras la otra parte no apele, el apelante tiene derecho a que tan solo se examine la sentencia en aquello que le es desfavorable. Es ésta, por tanto, una competencia definida de antemano en su alcance por el propio Constituyente.'

2.8.3. Sobre el particular, esta Corporación ha realizado las siguientes precisiones:

i) La garantía a la *non reformatio in pejus* no solo es aplicable en materia penal sino a otras ramas del derecho. En este sentido, la Corte dijo que 'la no "reformatio in pejus' un principio general de derecho y una garantía constitucional del debido proceso es aplicable a todas las actividades del Estado que implique el ejercicio de su poder sancionatorio. *Por ello, esta garantía tiene plena vigencia en las distintas jurisdicciones reconocidas por el ordenamiento jurídico —penal, civil, laboral, administrativo, constitucional—*, e incluso, en las actuaciones administrativas.

ii) Cuando el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución establece que '***el superior*** *no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único*', no se refiere a la garantía en la segunda instancia, sino ante el superior, lo cual incluye sin duda al tribunal de casación.iii) La figura del '*apelante único*' no se refiere al número de recurrentes de la decisión, sino a la naturaleza de las pretensiones en alzada. De esta manera, el operador judicial que conoce del recurso no podrá ejercer un control exhaustivo de la sentencia recurrida, sino que deberá ceñirse a lo contenido en el recurso.

2.8.4. De esta manera, en Sentencia C-055 de 1993 la Corte Constitucional expuso que 'la libertad del juez para resolver sin este límite constitucional sobre la apelación interpuesta únicamente puede configurarse sobre la base de que también apele la otra parte en el proceso. Como lo ha señalado esta Corte 'si hay adhesión en la apelación, o ambas partes apelan puntos distintos de la sentencia, el superior queda entonces en libertad para tomar la decisión que crea más ajustada a la ley'.

2.8.5. En esta línea, la Corte Constitucional ha sostenido que cuando exista tensión entre la no reformatio in pejus y el principio de legalidad se da prelación al primero sobre el segundo, pues no se puede desconocer que este último garantiza la certeza jurídica de la conducta reprochada, de la sanción y de la decisión judicial que impone una pena o absuelve al procesado. En este sentido, en Sentencia SU-1553 de 2000 se señaló lo siguiente:

"la protección del principio de legalidad que asume el superior al pretender corregir los errores del A quo no es posible si el juez no tiene competencia para ello. En efecto, en razón a que la función judicial es reglada, ella sólo puede ser ejercida por quienes la norma positiva les reconoce, no sólo jurisdicción sino competencia para ejercerla válidamente. Por lo tanto, si el superior 'adquiere competencia sólo

> *en función del recurso interpuesto por el procesado', no puede modificar para peor la sanción so pretexto de ejercer la función de control de legalidad.*
>
> En síntesis, la interpretación sistemática de la Carta permite concluir que la garantía constitucional que prohíbe la reformatio in pejus no admite excepciones cuando el condenado es apelante único, pues sólo así se garantiza la efectividad del artículo 31 de la Carta y del principio de certeza jurídica en el fallo.'
>
> 2.8.6. En conclusión, la garantía constitucional prevista en el inciso segundo del artículo 31 de la Constitución limita la competencia del juez superior al contenido y naturaleza de las pretensiones esbozadas en el recurso de alzada, de manera que éste no puede agravar 'la situación definida en la sentencia primera instancia, cuando se esté en presencia de 'un único interés o múltiples intereses no confrontados', esto es, de un 'apelante único'. Su desconocimiento constituiría una vía de hecho por violación directa a la Constitución que hace procedente la acción de tutela cuando no existan otros medios de defensa judicial judicial o, de existir estos sean ineficaces.
>
> (...)".

Principio rectores y lealtad. El principio rector de la lealtad, se encontraba relacionado en el artículo 17 de la *Ley 600 del 24 de julio de 2000, hoy referido en el artículo 12 de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004*[141], el cual se aplica en el régimen disciplinario por remisión de los artículos 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[142], 21 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[143]; 20 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[144], 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[145], 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[146]; 64 y 134 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[147]; y 27 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* y que obliga a "todos los que intervienen en la actuación", sin excepción alguna, a obrar "con absoluta lealtad y buena fe", hecho que se encuentra concordado con el artículo 78, numeral 1º de la *Ley 1564 del 12 de julio de 2012*[148], el cual señala:

> "Son deberes de las partes y sus apoderados: 1. Proceder con lealtad y buena fe en todos sus actos"[149].

141 Código de Procedimiento Penal.

142 Código General Disciplinario.

143 Código Disciplinario Único.

144 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

145 Código Disciplinario del Abogado.

146 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

147 Código Disciplinario Militar.

148 Código General del Proceso.

149 Piero Calamandrei, en su obra *Proceso y democracia*, pág. 159, citado por Arboleda Vallejo, Mario. *Código Penal y de Procedimiento Penal – anotado – conforme con las Leyes 1142 y 1153 de 2007*. Editorial Leyer. Vigésima segunda edición. Bogotá, agosto de 2007, pág 215, expresó:

> "El proceso debe constituir, en un régimen democrático, un coloquio civilizado entre personas situadas en el mismo nivel humano, siendo fácil comprender la importancia del abogado, o más bien de los abogados, interlocutores necesarios de este diálogo, en una regulación democrática de la justicia. El éxito del proceso, y, por tanto, la suerte de la justicia, está condicionado por el amigable y leal desenvolvimiento de este coloquio, por lo que de las buenas relaciones entre los jueces y los abogados, más que de la bondad de las leyes, depende el buen funcionamiento de la justicia".

El artículo 25 de la *Ley 906 del 31 de agosto de 2004*[150], redactado en términos similares al derogado artículo 23 de la *Ley 600 del 24 de julio de 2000,* establece que en aquellas materias que no estén *expresamente reguladas* en esa normatividad "o demás disposiciones complementarias", le serán aplicables las disposiciones de la *Ley 1564 del 12 de julio de 2012*[151] y las de *otros ordenamientos procesales*, cuando no se opongan a la *naturaleza* del *Derecho Penal*.

Consideramos que por la remisión que permiten los artículos 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[152], 21 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[153]; 20 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[154], 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[155], 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[156]; 64 y 134 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[157]; y 27 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[158], este principio rector de la *Ley 906 del 31 de agosto de 2004*[159] es aplicable en toda su extensión, razón por la cual siempre que alguna materia no se halle expresamente regulada en la ley disciplinaria, *debemos remitirnos a las disposiciones de la Ley 1564 del 12 de julio de 2012*[160] y las de otros ordenamientos procesales, con el fin de encontrar la solución al problema y no detener allí el trámite del *procedimiento disciplinario. Ejemplo de ello podría constituirlo los artículos 53 a 59 sobre partes, representantes y apoderados; los artículos 114 a 116 sobre copias, certificaciones y desgloses; los artículos 117 a 121 sobre términos; los artículos 122 a 126 sobre formación, examen, retiro, retención, pérdida, remisión y reconstrucción de expedientes; el artículo 145 sobre suspensión del proceso; los artículos 164 a 182 sobre régimen probatorio; los artículos 183 a 190 sobre pruebas extraprocesales los artículos 243 a 274 sobre documentos; y los artículos 289 a 301 sobre notificaciones.*

Este principio de la *Ley 906 del 31 de agosto de 2004*[161], aplicable a la *ley disciplinaria*, nace de la consagración normativa contenida en el *artículo 8º de la Ley 153 del 15 de agosto de 1887*[162], en el que se determina que:

> "Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho".

---

150 Código de Procedimiento Penal.

151 Código General del Proceso.

152 Código General Disciplinario.

153 Código Disciplinario Único.

154 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

155 Código Disciplinario del Abogado.

156 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

157 Código Disciplinario Militar.

158 Estatuto Disciplinario Policial.

159 Código de Procedimiento Penal.

160 Código General del Proceso.

161 Código de Procedimiento Penal.

162 La que cariñosamente llamo la Ley bisabuela. "**Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887".**

Sobre el particular, la *Corte Constitucional* en *Sentencia C-083 del 1º de marzo de 1995*, que declaró *exequible* el *artículo 8º de la Ley 153 del 15 de agosto de 1887*, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, expresó:

"(...) La analogía. Es la aplicación de la ley a situaciones no contempladas expresamente en ella, pero que sólo difieren de las que sí lo están en aspectos jurídicamente irrelevantes, es decir, ajenos a aquéllos que explican y fundamentan la ratio juris la razón de ser de la norma. La consagración positiva de la analogía halla su justificación en el principio de igualdad, base a la vez de la justicia, pues, en función de ésta, los seres y las situaciones iguales deben recibir un tratamiento igual. Discernir los aspectos relevantes de los irrelevantes implica, desde luego, un esfuerzo interpretativo que en nada difiere del que ordinariamente tiene que realizar el juez para determinar si un caso particular es o no subsumible en una norma de carácter general.

Aunque el razonamiento se cumple, en apariencia, de lo particular a lo particular, es inevitable la referencia previa a lo general, pues los casos análogos tienen en común, justamente, el dejarse reducir a la norma que los comprende a ambos, explícitamente a uno de ellos y de modo implícito al otro. En la analogía se brinda al juez un fundamento para crear derecho, pero ese fundamento se identifica con la ley misma que debe aplicar. El juez que apela al razonamiento per analogiam no hace, pues, otra cosa que decidir que, en una determinada situación, es el caso de aplicar la ley.

Por ende, la analogía no constituye una fuente autónoma, diferente de la legislación. El juez que acude a ella no hace nada distinto de atenerse al imperio de la ley. Su consagración en la disposición que se examina resulta, pues, a tono con el artículo 230 de la Constitución. (...)".

Omar Cabrera Polanco[163], al respecto, sostiene:

"(...) Tiene su fundamento el anterior precepto en el principio legal previsto en el art. 8º de la Ley 153 de 1887, mediante el cual se consagra que cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho. Y tiene que ser así porque, de un lado, el art. 48 del dispositivo legal en referencia prohíbe terminantemente a los jueces y magistrados y por analogía a los fiscales y demás funcionarios judiciales, guardar silencio o de algún modo omitir el pronunciamiento que de ellos se demanda, alegando oscuridad o insuficiencia en la ley y, de otro, porque sería inadmisible que los vacíos de legislación en una determinada materia no pudieran suplirse con otros mecanismos semejantes, siempre y cuando no se vulneren las garantías fundamentales de quienes intervienen en el proceso.

Pero debe aclararse que esta analogía en materia penal, tan común en otros procedimientos es apenas permitida en asuntos procesales, pues en lo que a cuestiones substantivas se refiere la ley penal es en sumo grado rigurosa al proscribir, salvo algunas excepciones, su aplicación analógica (art. 7º C. Penal)".

163 Cabrera Polanco, Omar. *Procedimiento Penal Aplicado*. Editorial Leyer. 1ª Ed. Bogotá, 1995, págs., 30 y 31.

Principios rectores y "prevalencia" de los mismos

En la forma como se concibe la redacción de los artículos 1º al 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – Código General Disciplinario-* (con las modificaciones pertinentes de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021); 1º al 21 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* (Código Disciplinario Único); 1º y 5º, literales a) hasta el ñ) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017* (Código de Ética y Disciplinario del Congresista); 42 a 64 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar); 1º al 21 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006* (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional) y 1º al 28 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* (Estatuto Disciplinario Policial), respectivamente, se concluye que las *normas rectoras son obligatorias y prevalecen sobre cualquier otra disposición* de cada una de esas normatividades y además, las "normas rectoras procedimentales penales", podrán ser utilizadas como *fundamento de aplicación y de interpretación de la ley disciplinaria*.

Es decir, los *principios rectores* tienen *prelación* sobre las *normas procedimentales* que sean incompatibles con ellas. Deben aplicarse en *todo momento de la actuación disciplinaria* con el fin de llevar a cabo la realización de los *principios del reconocimiento de la dignidad humana, del debido proceso constitucional y de la interpretación de la ley disciplinaria*.

Principios rectores de la ley disciplinaria y principios rectores de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011[164]

Todas las *Codificaciones disciplinarias*, por aplicación del principio de *"prevalencia de los principios rectores e integración normativa"* o por *"aplicación de principios e integración normativa"*, a las que nos hemos venido refiriendo, se remiten además de los principios relacionados en cada una de ellas, a los contenidos en el artículo 3º de la *Ley 1437 del 18 de enero de 2011* y que guardan relación con los *principios* del debido proceso, *igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad*.

De acuerdo con lo establecido en el *inciso 2º del numeral 1º del artículo 3º de la referida Ley 1437*, el *juez disciplinario*[165] deberá tener en cuenta que "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***", lo cual hace que algunas *teorías del pasado* que se impusieron para debilitar los *principios* propios del *derecho disciplinario*, hoy generen dudas acerca de su aplicación,

164 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

165 Así lo vienen llamando las Sentencias C.S.J. Sala Plena del 7 de marzo de 1985. Magistrado ponente Manuel Gaona Cruz; C-244 del 30 de mayo de 1996. Demandante Marcela Adriana Rodríguez Gómez. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1058 (citado en la Sentencia de tutela T-413 de 1992); C-429 del 2 de mayo de 2001. Demandante Jesús Emilio González Jaramillo. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. Expediente D-2941; T-412 del 22 de mayo de 2004. Demandante Sandra Mora Moncaleano. Magistrado sustanciador Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1266441; T-1093 del 4 de noviembre de 2004. Demandante Gerardo Ramón de los Ríos Chavarriaga y otros. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349; C-720 del 23 de agosto de 2006. Demandante Sandra Vargas Leaño. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5968 y C-987 del 29 de noviembre de 2006. Demandante Sandra Mónica Cardozo Rojas. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-6273; C-242 del 7 de abril de 2010. Demandante Diego Alberto Zuleta García. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. Expediente D-7852 y Conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios números C-041 del 18 de marzo de 2009 (María Leonor Rueda Rueda), C-115 (PAD-2449) del 25 de junio de 2009 (Juan Carlos Novoa Buendía),

por afectación indiscutible de la *dignidad humana*, del *debido proceso* y de la *igualdad* que debe reinar en el *derecho sancionatorio* o *punitivo del Estado*. Ejemplo de ello lo constituyen las teorías de las relaciones especiales de sujeción, los *numerus apertus*, la inescindibilidad de la tipicidad y la ilicitud sustancial o la presunción de dolo o la culpa por asunción.

Principios rectores de la ley disciplinaria y principios constitucionales

Siempre imperarán los *principios rectores de la Ley de Leyes* sobre cualesquiera otros. No compartimos la lamentable equivocación que tuvo el legislador al considerar en los artículos 21 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[166], 20 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[167], 5 (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[168], 64 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[169], 27 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[170], que los principios rectores de cada una de esas codificaciones estaban primero que los considerados en la *Constitución Política*. Por fortuna hoy en el artículo 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[171], el legislador enmendó su equivocación y puso a primar los principios rectores contenidos en la *Carta Política de 1991* sobre los de la *Ley Disciplinaria*, ley, esta última, que "prevalece" sobre las demás.

3. Legalidad [172]

Principio de legalidad. Ubicación y generalidades

Como principio rector de la *ley disciplinaria*, se encuentra redactado en los artículos 4º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[173], 4º de la derogada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[174]; 3º de la reemplazada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[175], 3º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[176], 5º (c) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[177]; 44 de la *Ley 1862*

166 Código Disciplinario Único.

167 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

168 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

169 Código Disciplinario Militar.

170 Estatuto Disciplinario Policial.

171 Código General Disciplinario.

172 La Corte Constitucional ha sostenido que el derecho administrativo sancionador se encuentra, al igual que el derecho penal, sujeto al principio constitucional de legalidad que, a su vez, se encuentra integrado por los principios de tipicidad y reserva de ley, los cuales constituyen pilares rectores del debido proceso, junto al principio de proporcionalidad (Corte Constitucional. Sentencias C-530 del 3 de julio de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett y C-406 del 4 de mayo de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández). Tomado de Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Principios Rectores de la Ley Disciplinaria*- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 1. Bogotá D.C., 2023, pág. 71.

173 Código General Disciplinario.

174 Código Disciplinario Único.

175 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

176 Código Disciplinario del Abogado.

177 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

del 4 de agosto de 2017[178]; y 7º de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[179]. El principio de legalidad deriva su contenido del *artículo 29, inciso 2º de la Constitución Política*, el cual concreta la *imposibilidad de juzgamiento* cuando el mismo no se lleve a cabo "conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa".

Las disposiciones que preceden señalan o advertían:

> *Artículo 4º. Ley 1952/2019*. "*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 4°. Ley 734/2002*. "*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".[180]
>
> "*Artículo 3°. Ley 1015/2006*. "*Legalidad.* El personal destinatario de esta ley, será investigado y sancionado por conductas que estén descritas como faltas disciplinarias en la ley vigente al momento de su realización".
>
> *Artículo 3°. Ley 1123/2007." Legalidad.* El abogado sólo será investigado y sancionado disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización y conforme a las reglas fijadas en este código o las normas que lo modifiquen".
>
> *Artículo 5º (c). Ley 1828/2017*. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:
>
> (…)
>
> *c) Legalidad.* El Congresista solo será investigado y sancionado, por comportamientos que estén descritos como falta en el Código de Ética y Disciplinario del Congresista vigente al momento de su realización".
>
> *Artículo 44. Ley 1862/2017. "Legalidad.* Los destinatarios de este código sólo serán investigados y sancionadds disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la Iey vigente al momento de su realización y conforme a los principios rectores, normas prevalentes y procedimientos establecidos en esta codificación".
>
> *Artículo 7º. Ley 2196/2022. Legalidad.* Los destinatarios de esta ley solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por conductas que estén descritas como faltas en la Ley vigente al momento de su realización.

178 Código Disciplinario Militar.

179 Estatuto Disciplinario Policial.

180 En el pasado, el artículo 4º de la Ley 200 del 28 de julio de 1995 (primer Código Disciplinario Único), expresaba: "Legalidad. Los servidores públicos y los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas sólo serán juzgados y sancionados disciplinariamente cuando por acción u omisión de funciones incurran en las faltas establecidas en la ley".

Esta garantía de que *nadie puede ser castigado si previamente no se ha tipificado el hecho o la conducta y su sanción correspondiente* respecto de la infracción disciplinaria endilgada, encontraba respaldo en el artículo 6º del *Decreto 2400 del 18 de septiembre de 1968* en concordancia con el artículo 132 del *Decreto 1950 del 24 de septiembre de 1973*[181]; en los artículos 15 y 16 de la *Ley 13 del 9 de marzo de 1984* y 9º, 44, 45, 48 y 50 del *Decreto Reglamentario 482 del 19 de febrero de 1985*.

Con ocasión a la promulgación de la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*[182], la advertíamos en los artículos 4º, 5º, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 38, 40 y 41, con la expedición de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[183], la contemplamos, entre otros, en los artículos 4º, 6º, 23, 26, 34, 35, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49 y 50 y en la actualidad con la vigencia de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[184], esta garantía se encuentra respaldada, principalmente, en los artículos 4º, 12, 26, 30, 38, 39, 47, 48, 50, 62 y 67, articulado que señala la pauta para las restantes *Codificaciones Disciplinarias*.

La nueva disposición contenida en el artículo 4º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019,* aplicable a las demás *Codificaciones Disciplinarias*, contiene una *redacción más técnica* que la expresada en el primer *Código Disciplinario Único* (Ley 200 del 28 de julio de 1995), por cuanto en la actualidad el *Código General Disciplinario* se refiere a la investigación y a la sanción por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización, lo mismo que en la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[185]. En el pasado (primer Código Disciplinario Único) se refería al juzgamiento y a la sanción cuándo por acción u omisión de funciones incurran en fatas establecidas en la ley disciplinaria y que fueren cometidos por los servidores públicos y los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas y no como en la actualidad al servidor público y el particular en los casos previstos en este código, lo cual era demasiado ambiguo. Hoy por hoy se clarifican las condiciones de aplicación o reglas de juego de una manera más acertada para los destinatarios de la *Ley Disciplinaria* y los sitúa en la posibilidad de cometer faltas disciplinarias "por comportamientos que estén descritos en la ley vigente al momento de su realización" y no simplemente por "acción u omisión de funciones", que limitaba el espacio punitivo del monopolio estatal. Así mismo el legislador le agregó a este principio en la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* que "la preexistencia también se predica de las normas complementarias", lo cual permite al intérprete y aplicador de la *Ley Disciplinaria* que cuando se trate de conductas descritas a manera de tipos abiertos o en blanco, el reenvío debe coincidir con una norma complementaria que esté vigente o que preexista al momento de la realización del comportamiento, lo cual le brinda mayor importancia y trascendencia a este malinterpretado principio en la aplicación del Derecho Disciplinario.

Finalmente, a este principio el legislador actual en su inciso segundo de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, le agregó el siguiente inciso: "La labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad" para denotar dos cosas:

1. Que la tipicidad es un principio rector del derecho disciplinario, en donde prioritariamente se debe encuadrar la conducta de manera clara, expresa e

181 También en los artículos 140 y 141.

182 Primer Código Disciplinario Único.

183 Segundo Código Disciplinario Único.

184 Código General Disciplinario.

185 Segundo Código Disciplinario Único.

inequívoca en el tipo que describe la falta disciplinaria que se investiga y

2. Que por medio de los principios de especialidad y subsidiariedad prima la adecuación típica de la conducta descrita como falta disciplinaria y que una vez hecho el proceso, si no se encuentra la descripción de la conducta en alguna de las faltas contenidas en la Ley (principio de especialidad), se tomarán las conductas objetivamente típicas consagradas en la ley como delito sancionables a título de dolo, tal como lo informa el artículo 65 *ídem* (principio de subsidiariedad), que a la letra dice:

> *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 *Principio de Legalidad,* tiene como finalidad los efectos de *intimidación, disuasión y prevención* respecto de la comisión de conductas tipificadas como faltas disciplinarias, lo cual se avizora como una advertencia del *Estado* dirigida a todos sus servidores, para que *anticipadamente o previamente conozcan las faltas por las cuales se les puede reprimir su comportamiento*. Este principio es también *garantía de los derechos individuales*, pues los funcionarios no pueden estar sujetos a los *caprichos subjetivos de superiores jerárquicos arbitrarios* y de esa manera establece *diques al poder disciplinario del Estado*, evitando que quienes detectan la *potestad disciplinaria* inventen conductas disciplinarias o *atribuyan sanciones* a sus *destinatarios,* sin que las mismas se encuentren establecidas con anterioridad en la *Constitución,* la ley, reglamento o acto administrativo.

El principio de legalidad como límite del actuar del Estado

El principio de legalidad es entonces un límite al actuar del Estado, ya que elimina su *potestad disciplinaria* frente a conductas que no estén expresamente previstas y descritas como faltas por la ley vigente al momento de su comisión y *prohíbe* imponer sanciones no establecidas en ella. Son reglas que brindan seguridad jurídica a los *destinatarios* de la *ley disciplinaria*, pues aísla los *juicios de valor* del competente *disciplinante* y los acerca a la *imposibilidad* de cometer errores.

La *Corte Constitucional* en la *Sentencia C-412 del 1º de julio de 2015*, con ponencia de Alberto Rojas Ríos. *Expediente D-10485*, sobre el particular anotó:

> "(...) 4.1. El principio de legalidad
>
> En términos generales, el principio de legalidad exige que dentro del procedimiento administrativo sancionatorio la falta o conducta reprochable se encuentre tipificada en la norma -***lex scripta***- con anterioridad a los hechos materia de la investigación —***lex previa***—. En materia de derecho sancionatorio el principio de legalidad comprende una doble garantía, a saber: material, que se refiere a la predeterminación normativa de las conductas infractoras y las sanciones; y, formal, relacionada con la exigencia de que estas deben estar contenidas en una norma con rango de ley, la cual podrá hacer remisión a un reglamento, siempre y cuando en la ley queden determinados los elementos estructurales de la conducta antijurídica.

Esto se desprende del contenido dispositivo del inciso 2° del artículo 29 de la Constitución Política que establece el principio de legalidad, al disponer que "*nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se imputa* (...)", es decir, que no existe pena o sanción si no hay ley que determine la legalidad de dicha actuación, ya sea por acción u omisión.

Sobre esta específica materia, la jurisprudencia Constitucional ha señalado que la potestad sancionatoria se estructura a partir del principio de legalidad, en tanto sin una atribución de legalidad previa, la administración carecería de sustento jurídico para actuar y, por tanto, esta disciplina en aplicación de este principio está supeditada a:

'(i) ***que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no solo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinabl****e.'*

4.2. Principio de tipicidad

El principio de tipicidad como desarrollo del de legalidad hace referencia a la obligación que tiene el legislador de definir con claridad y especificidad el acto, hecho u omisión constitutiva de la conducta reprochada por el ordenamiento, de manera que les permita a las personas a quienes van dirigidas las normas conocer con anterioridad a la comisión de la misma las implicaciones que acarrea su transgresión. Sobre el alcance de este principio, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-343 de 2006, se pronunció en los siguientes términos:

"*Uno de los principios esenciales comprendidos en el artículo 29 de la Constitución Política es el principio de tipicidad, que se manifiesta en la 'exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, de las conductas que pueden ser sancionadas y del contenido material de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras.'*

Para que se pueda predicar el cumplimiento del contenido del principio de tipicidad*, se habrán de reunir tres elementos, a saber:*

(i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas;

(ii) Que exista una sanción cuyo contenido material este definido en la ley;

(iii) *Que exista correlación entre la conducta y la sanción;*

En este punto conviene precisar que, si bien es cierto que en materia sancionatoria la ley puede hacer remisiones a los reglamentos, -con el fin de complementar el tipo allí descrito-, también lo es que la remisión se encuentra limitada al núcleo esencial de lo que se ha estipulado en la ley. De allí que la tipificación para la descripción de la conducta y la sanción corresponde por mandato constitucional al legislador, mientras que la aplicación de la

misma para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito corresponde a la administración. (...)" *(las negrillas fuera del texto)*.

El principio de legalidad y las disposiciones que le permiten al legislador regular la responsabilidad de los servidores públicos

Este principio superior, se encuentra claramente determinado en los artículos 123 y 124 de la *Constitución Política,* pues de esas disposiciones se establece que el *legislador* es quien debe regular la *responsabilidad* de los *servidores públicos* y la manera de hacerla efectiva, al igual que indican la manera como se *aplica* el *régimen disciplinario* a los *particulares* que desempeñan *funciones públicas* de manera *transitoria*[186].

Por lo anterior es dable manifestar, que no es posible investigar y sancionar disciplinariamente una conducta, si no existe una ley preexistente que la tipifique e imponga. Es decir, no puede establecerse ninguna clase de *responsabilidad* disciplinaria, si la conducta objeto de investigación no ha sido previamente tipificada como falta por la *Carta Política,* los tratados públicos ratificados por el gobierno colombiano, la ley, las ordenanzas, los acuerdos municipales, los estatutos de la entidad, el reglamento, el manual de funciones, la orden administrativa, la directiva, o el acto administrativo respectivo[187].

El principio de legalidad como principio objetivo

El *Principio de Legalidad* es un principio objetivo, consecuente con su naturaleza de *derecho sancionatorio* o *punitivo del Estado* y se encuentra *relacionado* con el *principio de tipicidad,* al ser presupuesto de éste, como de manera tímida lo hemos venido pregonando y que más adelante lo analizaremos dentro de la "teoría de la falta disciplinaria".

El hecho de que el artículo 4º de la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*[188], cuando se encontraba vigente, hubiera señalado que los servidores públicos sólo eran responsables por *acciones u omisiones,* consagraba la figura conocida como el *dogma del derecho,* cuya génesis se encuentra en nuestro derecho penal, el cual *proscribe la responsabilidad objetiva* y las tendencias *peligrosistas,* como el juzgar con base en *antecedentes disciplinarios y por posibles comportamientos hacia el futuro*. En esta forma y por mandato del artículo 18 *ídem,* era válida la aplicación del artículo 3º del *Decreto 100 del 23 de enero de 1980*[189] (Tipicidad), como *principio rector* de interpretación y aplicación de la *Ley Disciplinaria,* cuya finalidad radicaba en que el juzgador disciplinario *solamente* adquiriera como soporte de sus determinaciones los "hechos" y las *omisiones* concretas. Hoy a pesar que no aparecen las expresiones *"acciones u omisiones"* en los textos de las *Codificaciones Disciplinarias,* puede argumentarse que en las disposiciones señaladas,

186 Es lo que se conoce con el nombre de "reserva legal".

187 El principio de legalidad se encuentra contenido en las siguientes máximas latinas: *"Nullum crimen sine lege", "Nullan poena sine lege" o "Nullum crimen, nulla poena sine lege",* que significan respectivamente: No puede haber crimen sin ley; no puede haber pena sin ley y no hay crimen y no hay pena sin ley que las describan. O para el derecho disciplinario, conforme a la interpretación sistemática que deviene del artículo 29 de la Carta Política: No puede haber conducta disciplinaria sin ley; no puede haber sanción disciplinaria sin ley y no hay conducta disciplinaria y no hay sanción sin ley que las describan.

188 Primer Código Disciplinario Único.

189 Código Penal.

de manera *tácita* se encuentran condensadas esas expresiones y por consiguiente, es pertinente la aplicación del artículo 10 de la *Ley 599 del 24 de julio de 2000–Principio de Tipicidad -*, por remisión expresa del principio de "prevalencia de los principios rectores e integración normativa" y aplicación de principios e integración normativa" conforme a los artículos *22 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[190]; 21 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[191]; 20 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[192]; 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[193]; 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[194]; 64 y 134 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[195]; y 27 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[196].

De lo antes expresado, se concluye que *nadie está autorizado para crear faltas en forma posterior a la realización del comportamiento por parte del destinatario de la ley disciplinaria*, pues nuestra *Carta Fundamental* lo prohíbe tajantemente, sin que se pueda admitir una sola excepción, pues ello afectaría nuestro *Estado constitucional*[197]*, social y democrático de derecho* y la conformación de nuestra actual legislación sancionatoria. Por ello, *la transformación de una conducta tipificada como gravísima dolosa en falta grave*, por haberse cometido con *culpa grave* o en forma *culposa*, sin estar el comportamiento expresamente descrito, previsto o tipificado en la ley con culpa grave o culposo, teóricamente *lesiona* el *principio de legalidad*, muy a pesar de la *constitucionalidad* decidida en la *Sentencia C-124 del 18 de febrero de 2003,* que decretó la *exequibilidad* de los artículos 43 numeral 9, 44 numerales 1 y 2, 48 numeral 1, 50 inciso 3, 51 incisos 1 y 3, 55 parágrafo 1º y 61 parágrafo de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, con ponencia de Jaime Araujo Rentería, demanda *D-4075*, que presentara el día *20 de mayo de 2002* quien aquí escribe. Y teóricamente se lesionaba el *principio de legalidad* al contrariar los artículos 29 de la *Constitución Política;* 4º y 23 de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[198], en esa época, respectivamente, y en la actualidad, pensamos lo mismo por la persistente redacción del artículo 29 de la *Constitución Política* y la de las diferentes *Codificaciones Disciplinarias*, con gran especialidad en los artículos 4º y 26 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, los cuales se redactaron tal como sigue:

Artículo 29. Constitución Política. "(…) Nadie podrá ser juzgado *sino conforme a* ***leyes preexistentes al acto*** *que se le imputa* (…)".

Artículo 4º. Ley 734/2002. Legalidad. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código ***sólo serán investigados y sancionados*** *disciplinariamente por*

190 Código General Disciplinario.

191 Código Disciplinario Único.

192 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

193 Código Disciplinario del Abogado.

194 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

195 Código Disciplinario Militar.

196 Estatuto Disciplinario Policial.

197 Como lo llama el PhD y tratadista en derecho sancionatorio José Rory Forero Salcedo.

198 Téngase en cuenta que las normas referenciadas, para garantizar el principio de legalidad, exigen la preexistencia de las leyes que consagren descripciones o previsiones de conductas o comportamientos catalogados como faltas disciplinarias, esto es, oraciones gramaticales en que se describan los modelos de comportamientos reprochables y sancionables (oraciones en que se advierta de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo disciplinario –sujeto, objeto, verbo rector, ingredientes normativos, ingredientes subjetivos y circunstancias) y no meras hipótesis de las cuales se deriven consecuencias punitivas por haberse cometido el comportamiento en circunstancias de culpabilidad diferentes a las descritas por la ley preexistente, como parece ser la lectura permisiva que se le da a la teoría de los *numerus apertus*.

comportamientos que estén descritos *como* ***falta en la ley vigente*** al momento de su realización.

Artículo 23. Ley 734/2002. La falta disciplinaria. ***Constituye falta disciplinaria,*** y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, ***la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código*** que (…)" (las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto).

Artículo 4°. Legalidad. Ley 1952/2019. 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***[199]. La preexistencia también se predica de las normas complementarias *(las negrillas y letras inclinadas fuera del texto)*.

La labor de adecuación típica[200] se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad[201].

Artículo 26. Ley 1952/2019. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente ***la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código*** que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

199 ¿Qué debe entenderse por comportamientos "descritos como falta" en la ley vigente al momento de su realización?, cuando la acción de "describir" (como lo enseña el Maestro Alfonso Reyes Echandía) consiste en formular una oración gramatical en que se indique en que consiste la conducta o el comportamiento, en este caso disciplinario, que se investiga y juzga. ¿Será que "realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo" (artículo 65), puede constituir una falta gravísima, advirtiendo que la misma ley disciplinaria no la "describe" como falta? o será que la redacción del artículo 26 de esta misma codificación no lo permite cuando prevé como "falta" la incursión en cualquiera de las "conductas previstas en este código" (esta expresión formaba parte del derogado artículo 4° del C.D.U.), las que indudablemente "no están previstas por pertenecer a otras leyes diferentes como lo son las "leyes penales"? o simplemente habrá de entenderse que con la sola "remisión a la ley penal" el comportamiento "descrito en la ley penal" automáticamente se transforma en "falta gravísima" y queda cumplido el requisito: "descrito como falta"?. Estos interrogantes simplemente se formulan por aspiraciones de justicia; por claridad académica; para no darle a los "delitos" la connotación de "faltas" y para garantizar más aún la "autonomía del derecho disciplinario" y una completa "seguridad jurídica" a sus destinatarios.

200 Pensamos que, con esta expresión del legislador, ya no queda duda alguna que el derecho disciplinario está sujeto al principio de tipicidad y, por ende, su aplicación debe ser tan estricta como el derecho penal, ya que la conducta, descrita en la ley disciplinaria, debe adecuarse a la norma de manera clara, expresa e inequívoca, so pena de advertirse una atipicidad de la misma y de vulnerar la dignidad humana.

201 Estos principios de acuerdo con lo expresado en el artículo 65 de esta codificación, implican: el de especialidad, que el competente disciplinario primero debe adecuar a su destinatario las conductas "descritas" en el catálogo de faltas de la ley disciplinaria y el de subsidiariedad, que en el evento en que las conductas no se encuentren "descritas" en el catálogo de la ley disciplinaria, puede recurrir a las "faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal". Recuérdese que el principio de legalidad y la definición de falta lo que garantiza es que los comportamientos "estén descritos o previstos como falta" y no los que "coincidan con descripciones típicas de la ley penal".

Es preciso recordar que los *efectos de las sentencias de constitucionalidad*, en nuestro sistema jurídico, son *erga omnes* y por ende *vinculantes* tanto para la *función pública* como para las *autoridades disciplinarias* al momento de *interpretar y aplicar la ley*. Mi análisis tiene como propósito generar inquietudes académicas tendientes a la salvaguarda de las garantías propias del *Estado constitucional, social y democrático de derecho* y a la fundamentación igualitaria del derecho disciplinario en el campo del derecho punitivo o sancionatorio del Estado, al no coincidir los principios constitucionales y los principios rectores de la ley disciplinaria con la interpretación realizada por la honorable *Corte Constitucional*.

4. Ilicitud sustancial

Ilicitud sustancial. Ubicación y generalidades

Como principio rector de la *ley disciplinaria*, se ubica en los artículos 9º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[202], 5º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[203]; 4º de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[204], 4º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[205], 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[206]; 57 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[207] y 12 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[208].

En vigencia del artículo 5º de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002,* después de su *nomen iuris* y dentro del contenido de la disposición, cuando se refería a que "la falta será antijurídica", para los efectos de una adecuada interpretación y por aplicación del artículo 21 *idem*[209], se tenía que considerar como un verdadero *ingrediente normativo*[210] cuya *explicación y alcance* tenía que *amoldarse* a la *definición* que sobre el mismo hacía la *Ley 599 del 24 de julio de 2000*[211], como *fuente integradora* compatible respecto de esa terminología jurídica dentro del *ámbito* del *derecho sancionatorio*.

En la actualidad la expresión "antijurídica" se conserva en los artículos 9º, 57, 4º y 12 de las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019*[212], *1862 del 4 de agosto de 2017*[213], *1123 del 22 de enero de 2007*[214] *y 2196 del 18 de enero de 2022*, término que para los efectos legales pensamos que sobrevive para las restantes *Codificaciones Disciplinarias* por guardar estrecha relación con el de "ilicitud" que, en criterio de este abogado, palabras más o palabras menos, significa lo mismo. Recordemos como la *Corte Constitucional* declaró

202 Código General Disciplinario.

203 Código Disciplinario Único.

204 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

205 Código Disciplinario del Abogado.

206 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

207 Código Disciplinario Militar.

208 Estatuto Disciplinario Policial.

209 Aplicación de principios e integración normativa.

210 Expresión que el legislador incorpora en un texto legal, la cual, para su significado en el mundo del derecho, debe definirse dentro del mismo ordenamiento o en otras producciones normativas.

211 Código Penal.

212 Código General Disciplinario.

213 Código Disciplinario Militar.

214 Código General Disciplinario.

exequible el referido artículo 5º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* y dentro de él la expresión "antijurídica" que fuera demandado por Carlos Mario Isaza Serrano, el día 15 de febrero de 2002, mediante *Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002* con ponencia de Álvaro Tafur Galvis. *Expediente: D-3937*.

Los artículos 9º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[215], 5º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[216]; 4º de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[217], 4º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[218], 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[219]; 57 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[220] y 12 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[221], así describen el principio:

> *Artículo 9. Ley 1952/2019. Ilicitud sustancial (Modificado por el artículo 2º L. 2094/21. El nuevo texto es del siguiente tenor).* "La conducta del sujeto disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna".[222]- [223]- [224]
>
> *Artículo 5°. Ley 734/2002. Ilicitud sustancial.* "La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna".
>
> *Artículo 4°. Ley 1015/2006. Ilicitud sustancial.* "La conducta de la persona destinataria de esta ley será contraria a derecho cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna".

---

215 Código General Disciplinario.

216 Código Disciplinario Único.

217 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

218 Código Disciplinario del Abogado.

219 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

220 Código Disciplinario Militar.

221 Estatuto Disciplinario Policial.

222 En la Ley 200 del 28 de julio de 1995 no existía norma parecida. Para interpretar el concepto de "ilicitud sustancial" o de "antijuridicidad", la ley 200 se remitía al artículo 4º del Código Penal de 1980 (hoy artículo 11 del Código Penal de 2000), por mandato del artículo 18 idem. El texto de la norma actualmente es del siguiente tenor:

"Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal". En el *Código Penal Militar Colombiano* (Ley 1407 del 17 de agosto de 2010), se advierte, así: "*Artículo 17. Antijuridicidad.* Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal".

El concepto de *ilicitud sustancial o de antijuridicidad* estaba avalado por el *artículo 17 de la Ley 200 del 28 de julio de 1995*, al señalar: "La ley disciplinaria garantiza 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".

223 No se puede olvidar que el artículo 5º de esta codificación nos lleva a interpretar que no se puede imponer una sanción disciplinaria, si no se han contrariado los principios y fines de la función pública. Es decir, cuando la conducta investigada no contraría los deberes sustancialmente y con ello no se afectan los principios y fines de la función pública (artículos 209 y 2º de la C.P.; 23 del Código General Disciplinario; 3º de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998 y 3º de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011). Entonces nos preguntamos: ¿al haberse eliminado el segundo inciso que esta norma contenía antes de la reforma de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, esa eliminación podrá cambiar en algo este principio rector de la ilicitud o antijuridicidad sustancial?

224 Esta disposición y las demás normas sobre ilicitud o antijuridicidad disciplinaria se encuentran inapropiadamente redactadas por parte del legislador, pues ninguna de las codificaciones contempla "causales de justificación", sino causales de "exclusión de responsabilidad disciplinaria".

Artículo 4°. Ley 1123/2007. ***Antijuridicidad.*** "Un abogado incurrirá en una falta antijurídica cuando con su conducta afecte, sin justificación, alguno de los deberes consagrados en el presente código".

Artículo 57. Ley 1862/2017. ***Antijuridicidad*** *disciplinaria militar.* "La conducta es antijurídica cuando afecte sin justificación alguna, los siguientes intereses: el servicio, la probidad, la disciplina, los fines o las funciones del Estado".

Artículo 5º. Ley 1828/2017. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:

"(...)

m) Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen ético disciplinario de los Congresistas, prevalecerán los principios rectores contenidos en este Código y en la Constitución Política. ***En lo no previsto en esta ley, se aplicará lo dispuesto*** en los Códigos de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000 y Código General del Proceso y ***la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único***, siempre que no se contravenga la naturaleza del presente ordenamiento".

(...)".

Artículo 12. Ley 2196/2022. "Ilicitud sustancial. La conducta del sujeto disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna".

El contenido de la disposición de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 con relación a la derogada Ley 200 del 28 de julio de 1995

Esta disposición, erigida como *principio rector* aparece en el panorama de la *ley disciplinaria* por *primera vez*, en cuyo transitar legislativo fue inicialmente bautizado con el nombre de "principio de lesividad".

El *Senado de la República*, cuando aprobó el *Proyecto de Ley N.º 92 de 1999*, determinó como *principio rector* "el principio de lesividad", señalando que: *"La falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas sólo dará lugar a responsabilidad disciplinaria cuando afecte o ponga en peligro la función pública"*. Posteriormente la reforma se convirtió en *Proyecto de Ley N.º 19 de 2000* y el *Senado* lo aprobó señalando que la responsabilidad disciplinaria sólo se daría: "Cuando afecte o ponga en peligro el decoro, eficiencia y eficacia de la función pública". Finalmente cuando el *proyecto* pasó a debate a la *honorable Cámara de Representantes*, la *Procuraduría General de la Nación* presentó la fórmula de la *"ilicitud sustancial"*, precisando que la falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas *"sólo dará lugar a imposición disciplinaria cuando afecte el deber sin justificación alguna"*, quedando finalmente aprobada la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* en los siguientes términos: *"La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna"*, lo cual constituye una innovación para el *Derecho Disciplinario* que no traía esta figura ni con el nombre de *"lesividad"*, de *"antijuridicidad"* ni de "*ilicitud sustancial*", lo cual, salvo mejor criterio como lo he

señalado, significa exactamente lo mismo. Hoy aparece redactada en el artículo 9º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, así:

> *Artículo 9. Ley 1952/2019. Ilicitud sustancial (Modificado por el artículo 2º L. 2094/21). "La conducta del sujeto disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna".*

Lesividad e ilicitud sustancial. Observaciones

Los proyectos que antecedieron a la reforma de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* Código Disciplinario Único, fueron muy claros al expresar que constituiría "lesividad" la "afectación o puesta en peligro de la función pública", olvidando que ello ocurriría siempre y cuando se realizara "sin justa causa".

Por fortuna la *Cámara de Representantes*, introdujo la "afectación o puesta en peligro de la función pública", siempre y cuando se realizara "sin justa causa". La *Procuraduría General de la Nación*, en su intervención, le restó a la norma "la afectación o puesta en peligro de la función pública", dejando solamente la redacción referida ***"a la afectación del deber funcional***[225] ***sin justificación alguna"***. En esa época afirmábamos que esa última definición de "ilicitud sustancial*"* hubiese quedado más clara si se le hubiera agregado la disyuntiva ***"o afecten la función pública"***, ya que creíamos, como aún lo creemos, que el *objeto, interés o bien jurídico tutelado* está unas veces *explícito* y otras *implícito* en la tipificación de las *faltas disciplinarias* en forma de ***"objeto jurídico"***, el cual no puede ser otro que ***los principios, fines y funciones del Estado***, máxime cuando existen *faltas disciplinarias* que pueden ser cometidas por el *destinatario de la ley disciplinaria* sin que su conducta logre *afectar las funciones* propias de su cargo o las *funciones* del Estado. Lamentamos profundamente que con el artículo 2º de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2022*[226], se hubiera retirado el inciso 2º del artículo 9º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[227] que nos indicaba cuando se ***"afectaba sustancialmente el deber funcional"***, para lo cual señalaba que ***se afectaba el deber funcional*** cuando ***"se contrariaban los principios de la función pública"***.

---

225 En Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Principios Rectores de la Ley Disciplinaria*–Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 1. Bogotá D.C., 2023, págs. 74 y 75, se aclara:

> "En cuanto al deber funcional habra´ que decirse que este no se agota respecto de los deberes propios del cargo desempeñado por el sujeto disciplinable, sino que su verdadero sentido se verifica a partir de los mandatos de orden constitucional, legal o reglamentario que demande un comportamiento acorde con los principios que le sirven de protección a la función pública. No en vano se predica la responsabilidad con ocasión del ejercicio de la función, del cargo o del servicio.
>
> La anterior aclaración resulta igualmente pertinente, en aquellos comportamientos que en principio se llevan a cabo en un ámbito apartado de las actividades cotidianas del servidor público, debiéndose acreditar probatoriamente su nexo funcional, para poder estructurar la responsabilidad disciplinaria. Un caso emblemático que nos sirve de ejemplo es el que generó la atribución de responsabilidad al senador Merlano, quien en una situación completamente ajena al actividad congresional (legislador, control político, constituyente derivado), sin embargo, el hecho de haber esgrimido su condición de senador con el fin de obstaculizar un procedimiento policial, en el que al parecer conducía en estado de embriaguez, se constituye en una conducta relevante a partir de su investidura, esto es, por el cargo y su indebida utilización".

226 Código General Disciplinario.

227 Código General Disciplinario.

Menos mal que el artículo 5º de la misma *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* nos lleva a interpretar que *no se puede imponer una sanción disciplinaria*, si no se han contrariado los principios y fines de la función pública. Es decir, cuando la conducta investigada no contraría sustancialmente los deberes funcionales o mejor cuando *no hay afectación o contrariedad de los artículos* 209 y 2º de la *Constitución Política;* 3º de las *Leyes 489 del 29 de diciembre de 1998*[228] y *1437 del 18 de enero de 2011*[229]. Igualmente se encuentran positivizados en los artículos 23 la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[230], 22 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[231]; 20 de la derogada *Ley 1015 de febrero 7 de 2006*[232], 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[233], 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[234]; 121 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[235] y *27* de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[236]. Entonces nos preguntamos: ¿al haberse *eliminado* el segundo inciso que esta norma contenía antes de la reforma de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021, esa eliminación podrá cambiar en algo este principio rector de la ilicitud o antijuridicidad sustancial? La respuesta es:* el principio no cambia en nada. Por el contrario, se afirma la solidez de la argumentación que se viene exponiendo, ya que, si la sanción exige esa afectación o contrariedad de los principios y fines de la función pública, con mayor rigor se debe valorar esa afectación o contrariedad al momento de analizar la ilicitud o antijuridicidad del comportamiento.

Por consiguiente, repetimos que la eliminación de ese segundo inciso del artículo 9º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[237] para nada afecta el concepto legal, doctrinal y jurisprudencial que hoy en día se tiene sobre la "afectación del deber funcional", pues el artículo 5º *idem*, señala:

> ***"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, a ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública****"* (las negrillas y las letras inclinadas fuera del texto).

Una anotación más: cuando el artículo 5º se refiere a los "fines de la sanción disciplinaria", no deja duda que es "para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados", razón por la cual la autoridad disciplinaria deberá tener en cuenta la contrariedad o afectación de los mismos conforme a lo normado en los *artículos 9°, 47, 50* del *Código General Disciplinario,* para dar cabal cumplimiento a los *enunciados constitucionales y legales enunciados en precedencia*. Es

228 Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.

229 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

230 Código General Disciplinario.

231 Código Disciplinario Único.

232 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

233 Código Disciplinario del Abogado.

234 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

235 Código Disciplinario Militar.

236 Estatuto Disciplinario Policial.

237 Código General Disciplinario.

decir que, sin la contrariedad o afectación de los principios, fines y funciones del Estado, no puede inferirse responsabilidad alguna, pues de suyo la conducta no será jamás cometida con ilicitud o antijuridicidad sustancial y por ende no podrá ser objeto de sanción disciplinaria.

Para comparar criterios, la *Corte Constitucional* ha dicho:

> Derecho Disciplinario (asegura los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública): "(...) 6. De todo lo anterior se concluye que el derecho disciplinario, como modalidad del derecho administrativo sancionador, pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública, y que, para tal 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. (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2002. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-4059)[238].
>
> Investigación y Sanción Disciplinaria (a quienes incumplen los principios de eficacia, igualdad, moralidad, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad): "(...) En suma, la potestad disciplinaria se ocupa esencialmente de investigar y sancionar, si a ello hubiese lugar, a quienes incumplan sus deberes funcionales, entre los cuales indefectiblemente se encuentra cumplir su labor de acuerdo con los lineamientos planteados por el artículo 209 constitucional. Dichos principios no son otros que los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006. Demandantes: Juan Fernando Reyes Kuri, Carlos Fernando Motoa Solarte y Nicolás Orejuela Botero. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente D-5768)[239].

Sea este el momento para señalar que la gran mayoría de los estudiosos del derecho disciplinario no comparte el comentario respecto a que el legislador fue más claro al introducir el término de "ilicitud sustancial" a cambio de "lesividad", con el argumento de que la *"lesividad"* es más propio del *sistema penal* porque se relaciona con la protección de *"bienes jurídicos tutelados"* y que en cambio el término de *"ilicitud sustancial"* no se refiere a protección de *"bienes jurídicos"* por no existir ellos en el *derecho disciplinario*. Deponen que la *"ilicitud sustancial"*, también implica protección de *bienes jurídicos*, los cuales son fundamento no solo del *derecho disciplinario sino de "todo" el derecho* y, que como se señalaba, ellos están *explícitos o implícitos* en la descripción de las conductas disciplinarias en forma de *"objeto jurídico"*, representado en los *principios, fines* y *funciones* del *Estado o de la función pública,* como de antaño lo hemos venido sosteniendo.

238 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 325.

239 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, págs. 630 y 631.

La *Corte Constitucional* en el año 2012 al estudiar los principios de *tipicidad y legalidad* en el *Derecho Disciplinario*, acerca del principio de la ilicitud sustancial o "lesividad" como ella lo identificó, señaló:

>] "(…) Por el contrario, en criterio de esta Corte y como lo ha mencionado su jurisprudencia en casos análogos, se trata de expresiones subjetivas, vagas, imprecisas e indeterminadas que como tales admiten multiplicidad de contenidos, dependen de las concepciones individuales, convicciones y opiniones personales, de los cánones morales y éticos del intérprete respecto de lo que para él significa "*el buen nombre y prestigio*" de una institución pública, y que por lo demás, no se refieren a una afectación real del deber funcional como presupuesto de legitimación del injusto disciplinario.[240] En este sentido, este tipo de expresiones no solo representan una violación del principio de legalidad en materia sancionatoria en la dimensión de necesidad de ley previa, estricta y precisa, sino que adicionalmente implican una afectación del principio de lesividad o ilicitud sustancial, o de la capacidad de afectación de la función pública, en cuanto no es posible determinar de manera objetiva el tipo de actuación que constituya afectación del buen nombre o prestigio de una institución, sino que tal determinación queda discrecionalmente en manos del operador disciplinario. Lo anterior, conduce a una vulneración del principio de reserva legal en cuanto es el intérprete y no el legislador quien termina determinando el contenido de la hipótesis normativa[241] *(las negrillas fuera del texto)*.
>
> En cuanto a la afectación del principio de lesividad de la función pública, es de resaltar que las expresiones "el buen nombre y prestigio" de la institución a la que pertenezca el servidor público, dado su grado de indeterminación, permiten que se sancionen conductas que no tienen relación intrínseca o conexidad directa con el servicio público y por tanto carecen de la idoneidad para afectar la eficacia, eficiencia y la corrección de la función de una institución pública. (…)". (Sentencia C-030 del 4 de febrero de 2012. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente D-8608) *(las negrillas fuera del texto)*.

Ilicitud sustancial y bien jurídico tutelado en el derecho disciplinario conforme a alguna jurisprudencia de la Corte Constitucional

Para que el estudioso en estos complejos temas tenga algunos elementos de comparación, es viable por ahora[242] expresar que la *Corte Constitucional*, con relación al *bien jurídico tutelado* dentro del *derecho disciplinario*, manifestó:

> Bienes Jurídicamente Tutelados en el Régimen Disciplinario (y su afectación con faltas disciplinarias): "(…) De manera pues que, no todas las faltas disciplinarias afectan gravísimamente los bienes jurídicos protegidos por el

240 Al respecto ver igualmente la Sentencia C-728 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

241 *Ibidem*.

242 Se dice por ahora, ya que más adelante y concretamente dentro del estudio que se hace sobre "la teoría de la falta disciplinaria – ilicitud o antijuridicidad sustancial -", se destacarán muchas decisiones de la Corte Constitucional en las que ese máximo tribunal en forma expresa o tácita admite la existencia del bien jurídico tutelado en el derecho disciplinario.

régimen disciplinario; de ahí que, a partir de la valoración de los diversos niveles de lesión, el legislador, como resultado del ejercicio de sus facultades, apoyado en la intensidad de afectación que observe en esos bienes jurídicos por cada una de tales faltas y siguiendo la gravedad del injusto, tenga la potestad de crear y clasificar las conductas tipificadas como infractoras, en formas atenuadas o agravadas para efectos de la imposición de la sanción (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-2329)[243] *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Bienes Jurídicamente Tutelados (se protegen con la suspensión provisional): "(...) Como ya se anotó, la medida acusada tiene como fin evitar que a lo largo de la actuación disciplinaria se concrete la posibilidad de que (i) el servidor disciplinado interfiera en ella, o (ii) que éste siga atentando contra los bienes jurídicamente tutelados que originaron el proceso disciplinario en curso. (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-450 del 3 de junio de 2003. Demandantes: Jairo Enrique Aparicio Castillo, Milton Armando Gómez Cardozo y Juan Manuel Mendoza Barraza; Rocío del Rosario Menco Escorcia y Porfirio Castillo Zamora. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Expedientes D-4234 y D-4238)[244]

(las negrillas fuera del texto).

Bienes Jurídicamente Tutelados (y suspensión provisional): "(...) La exigencia de que las faltas por las que se investiga o juzga al servidor, deban ser graves o gravísimas, busca circunscribir la medida respecto de conductas muy lesivas de los bienes jurídicos tutelados por el derecho disciplinario, las cuales son sancionadas con destitución, suspensión en el ejercicio del cargo, inhabilidad general o inhabilidad especial según lo dispuesto en el artículo 44 del CDU (...) (Corte Constitucional, Sentencia C-450 del 3 de junio de 2003. Demandantes: Jairo Enrique Aparicio Castillo, Milton Armando Gómez Cardozo y Juan Manuel Mendoza Barraza; Rocío del Rosario Menco Escorcia y Porfirio Castillo Zamora. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Expedientes D-4234 y D-4238)[245] *(las negrillas fuera del texto)*.

Bienes o intereses Jurídicamente Tutelados (en el Código General Disciplinario): "(...) En esta perspectiva, seguidamente es necesario destacar que el proyecto de nuevo Código Disciplinario que en este caso ha sido parcialmente objetado, si bien incorpora muchos contenidos ya existentes en la normativa vigente, plantea un nuevo sistema en relación con la definición de las faltas gravísimas, hasta ahora enumeradas en una sola disposición legal (artículo 48 de la Ley 734 de 2002, vigente a la fecha con algunas adiciones y reformas puntuales). Con propósitos de sistematización, y con el ánimo de destacar y hacer explícitos los valores y objetivos que en cada caso son lesionados, el futuro nuevo código propone ahora listar tales conductas en

243 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, págs. 78 y 79.

244 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, págs. 73 y 74.

245 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 75.

> varios artículos sucesivos (artículos 52 a 64 del proyecto parcialmente objetado), en los que tales faltas han sido clasificadas a partir de los intereses o bienes jurídicos que en cada caso son afectados, a la manera en que tradicionalmente lo ha hecho el Código Penal…(Corte Constitucional, *Sentencia C-284 del 1º de junio de 2016*. Objeciones gubernamentales al Código General Disciplinario. M.P. Jairo Eduardo Mendoza Martelo. ExpedienteOG-149" *(las negrillas fuera del texto)*[246].

Aplicación del principio de ilicitud sustancial desde la óptica de la antijuridicidad material

De la mano de algunos doctrinantes, creemos que dentro del *derecho disciplinario* es perfectamente aplicable el principio de "ilicitud sustancial" desde la óptica de la "antijuridicidad material", que yo le agregaría "incorpórea" y que por lo tanto, la *valoración* de la *conducta disciplinada* debe ser observada desde la "afectación de los principios, fines y funciones del Estado o de la función pública" lo cual se explica como la *"efectividad de afectación"*, para que el comportamiento además de *típico* sea *antijurídico*. El no aceptar esta consideración, es permitir que se sancionen comportamientos simple y llanamente por la violación *"a la afectación del deber funcional sin justificación alguna"*, cuando muchas veces la falta no guarda relación con el "deber funcional o la función"; cuando no se determina si la falta afectó al bien preciado del Estado encarnado en los principios, fines y funciones del Estado o simplemente apuntaría el concepto de *ilicitud sustancial* al incumplimiento del *deber funcional* aplicable a las *extralimitaciones* del servidor público con ocasión a *comportamientos que benefician al ente estatal*, como sería el muy comentado caso de llegar *una o dos horas* antes de la jornada reglamentaria de trabajo o salir *una u dos horas* después para evacuar labores propias de su función. La *eficacia*, la *eficiencia* y la *celeridad* con que actúe el *servidor público* serán entonces aspectos que ayudan a comprender mejor el tema y que perfectamente deben analizarse dentro del concepto de "*ilicitud sustancial"* y no simplemente dentro del criterio de la "afectación del deber funcional sin justificación alguna", para enmarcar la conducta objeto de *acción disciplinaria*. Es decir, el cumplimiento de los principios, fines y funciones del Estado o de la función pública, será la medida que se enfrente a la *descripción* del *comportamiento* para valorarlo en sede de ilicitud o antijuridicidad y de esa manera decidir si la *conducta* además de ser *típica* es ilícita o antijurídica o no lo es.

Las anotaciones que preceden sirven para afianzar que la *responsabilidad disciplinaria* no puede ser tomada por desconocerse las leyes o los reglamentos de manera formal o por el simple *desconocimiento de los deberes impuestos a los servidores públicos*, sino que es absolutamente necesario que la conducta afecte los principios, fines y funciones del Estado o de la función pública (que constituye la afectación del deber funcional como lo vengo sosteniendo desde la vigencia de la *Ley 200 del 28 de julio de 1995* y con mayor razón desde la aparición de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*). El hecho que las *Codificaciones Disciplinarias* recojan el principio en la forma señalada, no deja de dar cabida al principio penal de la antijuridicidad material (incorpórea), tratándose de conductas de resultado, habida consideración que el mismo es referente material de cualquier derecho y concretamente del *Derecho Sancionatorio*, dentro del cual se encuentra precisamente el *Derecho Disciplinario* y sobre todo cuando nuestra *Corte Constitucional* en *Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997* con ponencia del doctor Eduardo

246 Mejía Ossman, Jaime. Conferencias Principios Rectores de la Ley Disciplinaria en los Códigos General y Único Disciplinario para las Maestrías y Especializaciones en Derecho Disciplinario, Derecho Público y Derecho Administrativo. Bogotá y Armenia 2016 a la fecha.

Cifuentes Muñoz expresó que: *"(...) la Corte ha manifestado de manera reiterada que los principios del derecho penal criminal son aplicables al derecho disciplinario, por cuanto éste constituye una modalidad del derecho penal o sancionatorio (...)"*.

Así mismo, la *Corte Constitucional* dijo:

> Antijuridicidad Penal (como principio se aplica en el derecho disciplinario): "(...) Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, entre otros, se muestran como rectores del proceso disciplinario en general (Ver la Sentencia C-310/97, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz). Así mismo, dada la utilización extensiva de algunos de los elementos singulares del derecho penal sustantivo y procesal, resultan aplicables en el derecho disciplinario los principios atinentes a la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y proporcionalidad de la sanción, con las adaptaciones convenientes a la finalidad ya señalada de este régimen. (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-2329)[247] *(las negrillas fuera del texto)*.

> Antijuridicidad Penal (tiene cabida en los régimenes sancionatorios): "(...) La concordancia que un régimen disciplinario pueda tener con ese mandato constitucional, en lo que a la determinación de las faltas disciplinarias se refiere, requiere dar cabida a los principios propios de los regímenes sancionatorios en lo relacionado con la valoración de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: ***Álvaro Tafur Galvis***. Expediente D-2329)[248] *(las negrillas fuera del texto)*.

Es importante señalar que las codificaciones disciplinarias advierten como *criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta*: "el grado de perturbación del servicio" y "el perjuicio causado", lo cual corrobora desde la óptica de la *punibilidad* la exigencia de la contemplación de la *afectación* del *interés, objeto o bien jurídico tutelado* en el *derecho disciplinario*, pues ese rasero es de recibo en el respectivo análisis en el *derecho sancionatorio*, lo cual indica que el *deber* de analizar *el grado afectación al interés, objeto o bien jurídico para concluir la gravedad o levedad de la falta*, así como el correspondiente grado en que se causó el *perjuicio*, con miras a determinar qué clase de sanción debe imponerse de acuerdo con las disposiciones que las regulan.

Creemos que el reconocimiento del objeto, interés o bien jurídico tutelado en materia sancionatoria se constituye en un ejemplar criterio regularizador de la sanción disciplinaria ante su comprobada afectación sustancial. El pretender excluir del *derecho disciplinario* ese criterio definido en el *derecho penal*, es contrariar todo el derecho y además el sistema sancionador o punitivo del Estado, pues se repite, no basta la *afectación del* "deber funcional" sin justa causa, sino que es necesario demostrar que la conducta del sujeto disciplinado afectó el objeto, interés o bien jurídicamente tutelado que se estableció explícita o implícitamente en la respectiva disposición disciplinaria (principios

247 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 49.

248 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 49.

y fines del Estado o de la función pública – arts. 209 y 2º de la Constitución Política), máxime cuando las consecuencias para el servidor público son más funestas que en materia penal, habida cuenta que *una sanción disciplinaria será difícilmente superada para efectos del nombramiento en un cargo público*, si se tiene en cuenta que el *Estado* es uno de los mayoritarios empleadores en *Colombia*. Negar la aplicación de la *antijuridicidad material incorpórea,* en conductas de resultado, es aceptar la *"antijuridicidad formal" o la "responsabilidad objetiva",* a la cual sólo le interesa la adecuación de la conducta a la norma, dejando de lado la *valoración de la afectación efectiva* del *objeto, interés o bien jurídico protegido* sobre el cual, como ya se ha dicho se pregona su *existencia implícita o explícita* en los diferentes tipos contenidos en la *Ley Disciplinaria*. Al respecto, la *Corte Suprema de Justicia* – Sala Penal–en *Sentencia del 16 de octubre de 1992*, con ponencia de Juan Manuel Torres Fresneda, señaló:

> "El 4 de marzo de 1991 con ponencia del magistrado que ahora ejerce la misma función, la Sala dijo:
>
> (...) Se acepta en principio la diferente naturaleza de las infracciones penales y disciplinarias, pero al mismo tiempo obliga reconocer su inmensa similitud, pues ambas deben estar precedidas de requisitos de legalidad, y consecuencialmente del de tipicidad; en las dos igualmente debe estar demostrada la antijuridicidad, esto es, la vulneración del bien jurídico protegido que es la Administración Pública afectada por la ineficiencia de la Administración de Justicia y, por último, ambas deben ser conductas culpables, como de manera reiterada lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia (...)' *(las negrillas fuera del texto)*.

En términos contrarios, la *Corte Constitucional* en *Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002*, con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, *expresó*:

> "(...) *4.2.2. El análisis de los cargos planteados en la demanda en contra del artículo 5º de la Ley 734 de 2002.*
>
> Para el actor el artículo 5º de la Ley 734 de 2002[249] debe ser declarado exequible pero bajo el entendido que la afectación del deber material a que alude la norma debe ser material y no formal. Petición que la vista fiscal considera improcedente por cuanto la norma no hace otra cosa que desarrollar la naturaleza del derecho disciplinario basada en el encauzamiento de la conducta de quienes cumplen funciones públicas con el objeto de que se cumplan los fines del Estado, por lo que en su concepto el resultado material de la conducta no es esencial para que se estructure la falta disciplinaria, pues el solo desconocimiento del deber es el que origina la antijuricidad (sic) de la conducta.
>
> *Al respecto la Corte constata que la norma traduce la adopción por el Legislador de una postura clara a favor de la autonomía del derecho disciplinario en materia de determinación de la antijuricidad (sic) de las conductas que dicho derecho sanciona frente a las categorías propias del derecho penal.*

249 Artículo 5º. Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Cabe recordar en efecto que en el proyecto inicial presentado a consideración del Congreso el artículo quinto acusado era de un tenor sustancialmente diferente del que ahora se examina.

Dicho artículo señalaba lo siguiente:

Artículo 5°. Lesividad. La falta del servidor público o del particular que ejerza funciones públicas solo dará lugar a responsabilidad disciplinaria cuando afecte o ponga en peligro la función pública.

La exposición de motivos sustentaba dicho texto basada en las siguientes consideraciones:

"Otra de las innovaciones en materia de principios rectores con contenido garantista la constituye la consagración expresa del principio de lesividad, refiriéndolo específicamente a la función pública, como único bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro amerita reproche disciplinario. Debido a la falta de claridad de la legislación vigente sobre este aspecto, la jurisprudencia y la doctrina plantearon tesis encontradas que el proyecto pretende resolver mediante una regulación expresa e inequívoca, en aras de la seguridad jurídica. El principio de lesividad se estructura como una garantía adicional en favor de los destinat |arios de la ley disciplinaria, pero en el caso de este proyecto, claramente diferenciado del principio de lesividad o de antijuridicidad material que se desarrolla en la legislación penal vigente; el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro."

Este texto no fue acogido por el Congreso, que adoptó finalmente el texto que ahora se examina por la Corte. Para sustentar el abandono del texto inicial en la Ponencia para primer debate en la Cámara de Representantes del proyecto que se convertiría en la Ley 734 de 2002[250] se hicieron las siguientes consideraciones:

"La expresión "lesividad" es propia del derecho penal, mecanismo de control social que tiene como fundamento la protección de bienes jurídicos cuyo contenido viene dado por los derechos fundamentales. Trasplantar del derecho penal al derecho disciplinario tal expresión comporta introducir factores perturbadores que incidirán en la correcta interpretación de la ley, habida cuenta que, si bien en derecho disciplinario deben regir las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, las mismas deben estar dotadas de su contenido propio y autónomo.

Ciertamente que el derecho disciplinario protege en términos generales el correcto desempeño de la función pública, lo cual hace a través de una consideración global de la materia; empero, las especificaciones de tal protección vienen dadas por la imposición de deberes funcionales acordes con la función que cumple el servidor público en un Estado social y democrático de derecho (artículos 2º, 6º y 122 inciso 2º de la Carta Política).

250 Gaceta 263 de 2001.

Decoro, eficiencia y eficacia no son los únicos valores constitucionales encarnados en los deberes funcionales, habida cuenta que juegan otros como la moral pública, la imparcialidad, transparencia y objetividad que emanan de la Carta Política y el orden jurídico desarrolla.

No basta como tal la infracción a un deber, ni a cualquier deber, sino que se requiere, para no convertir la ley disciplinaria en instrumento ciego de obediencia, que ello lo sea en términos sustanciales; esto es, que de manera sustancial ataque por puesta en peligro o lesión el deber funcional cuestionado.

Ello es lo que se busca con la redacción inicial, empero, la misma resulta equívoca en la medida en que trata de buscar una autonomía e independencia del derecho penal a través de la utilización de las categorías dogmáticas de éste.

En efecto, la exposición de motivos presentada por la Procuraduría General de la Nación deslinda derecho penal y derecho disciplinario, señalando a éste como un 'sistema autónomo e independiente, con objetivos y características propios', precisando la necesidad de diferenciar la antijuridicidad penal de la disciplinaria, pues en aquél se habla del 'principio de lesividad o de antijuridicidad material'.

Pues bien, si ello es así, como lo es por resultar correcto, no se puede utilizar en derecho disciplinario la expresión lesividad, habida cuenta que la misma denota un sistema de injusto montado sobre la base de la lesión a bienes jurídicos tutelados, cuya puesta en peligro o lesión origina la antijuridicidad material como categoría dogmática.

El derecho disciplinario no puede ser entendido como protector de bienes jurídicos en el sentido liberal de la expresión, toda vez que se instauraría una errática política criminal, habida cuenta que, no existiendo diferencias sustanciales entre derecho penal y derecho disciplinario por virtud de ello, llegaría el día en que el legislador, sin más ni más, podría convertir sin ningún problema todos los ilícitos disciplinarios en injustos penales.

Si, como lo afirmó la exposición de motivos 'el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro', tal cometido, sin que se presente a interpretaciones diferentes, se logra con la modificación propuesta.'

Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones[251] . En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho

251 Ver Sentencia C-417/93 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

> disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.
>
> *El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad (sic) de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria.* Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad (sic) de la conducta.
>
> *Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria*[252].
>
> Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por si misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines *(las negrillas fuera del texto)*.
>
> *No asiste razón, en consecuencia, al actor cuando solicita la constitucionalidad condicionada de la norma, pues como se ha visto ella simplemente traduce la especificidad propia de la falta disciplinaria en relación con la antijuricidad (sic) de las conductas que sanciona la Ley disciplinaria, por lo que la Corte declarará la exequibilidad pura y simple del artículo 5º de la Ley 734 de 2002, pero circunscrita al cargo analizado y así lo señalará en la parte resolutiva de esta sentencia.*
>
> *(…)" (las negrillas fuera del texto).*

Cuando se aborde la teoría de la falta disciplinaria, enriqueceremos este principio con mayores fundamentos que nos permitan acercarnos a un concepto más claro acerca de la existencia del objeto, interés o bien jurídico y la antijuridicidad material incorpórea en el campo del derecho disciplinario, sobre todo cuando en la *Sentencia C-284 del 1 de junio de 2016* (Sala Plena. Expediente OG 149), la *Corte Constitucional* con ponencia de Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, con ocasión a las *objeciones de inconstitucionalidad y por inconveniencia* presentadas por el primer mandatario de la Nación contra el *Código General Disciplinario* (proyecto de ley 055 de 2014 Senado 195 de 2014 Cámara), sentó algunos planteamientos doctrinales que guardan relación con el tema.

252 Ver Sentencia C-373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño. S.P.V. de los magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynnet.

5. Favorabilidad [253]

Principio de favorabilidad. Ubicación y generalidades

El principio de favorabilidad se encuentra redactado en los artículos 8º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[254],14 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[255]; 12 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[256], 7º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[257], 5º (f) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[258]; 47 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[259] y 10 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[260] y tiene su origen en el inciso 3º del artículo 29 de la *Constitución Política*, el cual anuncia que:

> "(…) *la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable* (…)".

Es la razón por la cual los *artículos* referidos, se construyeron de la siguiente manera:

> *Artículo 8°. Ley 1952/2019. "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". *(las negrillas fuera del texto).*
>
> *Artículo 14. Ley 734/2002. "Favorabilidad.* En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política".
>
> *Artículo 12. Ley 1015/2006. "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".

---

253 En Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Principios Rectores de la Ley Disciplinaria*–Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 1. Bogotá D.C., 2023, pág. 47, se anota:
La consagración de este principio en la ley disciplinaria obedece a que el debido proceso, como derecho fundamental se predica tanto de las actuaciones judiciales como administrativas, lo que subsume la limitación que, en principio, se refiere a las actuaciones en materia penal. Siendo pertinente lo que la Corte Constitucional ha definido al respecto. Veamos:
"La Corte ha considerado obligatorio el respeto del principio de favorabilidad, de conformidad con el cual la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Frente a este punto, ha advertido que aun cuando el artículo 29 de la Constitución se refiere a la aplicación del principio en "materia penal", ello "(…) no impide que el legislador lo extienda a otros ámbitos del derecho sancionador, como el disciplinario. Tampoco conduce a que el juez deba interpretar restrictivamente esta garantía, que tiene pleno sentido y especial relevancia dentro de un Estado social de derecho en otros contextos punitivos diferentes al penal" (Corte Constitucional. *Sentencia C-692 del 9 de julio de 2008*. M.P. Dr. Manuel José Cepeda Espinosa).

254 Código General Disciplinario.

255 Código Disciplinario Único.

256 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

257 Código Disciplinario del Abogado.

258 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

259 Código Disciplinario Militar.

260 Estatuto Disciplinario Policial.

> *Artículo 7°. Ley 1123/2007. "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.
>
> La ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la ley determine".
>
> *Artículo 5º.Ley 1828/2017.* "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:
>
> (…)
>
> f) Favorabilidad. La ley permisiva o favorable se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
>
> (…)".
>
> *Artículo 47. Ley 1862/2017. "Favorabilidad.* En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, sustantiva o procesal, aún 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.
>
> La ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la ley determine".
>
> *Artículo 10. Ley 2196/ 2022. "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 Constitución Política".

Sea lo primero afirmar que las *disposiciones* que preceden le brindan mayor *claridad* al principio en estudio, habida cuenta que en *Ley 200 del 28 de julio de 1995*[261], la definición era menos técnica y rigurosa. Las nuevas disposiciones guardan mayor *correspondencia* con el *artículo 29* de nuestra *Carta Política de 1991*, ya que la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[262] le adicionó las frases: *"aun cuando sea posterior"* y la relacionada con que el principio de favorabilidad *"rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política"*, y la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[263] en el artículo 8º le agregó a la "ley permisiva o favorable", la expresión "sustancial o procesal de efectos sustanciales", que no formaban parte del *artículo 15* de la *Ley 200 de julio 28 de 1995* y de los artículos 14 de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[264]; 12 de la *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[265], 7º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[266], 5º (f) de la *Ley 1828 del 23 de enero*

261 Primer Código Disciplinario Único.

262 Segundo Código Disciplinario Único.

263 Código General Disciplinario.

264 Código Disciplinario Único.

265 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

266 Código Disciplinario del Abogado.

de 2017[267]; y 10 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[268]. La *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[269] en su artículo 47 le agrega, en su inciso 2º, el "efecto general inmediato de las normas procesales" como parte del principio de favorabilidad, el cual eliminó la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*.

El principio de favorabilidad, además de estar definido en nuestra Carta Fundamental y en todas las demás Codificaciones Disciplinarias, igualmente, se enuncia y explica en las Leyes 153 del 15 de agosto de 1887 (Reglas generales sobre validez y aplicación de las leyes); 599 del 24 de julio de 2000 (Código Penal); 600 del 24 de julio de 2000 (Código de Procedimiento Penal); 906 del 31 de agosto de 2004 (Código de Procedimiento Penal actual); 190 del 6 de junio de 1995 (anterior Estatuto Anticorrupción), leyes que precisan la aplicación de la ley permisiva o favorable con preferencia y desconocimiento de la ley restrictiva o desfavorable. Este principio, por consiguiente, se relaciona de manera muy allegada con los postulados que rigen la aplicación de la ley en el tiempo[270], en el espacio[271] y en cuanto a las personas [272] hacia quienes se dirige.

Entonces: ¿cuál sería para nosotros la *ley más favorable*? La *ley más favorable*, sería aquella que le quita el carácter de *falta disciplinaria* a una conducta que estaba considerada como violatoria de los deberes, derechos y prohibiciones. Es la que impone una sanción más benigna; es la que desarrolla o crea causales de exclusión de responsabilidad; es aquella que advierte condiciones procedimentales más *favorables*. En síntesis, la ley *más favorable,* es aquella que produce consecuencias *menos graves* para el indagado, investigado o disciplinado; es la que, *"al innovar la precedente, hace entrar el hecho bajo un precepto más suave o lo sujeta una sanción más benigna"* [273]; es la que vuelve más ali-

267 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

268 Estatuto Disciplinario Policial.

269 Código Disciplinario Militar.

270 "Las leyes penales, como cualquier otra especie de normas, nacen y mueren; su ciclo vital comienza cuando el legislador las pone en conocimiento de los asociados, vale decir, las promulga (Código de Régimen Político y Municipal, artículo 52) y terminan cuando una nueva ley las deroga expresa o tácitamente"

Durante el período de su vigencia, la ley tiene la fuerza obligatoria absoluta." (Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal*, ob. cit., pág. 60).

271 "El ámbito de acción de la ley penal no es absoluto; su actividad tiene generalmente una limitación en el espacio; la norma penal no se aplica indistintamente a todos los coasociados del orbe en todos los casos, sino a quienes se hallen dentro de un determinado espacio físico sobre el cual el Estado ejerce su soberanía. En otras palabras, la ley penal, por regla general, circunscribe su fuerza vinculante a un determinado espacio territorial." (Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal,* ob. cit., pág. 68).

272 "La ley penal colombiana se aplica a todas las personas que en el territorio nacional la infrinjan, según lo dispuesto por el artículo 13 del Código Penal, 'salvo as excepciones consagradas en el derecho internacional'.

Esta norma consagra el principio de la obligatoriedad de la ley penal, en virtud del cual todas las personas que estén en Colombia, así sea ocasionalmente o de paso, quedan sometidas al imperio de la ley colombiana, independientemente de su nacionalidad, sexo, edad, estirpe o condición.
(...)
El principio aludido se explica por la naturaleza misma del derecho penal que, siendo una de las más altas manifestaciones de la soberanía estatal, no puede menos de ejercer su imperio sobre todos sus destinatarios indiscriminadamente." (Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal*, ob. cit., pág. 79).

273 Maggiore, Giuseppe. *Derecho Penal*, Parte General, volumen I, traducción de José J. Ortega Torres, editorial Temis, pág. 201, Bogotá, 1954.

viada la posición del investigado en el proceso. Por ello el *principio de favorabilidad* no se puede sujetar a reglas rígidas; debe ser analizado de acuerdo con el caso concreto, enfrentando las normas en conflicto y determinando los aspectos que harán aplicar una u otra ley. La aplicación del principio de *favorabilidad* es ante todo una labor muy seria, lógica, ordenada y práctica, la cual precisa una fundamentada visión del principio *de la dignidad humana* y del *derecho de defensa* de la persona a quien se impone su aplicación inmediata.

Principio de favorabilidad. Fundamento

La razón de ser de la aplicación del principio de *favorabilidad* es principalmente de carácter humano, racional y de marcado respeto a la *dignidad del hombre*; es de una gran naturaleza justa y equitativa, pues la *Carta Fundamental del Estado*, mira a todos los destinatarios de la ley como *iguales* y así tiene que imponerse en una sociedad democrática y participativa. El *principio de favorabilidad* se fundamenta en la *garantía* protectora de los *derechos* de las personas que les proporciona la *Constitución Política de Colombia*.

Favorabilidad e irretroactividad [274]

Cuando revisamos el *principio de legalidad* establecimos, sin equivocación alguna, que ese principio tiene como soporte inequívoco y de obligatorio cumplimiento el que las disposiciones de cualquier género *rigen para el futuro,* es decir que las mismas no se podrán aplicar a conductas desarrolladas en el pasado porque tendría consecuencias *retroactivas*, lo cual no está permitido en la *Constitución Política Colombiana*, salvo cuando la ley favorezca al investigado, lo cual permite que se aplique a los hechos que tuvieron su *génesis* bajo el mandato de la *ley que le antecedió*, pues de acuerdo con el *artículo 29 de la Carta Política* "(…) *la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*".

Retroactividad de la ley disciplinaria más favorable

Como ya lo expresamos en el párrafo que antecede, la *retroactividad de la ley disciplinaria más favorable* resulta en su *aplicación* solamente en los casos en que la misma sea más *benigna* al investigado, la cual se aplicará *obligatoriamente* y de manera *retroactiva* a hechos realizados en *vigencia* de una *ley anterior restrictiva o desfavorable*, que fue derogada expresa o tácitamente.

Es el caso del *servidor público* que realiza una conducta en vigencia de una ley que lo calificaba como *grave* y que contemplaba para él exclusivamente una sanción de *destitución*. Posteriormente se sanciona una ley que le atribuye a las *faltas graves* como *sanción* la *suspensión* en el ejercicio del cargo hasta por *noventa (90) días* y no la *destitución.* Aquí se aplica, *por favorabilidad,* la ley nueva por ser *menos* rigurosa para las pretensiones del disciplinado y se sacrifica la que por virtud del *principio de legalidad* era la preexistente al momento de la realización del comportamiento disciplinable.

274 Significa que la ley no es retroactiva, es decir que no tiene aplicación, efectividad o fuerza sobre el pasado.

Favorabilidad y ultractividad

Podemos hablar de la permisibilidad en la aplicación de la *ley ultractiva*, cuando la *ley derogada* se continúa aplicando a una conducta que fue realizada durante su vigencia, toda vez que la *ley nueva* resulta *desfavorable* al investigado o disciplinado. Es decir, cuando se proyecta la *Ley derogada hacia el futuro*, bajo la estricta condición de que la conducta se haya cometido durante la vigencia de la ley *derogada* que le sea favorable al indagado, investigado o disciplinado.

Es el caso del *servidor público* que realiza un hecho en vigencia de una ley que lo calificaba como *grave* y que contemplaba para él exclusivamente una sanción de *suspensión*. Posteriormente se sanciona una ley que le atribuye a las *faltas graves* como *sanción* la *destitución* y no la *suspensión.* Aquí se aplica, *por favorabilidad,* la ley antigua por ser *menos* rigurosa para las pretensiones del disciplinado.

Favorabilidad. Ley temporal[275] *y ley excepcional*[276]

La *ley temporal y la ley excepcional* son aquellas que sus efectos se encuentran *limitados en el tiempo,* como en el caso de la ley de los *estados de excepción*.

Con relación a estas normas de vigencia *transitoria,* en nuestro ordenamiento jurídico se conserva las aplicaciones *ultractiva y retroactiva* cuando se trate de aplicar la *ley más favorable*.

Favorabilidad. Aplicación en leyes sustantivas o adjetivas[277]

De conformidad con lo que señalaba la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[278] en su artículo 14, lo que hoy en día determinan los artículos 8º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[279], 12 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[280], 7º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[281], 5º (f) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[282]; 47 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[283]; y *10 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[284], el principio constitucional y legal de la *favorabilidad* se aplica de acuerdo a la siguiente precisión normativa: *Favorabilidad*. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable, lo cual está en consonancia con el mandato constitucional que expresa: "*Artículo 29. Debido proceso. El debido proceso*

275 Estas leyes tienen su vida limitada de manera expresa o tácita desde que entran a regir y se caracterizan porque suspenden las disposiciones que sean contrarias mientras dura su vigencia.

276 Son las que se expiden con la exclusiva finalidad de impartir solución a problemas muy puntuales que se presentan en el orden estatal, es decir para conjurar situaciones de carácter extraordinario y que, a diferencia de las leyes temporales, son de indefinida duración.

277 O procedimentales o formales o instrumentales o aquellas que dirigen un proceso de principio a fin.

278 Código Disciplinario Único.

279 Código General Disciplinario.

280 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

281 Código Disciplinario del Abogado.

282 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

283 Código Disciplinario Militar.

284 Estatuto Disciplinario Policial.

se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y *administrativas*. (…), *la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable* (…)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*, lo cual nos indica claramente que el principio de favorabilidad se aplica a las leyes sustantivas y adjetivas o procesales (judiciales y administrativas) sin distinción de ninguna clase y de manera general, lo cual quedó muy clara en los artículos 8º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario) y *47 inciso 1º de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar), al expresar:

> *Artículo 8°. Ley 1952/2019. "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". *(las negrillas fuera del texto).*
>
> *Artículo 47. Ley 1862/2017. "Favorabilidad.* En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, sustantiva o procesal, aún 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. …". *(las negrillas fuera del texto).*

Haciendo un poco de historia, recordamos que la *Ley 200 del 28 de julio de 1995* (primer Código Disciplinario Único), en sus *artículos 5º y 15*, expresaba: "*Debido proceso*. Todo servidor público o particular que ejerza funciones públicas deberá ser procesado conforme a leyes sustantivas y procesales preexistentes a la falta disciplinaria que se le atribuya (…)", y "En materia disciplinaria la ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable" *(las negrillas fuera del texto)*, lo cual explicaba claramente que *esas disposiciones se refería tanto a normas sustantivas como adjetivas*, en cumplimiento aferrado a la normativa constitucional ya trascrita, en lo pertinente, y con relación al *principio de favorabilidad*.

Este principio, que se relaciona con el *debido proceso,* debe ser objeto de una interpretación adecuada en armonía con el principio desaparecido del *"efecto general inmediato de las normas procesales"*, a cuyos apartes ya hicimos referencia, toda vez que aunque la aplicación de la ley es *inmediata* en asuntos de jurisdicción, competencia, sustanciación y ritualidad del proceso, *no puede agravar o empeorar la situación del indagado, investigado o disciplinado,* de tal manera que se encuentre por la sola determinación de la norma *desprotegido* en su *derecho de defensa*, consagrado en la *Constitución Política Colombiana*.

Desde mis primeras obras que fueran presentadas a la comunidad jurídica después del año de 1990, he considerado que *el principio de favorabilidad disciplinario*, derogó al *artículo 40 de la Ley 153 del 15 de agosto de 1887*[285] ley esta última que señala: *'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir'*, toda vez que a la par con la *Carta Fundamental del Estado*, las primeras *Leyes Disciplinarias* dispusieron que "*En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable* (…)", lo cual no distingue entre norma *sustantiva* y *adjetiva*. Y no puede ser distinta la interpretación, pues las leyes hay que armonizarlas con la *Constitución Política* en donde también se encuentra establecido el principio rector del

285 Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

debido proceso, que determina que "(...) *El debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones* judiciales y *administrativas* y que (...), *la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable* (...)". *(El subrayado y las letras inclinadas fuera del texto)*, sin hacer distinción entre lo *sustantivo* y lo *adjetivo*, tal como ya lo he manifestado.

Por consiguiente el derogado artículo 7º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, que se aplicaba en las *Leyes Disciplinarias* vigentes para ese entonces, por mandato del principio de *aplicación de principios e integración normativa* de cada una de las *Codificaciones Disciplinarias,* no podía tener vigencia en la ley disciplinaria para las normas procesales de efecto sustancial, habida cuenta que esa disposición contradecía la *Constitución Política*, argumento que nos permiten rechazar, para ese entonces, el artículo 223 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[286] y el artículo 198 de la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003*[287], cuando señalaban que: "*Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo, de conformidad con el procedimiento anterior*", pues "los procesos" no están supeditados a un "auto de cargos", o como hoy en día sucede con la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[288] en el artículo 263, modificado por el artículo 71 de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021* con "*los procesos en los cuales se haya surtido la notificación del pliego de cargos o instalado la audiencia del proceso verbal*", sino al *principio de favorabilidad* que estamos estudiando a la luz de la *Constitución Política de 1991* y de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, muy a pesar del pensamiento de algunos tratadistas del *Derecho Disciplinario,* de la declaratoria de *exequibilidad* del *artículo 223* por parte de la *Corte Constitucional* en *Sentencia C-328 del 29 de abril de 2003,* con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, *expediente D-4224* y de la *interpretación* que en el *pasado* asumió la *Procuraduría General de la Nación*, en los siguientes términos:

> Directiva N.º 009 del 26 de mayo 26 de 2002. Dr. Edgardo José Maya Villazón. Procurador General de la Nación.
>
> "El Procurador General de la Nación, en cumplimiento de las funciones asignadas en el artículo 7 numeral 7° del Decreto 262 de 2000, se permite señalar el criterio con que han de ser interpretados y aplicados algunos de los preceptos del nuevo Código Único Disciplinario, pues, la entrada en vigencia de la Ley 734 de 2002, ha generado algunas dudas e interpretaciones en relación con la aplicación de varias de sus normas. Asimismo, se establecen algunas directrices que colaborarán con el éxito del proceso disciplinario.
>
> (...)
>
> 3. Transitoriedad. Cuando el artículo 223 señala que los procesos disciplinarios que se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo con el procedimiento anterior, el mencionado auto no requiere haber sido notificado personalmente. En este sentido, basta que para el cuatro (4) de mayo se hubiese formulado el pliego de cargos, para aplicar la disposición transitoria del artículo 223, pues se entiende que dicho auto como tal existe desde el momento de la firma por el funcionario competente, quedando en tal oportunidad debidamente ejecutoriado, y del

286 Código Disciplinario Único.

287 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

288 Código General Disciplinario.

mismo no hace parte el acto de su comunicación que tiene que ver con el ejercicio del derecho de defensa en la etapa de descargos.

(…)".

Concepto PAD-N.º 6299 del 18 de octubre de 2002. Dr. Silvano Gómez Strauch Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios.

"(…)

En el oficio de la referencia y ante la vigencia de la Ley 734 de 2002, formula usted algunos interrogantes sobre los siguientes temas disciplinarios:

(…)

4- En virtud de lo dispuesto en los artículos 7 y 223 de la Ley 734 de 2002, sobre la aplicación de normas de sustanciación y ritualidad del proceso y la aplicación del procedimiento anterior, solicita se aclare:

'¿Quiere ello significar que la salvedad a que hace alusión el mencionado artículo 7 implica que las investigaciones en donde se formuló auto de cargos se tramiten con sujeción a todas las normas procedimentales establecidas en la Ley 200 de 1995, tales como las que señalan términos, notificaciones, recursos, etc., o si por el contrario estos aspectos deben regirse por la nueva ley disciplinaria en razón a que la sustanciación y ritualidad del proceso debe ser de aplicación inmediata?'

Sobre el tema en cuestión debe tenerse presente que la Ley 734 de 2002, en su artículo 7 señala:

'(…) *Efecto general inmediato de las normas procesales. La ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la misma ley determine*'.

De la lectura del código se desprende que respecto de las normas procesales se marca una diferencia entre las de procedimiento y las de competencia, pues si bien en materia procedimental se establece una excepción a la regla general prevista en la norma transcrita, no sucede lo mismo en materia de competencia, pues no se hace ninguna salvedad al respecto,

Ciertamente, en materia procedimental las normas pertinentes consagran reglas de transitoriedad para que operen frente al tránsito legislativo, al establecer en su artículo 223 lo siguiente:

'(…) *Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo, de conformidad con el procedimiento anterior'*.

Sobre el particular, el Jefe del Ministerio Público, en Directiva 009 del 26 de mayo de 2002, precisó:

'(…) *Cuando el artículo 223 señala que los procesos disciplinarios que se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo con el procedimiento anterior, el mencionado auto no requiere haber sido notificado*

> *personalmente. En este sentido, basta que para el cuatro (4) de mayo se hubiese formulado el pliego de cargos, para aplicar la disposición transitoria del artículo 223, pues se entiende que dicho auto como tal existe desde el momento de la firma del funcionario competente, quedando en tal oportunidad debidamente ejecutoriado, y del mismo no hace parte el acto de su comunicación que tiene que ver con el ejercicio del derecho de defensa en la etapa de descargos*'.
>
> Lo anterior, implica que si en la investigación no se han formulado cargos, el procedimiento aplicable es el previsto en la Ley 734 de 2002, pero si los tiene, independientemente de que se encuentren o no notificados, como lo indica el Procurador en la mencionada directriz, el procedimiento que debe observarse hasta el fallo definitivo es el señalado en Ley 200 de 1995, que contempla entre las normas procedimentales las relativas a las etapas del proceso, las actuaciones y los actos que pueden surtirse dentro del mismo, la forma de notificación de las providencias, los recursos que proceden, los términos, etc.
>
> (...)".

En conclusión, el *principio de favorabilidad* de que tratan las *Codificaciones Disciplinarias* actuales, indica que la "ley permisiva o favorable" lo será tanto la "ley sustancial o la ley procesal", y cuando se trate de aplicar la "ley procesal", será favorable aquella "ley" que tenga "efectos sustanciales". Y ello es así porque en un *Estado social*, "constitucional" *y democrático de derecho*, sus normas se *interpretan y aplican* con respeto los *derechos fundamentales inherentes a la dignidad humana*, sin que por ningún motivo pueda pensarse que las "normas procesales" escapan a la "proyección y respeto de las garantías de los destinatarios" o de los *disciplinables*.

Favorabilidad. Algunas decisiones de la Corte Constitucional

Para efectos *académicos y prácticos*, con relación al principio de f*avorabilidad*, se transcribirán apartes de algunas las *decisiones jurisprudenciales* de la *Corte Constitucional*, así:

Sentencia T-233 del 25 de mayo de 1995. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

> "(...) Por lo pronto me permito transcribir el siguiente aparte: '(...) Pero, *en materia sancionatoria, el principio de irretroactividad de la ley es inseparable del de favorabilidad, plasmado en el artículo 29 de la Constitución, según el cual, en ese campo, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (...)' '(...) En el terreno disciplinario, el principio de favorabilidad es también obligatorio, toda vez que la actuación correspondiente culmina con una decisión en torno a la responsabilidad del incriminado y a la aplicabilidad de una sanción por la conducta imputada. Allí militan las mismas razones en que se funda la Constitución para exigir la aplicación del postulado en materia penal. Entonces, si la autoridad encargada de resolver sobre un proceso disciplinario desconoce la norma favorable, atendiendo tan sólo al tiempo de vigencia de la ley, vulnera el debido proceso* (...)'" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Sentencia C-181 del 2 de marzo de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

"(...) Ahora bien, el principio del que se viene hablando, aquél que prescribe que la ley aplicable a una situación fáctica es la vigente al momento de su acaecimiento, tiene como fin primordial la protección del principio de la seguridad jurídica, pilar fundamental del orden público. No obstante, la tradición jurídica ha reconocido la posibilidad de establecer una excepción a tal precepto para permitir que situaciones de hecho acaecidas bajo la vigencia de una ley sean reguladas por otra.

La Corte se refiere en estos términos al principio de favorabilidad, según el cual, una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. El artículo 29 de la Constitución Política ha consagrado dicho principio en los siguientes términos "en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia.

En materia penal y, actualmente, en el campo del derecho disciplinario, el principio de favorabilidad se aplica también a las normas procesales, a pesar de que se mantiene el principio general de la aplicación inmediata. Así lo ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional, uno de cuyos fallos se cita a continuación:

'(...) *la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 Superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal'*. Sentencia C-619 de 2001 (*Subrayas fuera del original*).

Tal como lo reconoce la providencia en cita, el ingreso de nuevas disposiciones procesales en materia penal también debe respetar el principio de la favorabilidad. Ello hace que el principio en cuestión también sea aplicable al derecho disciplinario, ya que las máximas de esta área jurídica se inspiran, por naturaleza, en las del derecho penal. Así lo reconoce el artículo 18 de la Ley 200 de 1995 cuando prescribe:

Artículo 18. Prevalencia de los principios rectores. En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores que determinan este Código, la Constitución Política y las normas de los Códigos Penal, Procedimiento Penal y Contencioso Administrativo.

Adicionalmente, y de forma expresa, el artículo 15 de la misma ley reconoce la aplicación del principio de favorabilidad en materia disciplinaria:

Artículo 15. Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Del mismo modo lo resalta la Corte Constitucional en sus fallos, tal como se lee en el siguiente aparte jurisprudencial:

'…el derecho disciplinario, por su naturaleza sancionadora, es una especie del derecho punitivo. Ello implica que las garantías sustanciales y procesales del derecho más general, el penal, sean aplicables al régimen disciplinario. Es decir, que ante la ausencia de reglas y principios propios que rijan lo disciplinario, dado que es un derecho en proceso de sistematización y elaboración de los institutos sustanciales y procesales que lo estructuren como una disciplina autónoma, se ha hecho imperioso acudir a los principios y garantías propios del derecho penal (Sentencia C-769 de 1999)'.

Esta integración que se ha hecho entre el principio de aplicación inmediata de la ley y el de favorabilidad penal, aplicado específicamente al campo del derecho disciplinario, fue –precisamente- objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional cuando el tribunal sostuvo que el artículo 9° de la Ley 200 de 1995 debía ser interpretado a la luz de las demás disposiciones legales para garantizar su concordancia con las prescripciones de la Carta.

En esa oportunidad, mediante providencia de revisión de fallo de tutela, la Corte presentó las siguientes afirmaciones, que refuerzan la posición aquí asumida:

'A propósito de la aplicación de la ley en el tiempo, los artículos 9 y 176 de la Ley 200 de 1995 disponen lo siguiente:

*'Artículo 9. Aplicación inmediata de la Ley**.** La ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la misma ley determine'.*

'Artículo 176.- Transitoriedad. Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente Ley se encuentren con oficio de cargos notificado legalmente, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento anterior'.

'Téngase en cuenta que, como lo establece la primera norma transcrita, el principio general consiste en la aplicación inmediata de la Ley 200 tanto en los aspectos de fondo como de forma. Y, en cuanto atañe al tránsito de regímenes, el artículo 176 consagra la excepción a esa regla respecto del 'procedimiento'.

*'Ahora bien, ambas normas deben ser interpretadas de tal forma que no desconozcan el principio de favorabilidad que en materia disciplinaria tiene plena aplicación, pues como lo establece el artículo 15 del mismo estatuto, 'la ley favorable o permisiva se aplicará **de preferencia** a la restrictiva o desfavorable', lo que representa desarrollo y aplicación del mandato consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.*

'La anterior afirmación se encuentra reforzada por lo establecido en el artículo 18 de la mencionada ley, el cual hace alusión a la prevalencia en la interpretación y aplicación del régimen disciplinario, de los principios rectores consagrados en ese Código, en la Constitución Política y en los códigos Penal y de Procedimiento Penal.

'En este orden de ideas, se concluye que tanto en materia sustantiva como procesal, las disposiciones más favorables al inculpado deben aplicarse de manera preferente, aunque el régimen transitorio determine en principio cosa diversa.'" (Sentencia C-625 de 1997. *Subrayas fuera del original*)

Del fallo transcrito se deduce entonces que, a pesar de que en materia disciplinaria el principio de aplicación inmediata de la ley procesal constituye pieza fundamental del sistema, éste debe integrarse con el principio de favorabilidad en virtud de la estirpe constitucional del último.

ii) Constitucionalidad de la norma demandada

El cargo del impugnante señala que, al disponer la aplicación inmediata de la ley procesal, el artículo demandado quebranta el principio de que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa'. El artículo 9º de la Ley 200 de 1995 quebrantaría el canon constitucional porque permitiría que faltas disciplinarias cometidas en un determinado momento, fueran juzgadas con base en normas procesales que no se encontraban vigentes para el tiempo de su comisión.

En esta medida, la norma legal estaría incluyendo una excepción no prevista en el canon superior, respecto de las normas procesales del régimen disciplinario. Dice el demandante que la única excepción a la máxima constitucional es la de la aplicación favorable de la ley.

Vistas las consideraciones precedentes y la jurisprudencia traída a colación, esta Corporación no encuentra jurídicamente aceptables los cargos de la demanda.

Ello es así porque, precisamente, la pretensión del artículo 9º de la Ley 200 de 1995 es realizar el principio general contenido en el 29 de la Carta que prescribe la aplicación de la norma jurídica a partir de su promulgación y hacia el futuro.

De acuerdo con lo dicho, la norma acusada debería interpretarse partiendo de tres principios fundamentales. El primero, que la ley opera hacia adelante en el tiempo; el segundo, que las normas procesales o de trámite entran a regir inmediatamente, y el tercero, que lo anterior no excluye la aplicación favorable de la ley en el tiempo ni la existencia de un régimen de transición que permita continuar con los trámites previstos en la ley anterior, en los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la ley nueva se encontraren con oficio de cargos legalmente notificado.

Así las cosas, esta Corporación considera que el precepto acusado se ajusta a los cánones constitucionales puesto que su único cometido es el de realizar un principio de aplicación normativa ampliamente aceptado, que a todas luces admite aplicación favorable de los procedimientos derogados. Pese

a que los cargos de la demanda parecen presentar la norma como disposición contraria a los principios superiores, de la interpretación que aquí se le ha dado se concluye precisamente lo contrario: la disposición pretende, antes que nada, la protección de los derechos individuales derivados de los cambios de legislación.

De esta manera, la Corte declarará su exequibilidad. (...)".

Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

"(...) En atención a las anteriores circunstancias la Corte se estará a los resuelto en la Sentencia C-181/02 en relación con los cargos formulados en el presente proceso contra el artículo 7 de la Ley 734 de 2002. (...)"[289].

Sentencia C-328 del 29 de abril de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

"(...) 5. Análisis de constitucionalidad del artículo 223 de la Ley 734 de 2002[290]. La norma acusada no excluye la aplicación del principio de favorabilidad.

Como se observó anteriormente, otro problema jurídico a resolver en el presente proceso es el siguiente: ¿Viola el principio de favorabilidad una disposición legal según la cual las personas investigadas disciplinariamente cuyo proceso se encuentre con auto de cargos serán juzgadas de acuerdo al procedimiento del régimen disciplinario anterior?

La Corte advierte que dicho problema ya ha sido resuelto en anteriores providencias. En efecto, la Sentencia C-181 de 2002[291] declaró exequible el artículo 9º de la Ley 200 de 1995 (anterior Código Disciplinario Único), el cual disponía lo siguiente:

'Artículo 9º: Aplicación Inmediata de La Ley. La ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la misma ley determine'.

Si bien la norma acusada en el presente proceso es diferente a la anteriormente citada, habida cuenta de la pertinencia de esta sentencia para abordar el problema jurídico planteado, se recogen en extenso las consideraciones que orientaron a la Corte en dicha oportunidad:

La regla general sobre la aplicación de la ley en el tiempo prescribe que las leyes rigen a partir de su promulgación, hacia el futuro y hasta su derogatoria. Este principio, ampliamente aceptado, ha sido recogido desde sus orígenes por la normatividad nacional pues constituye la principal garantía de conocimiento, por

289 Sentencia de la Corte Constitucional específica para el *Código Disciplinario Único* o Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

290 La disposición expresa: "Transitoriedad. Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo, de conformidad con el procedimiento anterior".

291 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

parte de los asociados, de la voluntad de su legislador; así como la base fundamental para la seguridad y la estabilidad del orden jurídico[292].

(...)

En materia sancionatoria, el principio de que la ley rige las situaciones de hecho que surgen durante su vigencia se traduce en la máxima jurídica *nullum crimen, nulla poena sine lege, cuya consagración constitucional se encuentra en el artículo 29 de la Carta que dispone: 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa' (art. 29, C.P.). El claro mandato que se incluye en la carta señala que, por regla general, la norma aplicable en un caso determinado es aquella que se encuentra vigente al momento de la comisión del hecho imputado, lo que en otros términos significa que los efectos de la norma jurídica no son retroactivos. En términos generales, el principio que se analiza tiene plena efectividad en relación con las situaciones jurídicas consolidadas que se predican de los derechos subjetivos. De este modo, y según la prohibición del artículo 58 constitucional, una ley posterior estaría impedida para regir una situación jurídica que ha surgido con anterioridad a su vigencia.*

En materia procesal –no obstante- el principio se invierte: la regla general es que la aplicación de la ley procesal en el tiempo es inmediata, debido al carácter público de la misma, y que la ley nueva rige los procedimientos que se han iniciado bajo la vigencia de la ley anterior; excepto las diligencias, términos y actuaciones que hayan comenzado a correr o a ejecutarse bajo la vigencia del régimen derogado. En efecto, la normatividad, la doctrina y la jurisprudencia han entendido que la regla básica en este campo es la de la aplicación inmediata de las normas procesales, ya que el diseño de los trámites a que debe someterse una discusión jurídica no es asunto que incida necesariamente en el contenido del derecho sustancial, por lo que su alteración no modifica la intangibilidad de los derechos adquiridos, protegida constitucionalmente en el artículo 58 de la Carta.

Lo anterior, como ya se adelantó, debe complementarse con la salvedad que los trámites, diligencias y términos que hayan comenzado a realizarse con anterioridad a la entrada en vigencia de una ley, deben respetarse en las condiciones previstas por la ley anterior.

(...)

Ahora bien, el principio del que se viene hablando, aquél que prescribe que la ley aplicable a una situación fáctica es la vigente al momento de su acaecimiento, tiene como fin primordial la protección del principio de la seguridad jurídica, pilar fundamental del orden público. No obstante, la tradición jurídica ha reconocido la posibilidad de establecer una excepción a tal precepto para permitir que situaciones de hecho acaecidas bajo la vigencia de una ley sean reguladas por otra.

292 "El principio general que informa nuestra legislación positiva es el que las leyes han de tener efecto de aplicación para lo por venir y no para el pasado, a menos que el legislador expresamente diga lo contrario, lo que equivale a decir que ellas en principio no tienen efecto retroactivo, esto es, que las situaciones jurídicas alcanzadas durante el período de vigencia de determinado precepto no pueden ser vulneradas por una nueva disposición. La irretroactividad de la ley encuentra su fundamento esencialmente en serios motivos de conveniencia y seguridad, que tienden a dar estabilidad al orden jurídico". (C.S.J. Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de mayo de 1976).

La Corte se refiere en estos términos al principio de favorabilidad, según el cual, una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. El artículo 29 de la Constitución Política ha consagrado dicho principio en los siguientes términos 'en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable'.

Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia.

(…)

Adicionalmente, y de forma expresa, el artículo 15 de la misma ley reconoce la aplicación del principio de favorabilidad en materia disciplinaria:

Artículo 15. Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

(…)

El cargo del impugnante señala que, al disponer la aplicación inmediata de la ley procesal, el artículo demandado quebranta el principio de que 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa'. El artículo 9º de la Ley 200 de 1995 quebrantaría el canon constitucional porque permitiría que faltas disciplinarias cometidas en un determinado momento, fueran juzgadas con base en normas procesales que no se encontraban vigentes para el tiempo de su comisión. En esta medida, la norma legal estaría incluyendo una excepción no prevista en el canon superior, respecto de las normas procesales del régimen disciplinario. Dice el demandante que la única excepción a la máxima constitucional es la de la aplicación favorable de la ley.

Vistas las consideraciones precedentes y la jurisprudencia traída a colación, esta Corporación no encuentra jurídicamente aceptables los cargos de la demanda.

Ello es así porque, precisamente, la pretensión del artículo 9º de la Ley 200 de 1995 es realizar el principio general contenido en el 29 de la Carta que prescribe la aplicación de la norma jurídica a partir de su promulgación y hacia el futuro.

De acuerdo con lo dicho, la norma acusada debería interpretarse partiendo de tres principios fundamentales. El primero, que la ley opera hacia adelante en el tiempo; el segundo, que las normas procesales o de trámite entran a regir inmediatamente, y el tercero, que lo anterior no excluye la aplicación favorable de la ley en el tiempo ni la existencia de un régimen de transición que permita continuar con los trámites previstos en la ley anterior, en los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la ley nueva se encontraren con oficio de cargos legalmente notificado.

Así las cosas, esta Corporación considera que el precepto acusado se ajusta a los cánones constitucionales puesto que su único cometido es el de realizar un principio de aplicación normativa ampliamente aceptado, que a todas luces admite aplicación favorable de los procedimientos derogados. Pese a que los cargos de la demanda parecen presentar la norma como disposición contraria a los principios superiores, de la interpretación que aquí se le ha dado se concluye precisamente lo contrario: la disposición pretende, antes que nada, la protección de los derechos individuales derivados de los cambios de legislación.

De esta manera, la Corte declarará su exequibilidad.

En otro caso, en sentencia de tutela la Corte integró los principios de aplicación inmediata de la ley procesal y de favorabilidad en el campo del derecho disciplinario. En la Sentencia T-625 de 1997[293] la Corte tuteló el derecho al debido proceso de un funcionario judicial a quien no le había sido respetado el principio de favorabilidad en un proceso disciplinario. En dicha sentencia se dijo:

'A propósito de la aplicación de la ley en el tiempo, los artículos 9 y 176 de la Ley 200 de 1995 disponen lo siguiente:

'Artículo 9. Aplicación inmediata de la Ley. La ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la misma ley determine'.

'Artículo 176.- Transitoriedad. Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente Ley se encuentren con oficio de cargos notificado legalmente, continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento anterior'.

*"*Téngase en cuenta que, como lo establece la primera norma transcrita, el principio general consiste en la aplicación inmediata de la Ley 200 tanto en los aspectos de fondo como de forma. Y, en cuanto atañe al tránsito de regímenes, el artículo 176 consagra la excepción a esa regla respecto del procedimiento'.

'Ahora bien, ambas normas deben ser interpretadas de tal forma que no desconozcan el principio de favorabilidad que en materia disciplinaria tiene plena aplicación, pues como lo establece el artículo 15 del mismo estatuto, 'la ley favorable o permisiva se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable', lo que representa desarrollo y aplicación del mandato consagrado en el artículo 29 de la Carta Política.

'La anterior afirmación se encuentra reforzada por lo establecido en el artículo 18 de la mencionada ley, el cual hace alusión a la prevalencia en la interpretación y aplicación del régimen disciplinario, de los principios rectores consagrados en ese Código, en la Constitución Política y en los códigos Penal y de Procedimiento Penal'.

293 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

'*En este orden de ideas, se concluye que, tanto en materia sustantiva como procesal, las disposiciones más favorables al inculpado deben aplicarse de manera preferente, aunque el régimen transitorio determine en principio cosa diversa*'.

Se observa entonces que en materia disciplinaria la jurisprudencia constitucional ha fijado una posición según la cual, si bien el principio de aplicación inmediata de las normas procesales es compatible con el derecho al debido proceso, éste debe integrarse con el principio constitucional de favorabilidad, máxime cuando el propio Código Disciplinario Único así lo ha establecido en su artículo 14[294]. El que la Constitución haya enunciado este principio vinculándolo a la "materia penal" no impide que el legislador lo extienda a otros ámbitos del derecho sancionador, como el disciplinario. Tampoco conduce a que el juez deba interpretar restrictivamente esta garantía que tiene pleno sentido y especial relevancia dentro de un estado social de derecho en otros contextos punitivos diferentes al penal.

Por estas razones, la norma demandada será declarada exequible (…)" (las negrillas y el subrayado fuera del texto).

Sentencia SU-126 del 7 de abril de 2022. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

"37. En suma, el principio de favorabilidad en materia penal surge del principio de dignidad que estipulan los artículos 1º y 2º de la Carta Política, del derecho al debido proceso que prevé el artículo 29 *ídem* y de los tratados internacionales sobre derechos humanos que conforman el bloque de constitucionalidad a que se refiere el artículo 93 Superior.

"(…) tratándose de la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, no cabe hacer distinción entre normas sustantivas y normas procesales, pues el texto constitucional no establece diferencia alguna que permita un trato diferente para las normas procesales.Al respecto cabe recordar que esta Corporación, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en diferentes ocasiones en las que se ha referido a la concordancia del artículo 40 de la Ley 153 de 1887 —que prevé la regla general de aplicación inmediata de la ley procesal con el artículo 29 constitucional—, ha concluido que independientemente del efecto general inmediato de las normas procesales, el principio de favorabilidad debe operar para garantizar la aplicación de la norma más favorable, sin que en materia penal pueda hacerse distinción entre normas sustantivas y normas procesales que resulten más benéficas al procesado" *(énfasis fuera del texto)*.

Y concluyó señalando que

"El entendimiento del artículo 29 constitucional que ha hecho esta Corporación es en efecto el de que al momento de los hechos que configuran la conducta punible, debe existir un tribunal competente y un procedimiento para juzgar a la persona que ha cometido un delito, pero ello no significa que ese procedimiento no pueda cambiar, o que la competencia del juzgamiento quede definida de manera inmodificable. (…)".

294 La disposición señala: "Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principi0 rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política".

6. Derecho a la defensa [295]

Derecho a la defensa. Ubicación y generalidades

El *derecho a la defensa* se encuentra redactado como *principio rector* en los artículos 15 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[296]; 17 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[297]; 19 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[298]; 12 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[299]; 5º (g) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[300]; 50 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[301] y 13 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[302].

Este principio tiene su origen en el inciso 4º del artículo 29 de la *Constitución Política*, el cual anuncia que:

> "(…) *Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento* (…)".

Es la razón por la cual los artículos 15 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[303],17 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[304]; 19 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febre-*

---

295 En Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Principios Rectores de la Ley Disciplinaria*-Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 1. Bogotá D.C., 2023, págs. 55 y 56, se expresa:

"De acuerdo con lo establecido en el artículo 29 constitucional, el derecho de defensa tiene una doble connotación. En primer lugar, se determina que su ejercicio puede surgir del mismo procesado (material) y, a su vez, la posibilidad de hacerlo a través de un profesional del derecho (técnica).

Con el fin de verificar el desarrollo legal de este principio, resulta útil trascribir el artículo15 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, cuyo tenor es el siguiente:

"*Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor asi´deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio,* **que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente**" (negrillas fuera del texto).

Como se puede ver, acorde con el precepto constitucional, al disciplinado le asiste el derecho de ejercer su propia defensa o de designar apoderado de confianza. Sin embargo, ha de decirse que, en cuanto a la designación por parte de la autoridad disciplinaria, esta no tiene el carácter de absoluto, en razón a que solamente se podrá otorgar tal garantía cuando el disciplinado lo solicite en la diligencia de versión libre, cuando se declare su ausencia, para la confesión y ante la renuencia en el juicio verbal".

296 Código General Disciplinario.

297 Código Disciplinario Único.

298 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

299 Código Disciplinario del Abogado.

300 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

301 Código Disciplinario Militar. En vigencia de la Ley 836 del 16 de julio de 2003 (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares), no aparecía enunciado como principio rector, pero los artículos 98 y 124 lo desarrollaban. De todas maneras, en esa época era aplicable el artículo 17 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, por así permitirlo el artículo 13 del Reglamento.

302 Estatuto Disciplinario Policial. El artículo 11 se refiere al principio de contradicción.

303 Código General Disciplinario.

304 Código Disciplinario Único.

ro de 2006[305]*, 12 de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[306]*, 5º (g) de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[307]; 50 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[308] y 13 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[309], fueron redactados de la siguiente manera:

> *Artículo 15. Ley 1952/2019. Derecho a la defensa.* Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado[310] solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial. Si no lo hiciere, se designará defensor de oficio[311], que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.
>
> *Artículo 17. Ley 734/2002.* "*Derecho a la defensa*. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse.
>
> Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente".
>
> *Artículo 19. Ley 1015/2006.* "*Derecho a la defensa*. Durante la actuación disciplinaria, el investigado tendrá derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse.
>
> Cuando se declare persona ausente, deberá estar representado a través de defensor de oficio, quien podrá ser un estudiante del Consultorio Jurídico".
>
> *Artículo 12. Ley 1123/2007. "Derecho a la defensa.* Durante la actuación el disciplinable tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Cuando se juzgue como persona ausente se designará defensor de oficio".
>
> *Artículo 5º. Ley 1828/2017*. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:
>
> (...)
>
> g) *Derecho de defensa y contradicción*. Durante la actuación, el Congresista Investigado tiene derecho a ejercitar su defensa por sí mismo o por intermedio de apo-

305 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

306 Código Disciplinario del Abogado.

307 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

308 Código Disciplinario Militar. En vigencia de la Ley 836 del 16 de julio de 2003 (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares), no aparecía enunciado como principio rector, pero los artículos 98 y 124 lo desarrollaban. De todas maneras, en esa época era aplicable el artículo 17 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, por así permitirlo el artículo 13 del Reglamento.

309 Estatuto Disciplinario Policial. El artículo 11 se refiere al principio de contradicción.

310 No existe claridad sobre la utilización de este término dentro del Derecho Disciplinario, máxime si dentro de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) no se define: ¿quién es el procesado?

311 De acuerdo con lo referido en el artículo 74 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, la expresión "defensor de oficio", se entenderá como "defensor público o estudiante del consultorio jurídico de universidad legalmente reconocida".

derado, así como conocer, controvertir las actuaciones y decisiones del proceso y ejercer la doble instancia.

(…)".

Artículo 50. Ley 1862/2017. "Derecho a la defensa. Durante la actuación disciplinaria, el destinatario del Código Disciplinario Militar tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Cuando se investigue como persona ausente, deberá estar representado a través de un defensor de oficio que podrá ser un abogado o un estudiante del consultorio jurídico de una institución de educación superior reconocida legalmente.

Los estudiantes de consultorio jurídico actuarán, siempre y cuando la respectiva institución de educación superior certifique su idoneidad[312] y estén bajo control y supervisión de esta[313].

Como sujeto procesal, el defensor tiene las mismas facultades del destinatario; cuando existan criterios contradictorios prevalecerá el del primero".

Artículo 13. Ley 2196/2022. "Derecho a la defensa. Durante la actuación disciplinaria, el investigado tendrá derecho a la defensa material o técnica. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se juzgue como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

El *derecho a la defensa* es un *derecho fundamental* que le corresponde desarrollar a toda persona que sea objeto, no solo de una *investigación penal,* como parece enfocarse la prescripción *Constitucional,* sino de cualquier investigación también de naturaleza administrativa sancionatoria, precisamente por mandato del mismo *artículo 29* citado cuando dispone: "(…) El debido proceso se aplicará a toda clase de *actuaciones judiciales* y administrativas (…)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

Observar el *derecho a la defensa,* es una obligación del *juez disciplinario*[314]*,* toda vez que su violación no solamente conlleva a la afectación de *debido proceso constitucional,* sino

312 Sobre el particular, más adelante se cita la Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, citando varias sentencias de constitucionalidad, entre ellas la C-049 del 8 de febrero de 1996 de Fabio Morón Díaz; C-143 del 7 de febrero de 2001 de José Gregorio Hernández Galindo y C-040 del 28 de enero de 2003 de Clara Inés Vargas Hernández. Igualmente se citará la Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002 de Álvaro Tafur Galvis. Igualmente se citará como fuente legal de esta certificación de "idoneidad" el artículo 3° de la Ley 270 del 7 de marzo de 1996 (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia).

313 Más adelante se cita la Sentencia C-143 del 7 de febrero de 2001 con la cual José Gregorio Hernández Galindo declaró condicionalmente exequibles los numerales 7° y 9° del artículo 1° de la Ley 583 del 12 de junio de 2000 (modificatoria del derogado artículo 30 del Decreto 196 del 12 de febrero de 1971 – Estatuto del Ejercicio de la Abogacía-).

314 Así lo vienen llamando las Sentencias C.S.J. Sala Plena del 7 de marzo de 1985. Magistrado ponente Manuel Gaona Cruz; C-244 del 30 de mayo de 1996. Demandante Marcela Adriana Rodríguez Gómez. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1058 (citado en la Sentencia de tutela T-413 de 1992); C-429 del 2 de mayo de 2001. Demandante Jesús Emilio González Jaramillo. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. Expediente D-2941; T-412 del 22 de mayo de 2004. Demandante Sandra Mora Moncaleano. Magistrado sustanciador Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1266441; T-1093 del 4 de noviembre de 2004. Demandante Gerardo Ramón de los Ríos Chava-

a la trasgresión del *derecho de defensa legal* que inspira cualquier *régimen sancionatorio* y por consiguiente el principio de la *dignidad humana* que trae expresamente contemplado el *artículo 1º* no solo de la *Ley de Leyes* sino del *Código Penal* y del *Código de Procedimiento Penal*.

Derecho a la defensa y actuación disciplinaria

Los artículos 15 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[315],17 de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[316]; 19 de la *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[317], 12 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[318], 5º (g) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[319]; 50 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[320]; y 13 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[321], cuando ellos se refieren a la "actuación disciplinaria", están significando *a* ***cualquier etapa del proceso disciplinario*** en la cual el indagado, el investigado o disciplinado tuviere conocimiento que en su contra se está adelantando una investigación por presuntas faltas disciplinarias. Quiere decir lo anterior, que el *derecho a la defensa*, le está ***preservado*** al *implicado, investigado o disciplinado* ***desde los albores de una investigación*** hasta *antes de que las decisiones parciales o finales causen su ejecutoria*.

Derecho a la defensa y defensa material

La defensa *material* es aquella que de manera directa y sin intervención de *apoderado* desarrolla el *indagado, investigado o el disciplinado*. Es decir, aquella defensa que proyecta el *indagado, investigado o el disciplinado* en la actuación disciplinaria, donde él de manera exclusiva presenta los descargos, solicita pruebas, peticiona la terminación del procedimiento o el archivo de las diligencias y presenta alegatos de conclusión, al igual que cuando él interpone recursos, pide nulidades, exige ser oído y hace uso del poder disciplinario preferente y de la revocatoria directa.

Derecho a la defensa y designación de un abogado

Cuando el *indagado, investigado o disciplinado* no quisiera hacer uso del *derecho a su defensa material*, el principio que estamos comentando le permite elegir un *abogado* de

---

rriaga y otros. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349; C-720 del 23 de agosto de 2006. Demandante Sandra Vargas Leaño. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5968 y C-987 del 29 de noviembre de 2006. Demandante Sandra Mónica Cardozo Rojas. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-6273; C-242 del 7 de abril de 2010. Demandante Diego Alberto Zuleta García. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. Expediente D-7852 y Conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios números C-041 del 18 de marzo de 2009 (María Leonor Rueda Rueda), C-115 (PAD-2449) del 25 de junio de 2009 (Juan Carlos Novoa Buendía),

315 Código General Disciplinario.

316 Código Disciplinario Único.

317 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

318 Código Disciplinario del Abogado.

319 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

320 Código Disciplinario Militar. En vigencia de la Ley 836 del 16 de julio de 2003 (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares), no aparecía enunciado como principio rector, pero los artículos 98 y 124 lo desarrollaban. De todas maneras, en esa época era aplicable el artículo 17 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, por así permitirlo el artículo 13 del Reglamento.

321 Estatuto Disciplinario Policial. El artículo 11 se refiere al principio de contradicción.

confianza para que él, de acuerdo con sus con *sus conocimientos especializados* proceda a plantearle y desarrollarle su defensa. Es lo que en términos jurídicos se denomina *defensa técnica*, debido, precisamente, a la tecnificación de los conocimientos que están en manos solamente de un *abogado titulado* y *especializado* en el área del *derecho disciplinario, sancionatorio, administrativo, penal* o *público*. Y así tendrá que serlo so pena de que *responda disciplinariamente* conforme lo establece el literal i del artículo 34 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[322], cuando señala:

> "Artículo 34. Constituyen faltas de lealtad con el cliente:
>
> (...)
>
> i. Aceptar cualquier encargo profesional para el cual no se encuentre capacitado (...)".

Derecho a la defensa y la expresión "si el procesado[323] *solicita la designación de un defensor así deberá procederse"*

En la vigencia de la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*[324], respecto a la *defensa técnica*, la participación e intervención del *apoderado o defensor* era *muy a elección* del *indagado, investigado* o *disciplinado* (artículo 73). Es decir que, si una vez se le hubiera notificado o comunicado las diligencias de *indagación preliminar* o la *apertura de la investigación*, él perfectamente podía nombrar a su *apoderado o defensor de confianza*, "si lo consideraba necesario", salvo cuando "no presentare escrito de descargos", evento en el cual, una vez dejada la respectiva constancia en el expediente, *se le designaba de inmediato un apoderado para que lo representare en el trámite procesal* (artículo 154). Con la *Ley 734 del 5 de febrero 5 de 2002*[325], si el *indagado, investigado o disciplinado* requería de un *defensor*, la *autoridad disciplinaria* tenía la *obligación* de nombrarlo (artículo 17, inciso 1º), y de igual manera lo debería hacer *oficiosamente* para la contestación del *pliego de cargos* en el evento en que el *investigado o su defensor* no se hubiere presentado dentro de los *cinco días hábiles siguientes a la comunicación para su notificación*, de conformidad con lo señalado en el artículo 165 *ídem. Si habiéndosele nombrado el defensor de oficio y con él se hubiere surtido la notificación personal del pliego de cargos* y no obstante de ello se abstiene de dar contestación al mismo, el competente daba aplicación al artículo 167 *ibidem* el cual determinaba que: "La renuencia del investigado o de su defensor a presentar descargos no interrumpe el trámite de la actuación"[326].

---

322 Código Disciplinario del Abogado.

323 Este término debe entenderse como indagado, investigado, disciplinado o sancionado. Es muy vago e impreciso para el derecho disciplinario, pues para las Codificaciones Disciplinarias el derecho a la defensa es obligatorio garantizarlo en cualquier momento de la actuación y no cuando se sea "procesado".

324 Primer Código Disciplinario Único.

325 Segundo Código Disciplinario Único.

326 Se aclara que para nosotros la única manera para que deba continuarse el trámite de la actuación, es cuando la renuencia a presentar descargos se toma como estrategia de defensa. De lo contrario, se debe insistir en la contestación de los cargos como mecanismo de respaldo al derecho a la defensa y al cumplimiento del principio consagrado en los artículos 11 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (20 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002, que exigen al "funcionario competente" para la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria, "tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la bús-

Finalmente, para los procesos en que aún se aplique la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, nos preguntamos: ¿cómo debe hacer el *juez disciplinario* para nombrar el *defensor de oficio* requerido por el *indagado, investigado o disciplinado* o para la notificación y contestación del pliego de cargos? La respuesta nos la da el *artículo 93 del ídem* que a la letra dice: *"Los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000"*[327], norma que hay que relacionarla o concordarla con el mismo *artículo 17 de la Ley 734* que estamos comentando y que reza: "(…) *Cuando se juzgue como persona ausente deberá* estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, *que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente*"[328].

El artículo 225 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[329] (modificado por el artículo 39 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021) indica que "el pliego de cargos se notificará personalmente al procesado o a su defensor, si lo tuviere". Reclama la norma que "para el efecto, inmediatamente se librará comunicación y se surtirá con el primero que se presente". Sin embargo, más adelante la disposición señala: "Si vencido el término de cinco (5) días contados a partir del día siguiente a la entrega de la comunicación en la última dirección registrada y al correo electrónico, no se ha presentado el procesado o su defensor, si lo tuviere, se procederá a designar defensor público[330] o estudiante del consultorio jurídico de universidad legalmente reconocida con quien se surtirá la notificación personal". Finalmente, el artículo 228 *idem*[331] expresa que:

> "A la audiencia debe ser citado el disciplinable y su defensor. Si el defensor no asiste, esta se realizará con el disciplinable, salvo que solicite la presencia de aquel. Si no se presentaré ninguno de los dos sin justificación, se designará inmediatamente un defensor de oficio[332] que podrá ser un defensor público o un estudiante de consultorio jurídico de Instituciones de Educación Superior legalmente reconocidas, si es del caso, se ordenará la compulsa de copias para que se investigue la conducta del defensor.
>
> El disciplinable y su defensor podrán presentarse en cualquier momento, asumiendo el proceso en el estado en que se encuentre. La misma consecuencia se aplicará en los eventos e sustitución de poder.

---

queda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen".

327 El artículo 113 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 ya no se refiere a "los términos previstos en la Ley 583 de 2000", sino a "los términos previstos en la ley" de manera muy genérica.

328 O defensor público por mandato del artículo 72 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2022 que lo reformó al indicar que la expresión "defensor de oficio", "se entenderá como defensor público o estudiante del consultorio jurídico de universidad legalmente reconocida".

329 Código General Disciplinario.

330 El artículo 225 inciso 2º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario), se refería a la expresión "defensor de oficio", palabra que fue reemplazada por "defensor público o estudiante del consultorio jurídico de universidad legalmente reconocida con quien se surtirá la notificación personal", por así establecerlo el artículo 72 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

331 Modificado por el artículo 49 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

332 Esta expresión "defensor de oficio", de conformidad con lo establecido en el artículo 72 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, debe entenderse como "defensor público o estudiante de consultorio jurídico de universidad legalmente reconocida".

> La inasistencia de los sujetos procesales distintos al disciplinable o su defensor no suspende el trámite de la audiencia".

Derecho a la defensa y los estudiantes de los Consultorios Jurídicos de las universidades

El derecho a la *defensa técnica*, en materia disciplinaria, encuentra respaldo en el artículo 29 de la *Constitución Política* y en los artículos 15, 113 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[333], 17 y 93 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[334].

Con ocasión a lo expresado en la jurisprudencia en el pasado, la *Corte Constitucional* ha aceptado la participación de los *estudiantes* de los *Consultorios Jurídicos* en los *procesos disciplinarios* como *defensores de oficio*, con respaldo en la *Ley 600 del 24 de julio de 2000*[335] y el *Decreto 196 del 12 de febrero de 1971*[336], amén de lo contemplado en la *Ley 270 del 7 de marzo de 1996*[337].

Al quedar derogada parcialmente la *Ley 600* y el *Decreto 196*, desapareció el fundamento legal general que permitía interpretar y aplicar la figura del defensor de oficio en cabeza de los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, dentro del proceso disciplinario.

Para suplir esta deficiencia normativa, antes de la sanción del *Código General Disciplinario* (Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021), por integración dispositiva del artículo 22 (artículo 21 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[338]), las autoridades disciplinarias se remitían a las orientaciones rectoras constitucionales, las cuales a su vez permitían aplicar la *Ley 270 del 7 de marzo 1996* (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia)[339], toda vez que por resolución del

333 Código General Disciplinario.

334 Código Disciplinario Único.

335 Código de Procedimiento Penal de 2000.

336 Estatuto del Ejercicio de la Abogacía.

337 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia (Diario Oficial N.º 42.745 de marzo 15 de 1996).

338 Código Disciplinario Único.

339 Además, recuérdese que los artículos 8º y 48 de la Ley 153 del 15 de agosto de 1887 señalan:

> "Artículo 8º. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho".
>
> "Artículo 48. Los jueces ó magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad ó insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia".
>
> Y las anteriores concreciones normativas son pertinentes, por considerar la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en su preámbulo "que la justicia es un valor superior consagrado en la Constitución Política que debe guiar la acción del Estado y está llamada a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, dentro del marco del Estado social y democrático de derecho, y a lograr la convivencia pacífica entre los colombianos, y que dada la trascendencia de su misión debe generar responsabilidad de quienes están encargados de ejercerla".
>
> Igualmente, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en el Título I (Principios de la Administración de Justicia), artículos 1º, 2º y 3º, en su orden, expresan:
>
> Artículo 1º. Administración de justicia. La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.
>
> Artículo 2º. Acceso a la justicia. El Estado garantiza el acceso de todos los asociados a la administración de justicia. Será de su cargo el amparo de pobreza y el servicio de defensoría pública. En cada municipio habrá como mínimo un defensor público.

jefe máximo del Ministerio Público, de ese entonces, en la que se dijo que la nueva codificación procedimental penal *(Ley 906 del 31 de agosto de 2004)*, era contraria a la naturaleza del Código Disciplinario Único y que además, no regulaba la institución del "defensor de oficio"[340], esa institución no se aplicaba dentro del proceso disciplinario. Por ello se se optó con la aplicación de la *Ley Estatutaria der la Administración de Justicia*s, posibilitando la pertinencia de que los estudiantes de los *Consultorios Jurídicos* pudieran actuar como defensores de oficio, siempre y cuando se encontraren bajo el "control" y "supervisión" de la universidad respectiva[341] y se constatara su "idoneidad" profesional y personal[342].

> En síntesis, con esta referencia académica, se pretendía *clarificar* los *mecanismos expeditos* para permitir la participación de los referidos estudiantes en las investigaciones disciplinarias, sin que se conculcaren las garantías fundamentales de los destinatarios de la ley disciplinaria enmarcadas en el artículo 29 constitucional.
>
> (...)

Artículo 3º. Derecho de defensa. En toda clase de **actuaciones judiciales y administrativas** se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley. Los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley, siempre y cuando **la universidad certifique que son idóneos para ejercerla**.

340 Allí se hablaba de "defensoría Pública". Ver artículos 118, 122 (2), 127, 289, 291, 303 (4), 337 (3) y 529 (4) de la Ley 906 del 31 de agosto de 2004 o Código de Procedimiento Penal. Arboleda Vallejo, Mario. Código Penal y de Procedimiento Penal Anotado. Vigesimocuarta edición. Bogotá D.C.: Leyer, 2008.

341 En demanda que presentara Carlos Mario Isaza Serrano, la Corte Constitucional en Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, citando varias sentencias de constitucionalidad, entre ellas: C-049 del 8 de febrero de 1996 de Fabio Morón Díaz; C-143 del 7 de febrero de 2001 de José Gregorio Hernández Galindo y C-040 del 28 de enero de 2003 de Clara Inés Vargas Hernández, expresó:

"[...] la ley pueda habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados o de estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, desde luego, garantizando un mínimo de formación e idoneidad técnica y profesional para que pueda atender a las necesidades profesionales del defendido. Se trata simplemente de permitir que personas calificadas por sus estudios profesionales, bajo la coordinación científica y académica de los consultorios jurídicos de las universidades con facultades de derecho y egresados de las mismas, en trance de obtención del título profesional o del cumplimiento de requisitos especiales para el mismo como el de la judicatura, pongan sus conocimientos profesionales adquiridos y actúen como abogados en la defensa de los intereses de los sindicados en los procesos penales, durante las etapas de investigación y juzgamiento [...]".

342 De acuerdo con el precedente constitucional, la Corte Constitucional en Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, dijo:

"[...] la certificación de idoneidad que las universidades deban otorgar a los estudiantes de derecho de los consultorios jurídicos para ejercer la defensa técnica, no puede de ningún modo circunscribirse exclusivamente a la valoración académica de la persona, sino que debe incluir el comportamiento moral y ético que el estudiante ha demostrado a lo largo de sus carrera universitaria. Lo anterior porque, de una parte, la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara en resaltar que quien asista a una persona en su defensa judicial debe demostrar mucho más que el simple conocimiento de los pormenores de un proceso; y, por la otra, el estudiante que represente a un sindicado está también en gran medida representando a su institución académica con todos los compromisos de seriedad, responsabilidad y aptitud que ello acarrea [...]".

> De los textos legales y de las sentencias pronunciadas por la *Corte Constitucional*, antes de la expedición de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[343], se puede concluir que la figura del defensor de oficio, en cabeza de los estudiantes de los consultorios jurídicos de las universidades reconocidas legalmente, era viable en materia penal, con sus respectivas limitaciones (solo hasta determinadas competencias), y, en materia disciplinaria, sin limitación alguna (inclusive se podía defender de oficio al presidente de la República de Colombia), por cuanto el derecho a la defensa técnica solo operaba, como obligatoria, en los procesos penales y no en los procesos disciplinarios.

En la actualidad con la *Constitución Política* de *Estado social constitucional, social y democrático de derecho*; con el advenimiento de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007,* y con los estudios que se han desarrollado en el tema del derecho disciplinario, en torno a los derechos fundamentales del investigado[344], no es posible admitir esa interpretación *flexible* en detrimento de la defensa técnica en el campo del derecho disciplinario, toda vez que la misma atenta contra la *dignidad humana*, ya que el *artículo 29* de la *Carta Fundamental*, no permite hacer *distinción alguna entre lo penal y lo administrativo*, para la aplicación del debido proceso, máxime cuando el encabezamiento de la norma constitucional precisa que "*el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales* y administrativas" y ello es suficiente para advertir que el constituyente *no diferenció* entre lo uno y lo otro. Darle paso a la interpretación de que el debido proceso, en torno a la ***defensa técnica***, solamente es obligatorio en el terreno del derecho penal, es desintegrar o atomizar la norma constitucional y aislarla de su contexto armonioso y organizado, solamente porque el *inciso 4°* del artículo 29 de la *Ley de Leyes* se refiere a "quien sea sindicado". Tan desafortunada posición, permitiría que en el día de mañana se aplicara, *"obligatoriamente"*, el principio de *favorabilidad* únicamente en *materia penal*, porque así lo dice el *inciso 3°* del *artículo 29* ídem o se excluyeran los procesos, distintos del penal, de la aplicación *"obligatoria"* de los principios de *celeridad*, de *contradicción* y *non bis in ídem*, o que se autorizaran algunas limitaciones a la solicitud, práctica y controversia de pruebas, dizque porque el *inciso 4°* del *artículo 29 ibídem*, opera "*obligatoriamente*" para el "sindicado", en la misma forma como para la *defensa técnica*.

Por lo tanto el argumento *"ad maiori ad minus"* de la *Corte Constitucional*, expresado por la magistrada Clara Inés Vargas Hernández, en el sentido *"que si en materia penal es constitucionalmente válido que los estudiantes de consultorio jurídico atiendan determinadas causas, con mayor razón en materia disciplinaria, como quiera que las sanciones a imponer son de menor entidad y afectación de las libertades públicas"*, no es coherente con la *Carta Política*, toda vez que esa posición afecta el derecho fundamental a la defensa, porque las sanciones disciplinarias ***sí son de mayor entidad*** y afectan en mayor grado las libertades públicas (destitución e inhabilidad de 10 a 20 años o destitución e inhabilidad permanente si se causa detrimento patrimonial al Estado), razón por la cual el *investigado* o *disciplinado* debe gozar de una especializada *defensa técnica*, la cual no es posible obtener de manera categórica con los estudiantes pertenecientes a los

343 Código Disciplinario del Abogado.

344 Ver: Barreto Ardila, Hernando. Principios y Normas Rectoras de la Ley Disciplinaria. Bogotá. Imprenta Nacional de Colombia. 1999. Mejía Ossman, Jaime. Principios Constitucionales y Legales de la Ley Disciplinaria para las Fuerzas Militares de Colombia. Bogotá. Ediciones Doctrina y Ley. 2006. Mejía Ossman, Jaime. Conferencias de clase para la Especialización en Derecho Sancionatorio de la Universidad Militar Nueva Granada. Bogotá. 2007 y Forero Salcedo, José Rory. Principios y Garantías Constitucionales en el Ámbito Disciplinario de los Servidores Estatales. Ediciones Nueva Jurídica. 2003.

Consultorios Jurídicos de las Universidades reconocidas legalmente, máxime cuando las universidades, en su inmensa mayoría no tienen establecida la cátedra de *Derecho Disciplinario* como materia básica. Igualmente debe advertirse que las consecuencias de un proceso disciplinario, si este llega a una sanción, son gravísimas en la vida de proyección laboral, social, sicológica, personal y familiar del sancionado y, que el hecho de que sea válido constitucionalmente que en materia penal los estudiantes de los Consultorios Jurídicos lo pueden hacer, no es menos cierto que en *materia penal* no pueden actuar en asuntos ante los *Jueces Penales del Circuito*, ni ante los *Tribunales*, ni ante las *Altas Cortes*, y en cambio en materia disciplinaria no existe limitación alguna, lo cual es abiertamente desproporcionado e inequitativo.

A manera de conclusión de estos párrafos académicos, es dable advertir que resulta de gran importancia expresar que al desaparecer, *en materia penal*, la participación de los *defensores de oficio* conformados por los estudiantes de los *Consultorios Jurídicos* de las universidades legalmente reconocidas, por haberse derogado el *artículo 131* de la *Ley 600 del 24 de julio 24 de 2000*[345], técnicamente esa función tendrá que asignarla el *Sistema Nacional de Defensoría Pública* (artículo 118 de la *Ley 906 del 31 de agosto de 2004*[346]), la cual recaerá en *abogados titulados* y *especializados* en el tema. Recuérdese que en la *Sentencia C-040 del 28 de enero de 2003*, por demanda que presentara Juan Carlos Gallego Chávez (expediente D-4165), la *Corte Constitucional* con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, declaró *exequible* el *inciso 2°* del *artículo 131* del *Código de Procedimiento Penal* anterior, "*en el entendido que la facultad allí consagrada la pueden ejercer los estudiantes de derecho adscritos a los consultorios jurídicos siempre y cuando en el lugar correspondiente no existan abogados titulados o temporalmente habilitados según la ley, o ante la imposibilidad física y material de contar con su presencia o la de un defensor público y que acrediten idoneidad mediante certificación expedida por la universidad correspondiente*", lo cual, para efectos de nuestro tema, recobra muchísima importancia, como *precedente constitucional*, ya que, en *materia disciplinaria*, como se ha venido expresando y por respeto al *debido proceso constitucional*, el *derecho a la defensa* tendrá que cumplir con las exigencias señaladas en materia penal, máxime que el artículo 34, literal (i) de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[347], señaló como falta contra la lealtad, en su catálogo de tipicidades: "*(i). Aceptar cualquier encargo profesional para el cual no se encuentre capacitado* (...)". Luego los estudiantes de los *Consultorios Jurídicos* de las universidades legalmente reconocidas, únicamente podrán ejercer la *función oficiosa*, previa acreditación de su "idoneidad" mediante una certificación expedida por la universidad correspondiente, en la cual se constate además que estuvieron bajo el "control" y "supervisión" de la Universidad.

Solo de esa manera se podrá garantizar el derecho a la *defensa técnica*, en el evento de que se requiera el *nombramiento oficioso* para la representación de la *persona ausente*. Además, así se evitará incurrir en la afectación de los deberes del abogado enmarcados en el numeral 21 del artículo 28 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*, ya que el *defensor de oficio* tiene la obligación de manifestarle a la *autoridad disciplinaria* que su falta de conocimiento puede *incidir negativamente* en la defensa del disciplinado o que la misma podría resultar violatoria de sus derechos fundamentales, para que él lo pueda excusar.

345 Código de Procedimiento Penal de 2000.

346 Código de Procedimiento Penal de 2004.

347 Código Disciplinario del Abogado.

Debe hacerse constar que como profesor universitario aprecio mucho que la ley permita la *práctica* a los estudiantes de las facultades de derecho que pertenecen a los *Consultorios Jurídicos*, pero debo confesar con absoluta franqueza que *ellos no son los más llamados a dirigir la defensa técnica de los disciplinados*, toda vez que las Universidades aún no los ha preparado en esa subespecialidad del *derecho sancionatorio* que lo constituye el *Derecho Disciplinario*; subespecialidad muy exigente, que además comporta una serie de conocimientos en las áreas *constitucional, penal, administrativa, disciplinaria, probatoria, general del proceso*, de *derechos humanos*, del *derecho del conflicto armado* y del *derecho internacional humanitario*. Por lo anterior debe pensarse que la *defensa técnica* ejercida por los estudiantes de los *Consultorios Jurídicos*, no sería una garantía al mandato constitucional del *artículo 29*, y por ende con la intervención de los mismos, se le *disminuiría* la defensa[348] a quienes estén soportando la investigación o el juzgamiento disciplinario, salvo, como se ha venido insistiendo, que la universidad, bajo su responsabilidad, no solamente les certifique su "idoneidad", sino que los "supervisen", los "guíen" y "controlen" en tan difícil disciplina, tal como lo expresó la *Corte Constitucional* en la *Sentencia C-143 del 7 de febrero de 2001*, en la cual *condicionó* con esas precisiones a los *numerales 7° y 9°* del artículo 1° de la *Ley 583 del 12 de junio de 2000* (modificatoria del artículo 30 del *Decreto 196 del 12 de febrero de 1971*)[349].

Además, debe dejarse muy en claro que el artículo 3° de la *Ley 270 del 7 de marzo de 1996*[350], al señalar que "*en toda clase de actuaciones judiciales* y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, *de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley; que los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley*, siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla"[351], nos estaba permitiendo hacer la interpretación que hacíamos en esa época, en razón de que la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007* efectivamente establece una limitación a los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado, para que en las "actuaciones administrativas", como es el caso del proceso disciplinario, se nombren estudiantes "capacitados" para desempeñarse como defensores de oficio, "idoneidad" que tendrá que "certificar" la respectiva universidad, de común acuerdo con la *Sentencia C-040 del 28 de enero de 2003*, que para estos efectos se consideraba y se considera *precedente Constitucional*.

348 Adviértase que la gran mayoría de Universidades que tienen facultad de derecho no tienen contemplado en su pénsum la materia de estudio del Derecho Disciplinario (salvo algunas que la tienen como optativa), lo cual es un llamado de atención con relación a la idoneidad de sus estudiantes para la defensa en estos temas. Igualmente, la mayoría de los directores de los Consultorios Jurídicos pertenecen a especialidades muy disímiles con el Derecho Disciplinario. Unos son civilistas, otros comercialistas, etc.

349 En esos numerales (7° y 9°), la Corte Constitucional, por demanda que presentara Alfredo Castaño Martínez, mediante Sentencia C-143 del 7 de febrero de 2001 los declaró condicionalmente exequible, con ponencia de José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-3062, "siempre que los estudiantes que actúen en su desarrollo ejerzan el Derecho bajo la supervisión, la guía y el control de las instituciones educativas a las cuales pertenecen" (las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto). Ante estas expresiones de los honorables magistrados de la Corte Constitucional nos preguntamos: ¿será buen supervisor, guía o controlador de los estudiantes de los Consultorios Jurídicos quien no tenga el conocimiento o la especialidad del Derecho Disciplinario en caso de defensas por su infracción?

350 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

351 Las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto.

De todas maneras en esa época dejábamos la inquietud académica para que se establecieran criterios con los cuales las *autoridades disciplinarias* debían interpretar y aplicar este principio fundamentador del *derecho a la defensa*, ya que era claro que la entrada en vigencia de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*, generó algunas preocupaciones que aplican, en igualdad de condiciones, tanto en el *campo penal* como en el *terreno disciplinario*, lo cual resulta robustecido con el *artículo 29* de la *Constitución Política;* el artículo 3° de la *Ley 270 del 7 de marzo de 1996* (Ley Estatutaria de la Administración de Justicia); la *Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996*, que declaró su *exequibilidad* y la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007* (Código Disciplinario del Abogado).

A la fecha de elaboración de esta obra el problema suscitado con los defensores de oficio ya quedó subsanado con la sanción de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021* (modificatoria de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019) en la que en los artículos 15 y 113, el legislador aclaró que la expresión "defensor de oficio", según los artículos 72 y 74 de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021*, debe entenderse "defensor público o estudiante de consultorio jurídico de universidad legalmente reconocida".

A pesar de todo lo expresado en precedencia, seguiremos insistiendo que la *intervención* de los estudiantes de los consultorios jurídicos de las universidades reconocidas legalmente, como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, vulnera los derechos fundamentales del disciplinado, cuando ellos son nombrados sin tener la capacidad académica y sin que la universidad certifique su "idoneidad", amén de que también se de fe de la moralidad reclamada por la Corte Constitucional, de común acuerdo con la Sentencia C-040 del 28 de enero de 2003, que para estos efectos, como ya lo manifesté, habrá de considerarse precedente constitucional, pues *el derecho a la defensa técnica*, en materia disciplinaria, no puede ser objeto de *"matizaciones", "flexibilizaciones", "morigeraciones", "modulaciones" o "minimizaciones"* y de interpretación y aplicación con *"menor rigurosidad"* que en *materia penal*, toda vez que ese derecho fundamentador debe aplicarse por *igual* en cualquier materia que comprenda el *derecho sancionador* o *punitivo* del Estado.

Derecho a la defensa y los pronunciamientos que ha emitido la Corte Constitucional

La *Corte Constitucional en Sentencias C-948 del 6 de noviembre de 2002; C-1076 del 5 de diciembre de 2002 y C-070 del 4 de febrero de 2003*, sobre el particular dijo:

Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

> "(…) 4.2.5 El análisis de los cargos contra la expresión 'que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las Universidades reconocidas legalmente' contenida en el artículo 17 de la Ley 734 de 2002.
>
> Para el actor la expresión acusada contenida en el artículo 17 de la ley 734 de 2002[352] , en cuanto permite que se designe en los procesos disciplinarios como defensor de oficio a los estudiantes de consultorio jurídico de las universidades reconocidas legalmente, vulnera el derecho a contar con una

352 Artículo 17. Derecho a la defensa. Durante la actuación disciplinaria el investigado tiene derecho a la defensa material y a la designación de un abogado. Si el procesado solicita la designación de un defensor así deberá procederse. Cuando se jugué como persona ausente deberá estar representado a través de apoderado judicial, si no lo hiciere se designará defensor de oficio, que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

defensa técnica reconocida en su concepto por el artículo 29 superior 'en todos aquellos casos en que la persona es sometida por medio de un proceso, a las consecuencias de un derecho penal o de corte punitivo' .

Al respecto la Corte recuerda que en varias ocasiones ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la constitucionalidad de las normas que autorizan a los estudiantes de consultorio jurídico de las Universidades reconocidas legalmente para encargarse en determinadas circunstancias de la defensa técnica en los procesos penales, así como para intervenir ante las autoridades judiciales y administrativas.

Así en la Sentencia C-037/96 en la que se examinó la constitucionalidad del artículo 3º de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia relativo al derecho de defensa la Corte expresó lo siguiente:

'Articulo 3º. Derecho de defensa. En toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se garantiza, sin excepción alguna, el derecho de defensa, de acuerdo con la Constitución Política, los tratados internacionales vigentes ratificados por Colombia y la ley. Los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado podrán ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley, siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla'.

- Consideraciones de la Corte

(...)

Comentario especial merece la facultad que el proyecto de ley bajo revisión les otorga a los estudiantes de derecho de las universidades debidamente reconocidas por el Estado para ejercer la defensa técnica, con las limitaciones que establezca la ley, 'siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla'.

La Sentencia N.º C-592/93, transcrita, establece claramente que en asuntos de índole penal, el sindicado siempre debe ser asistido por un profesional del derecho que acuda en su defensa técnica, particularmente respecto de la aplicación de las garantías procesales que le permitan al inculpado presentar libremente los argumentos encaminados a desvirtuar las acusaciones que se le formulen. Sin embargo, por razones geográficas, económicas y sociales, no siempre es posible asegurar la presencia de un abogado en estos casos. Por ello, la Ley (Decreto 196/71, arts. 30, 31 y 32, y Decreto 765/77) prevé que en casos excepcionales puedan ser habilitados como defensores, egresados o estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos[353] , pues con ellos se logra la presencia de personas con formación en derecho. Sobre los alcances de esta facultad, y teniendo en cuenta lo dispuesto en la sentencia de unificación de jurisprudencia citada, ha manifestado la Corte a propósito de la demanda de inconstitucionalidad del artículo 147 del Decreto 2700 de 1991:

(...)

Así las cosas, la Corte considera que la facultad que el artículo 3º del proyecto de ley bajo revisión le otorga a los estudiantes de derecho pertenecientes a

353 La Corte Constitucional, en Sentencia N.º SU-044 del 9 de febrero de 1995 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), avaló sólo como atribución excepcional la defensa técnica en cabeza de los estudiantes de derecho pertenecientes a consultorios jurídicos.

los consultorios jurídicos de las universidades del Estado, debe interpretarse de conformidad con los postulados constitucionales anteriormente descritos. Es decir, pueden estos estudiantes, de acuerdo con las prescripciones legales, prestar la defensa técnica en todo tipo de procesos, salvo en aquellos de índole penal, pues en estos eventos la Carta Política prevé la presencia de un abogado, esto es, de un profesional del derecho. Con todo, esta Corporación ha admitido que este principio en algunas ocasiones, y justamente para garantizar el derecho de defensa, puede ser objeto de una medida diferente, donde el estudiante de derecho pueda, ante situaciones excepcionales, prestar la defensa técnica a un sindicado. Significa esto que tanto los despachos judiciales, como los consultorios jurídicos y las entidades encargadas de prestar el servicio de defensoría pública, deben abstenerse, en la medida de lo posible, de solicitar la presencia y la participación de estudiantes de derecho en asuntos penales. En otras palabras, sólo ante la inexistencia de abogados titulados en algún municipio del país, o ante la imposibilidad física y material de contar con su presencia, los estudiantes de los consultorios jurídicos pueden hacer parte de un proceso penal.

Finalmente, la Corte estima que la certificación de idoneidad que las universidades deban otorgar a los estudiantes de derecho de los consultorios jurídicos para ejercer la defensa técnica no puede de ningún modo circunscribirse exclusivamente a la valoración académica de la persona, sino que debe incluir el comportamiento moral y ético que el estudiante ha demostrado a lo largo de su carrera universitaria. Lo anterior porque, de una parte, la jurisprudencia de esta Corte ha sido clara en resaltar que quien asista a una persona en su defensa judicial debe demostrar mucho más que el simple conocimiento de los pormenores de un proceso; y, por la otra, el estudiante que represente a un sindicado está también en gran medida representando a su institución académica con todos los compromisos de seriedad, responsabilidad y aptitud que ello acarrea.

En estos términos, entonces, el artículo 3º será declarado exequible[354]" (subrayas fuera del texto).

Así mismo en relación con el examen de constitucionalidad de algunos artículos del Decreto 196 de 1971 "Por el cual se dicta el estatuto del ejercicio de la Abogacía", la Corte señaló sobre este tema lo siguiente:

"*7. Así pues, "en asuntos penales es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado, esto es, quien deba asumir su defensa, ha de ser un profesional del derecho, es decir, aquella persona que ha optado al título de abogado y, por consiguiente, tiene los conocimientos jurídicos suficientes para ejercer una defensa técnica, especializada y eficaz, en aras a garantizar al procesado su derecho de defensa".*[355] *8. Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que en la práctica es difícil que siempre se cuente con profesionales del derecho y, por tanto, solamente para los casos excepcionales en que ello ocurra, la ley "puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o de estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, (Decreto 196 de 1971, arts. 30, 31 y*

354 Sentencia C-037/96 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

355 C.f. Corte Constitucional Sala Plena. Sentencia N.º C-071 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

32, Decreto 765 de 1977) pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica"[356]-[357].

De dichos pronunciamientos se desprende que esta Corporación ha considerado que, salvo en el caso de los procesos penales en los que solamente de manera excepcional cabe acudir como defensores de oficio a los estudiantes de las universidades reconocidas legalmente, éstos pueden asumir la defensa en todo tipo de procesos[358], sin que ello signifique la vulneración del derecho de defensa señalado en el artículo 29 Superior. No sobra precisar al respecto, por lo demás, que la exigencia constitucional de defensa técnica ha sido circunscrita por el Constituyente al proceso penal y no se ha extendido a otro tipo de procesos[359].

Ahora bien, la Corte llama la atención sobre el hecho de que la norma a la que pertenece la expresión acusada, alude solamente al caso en que se juzgue disciplinariamente como persona ausente a un procesado, a quien, si no actúa a través de apoderado judicial -posibilidad que le señala claramente la norma-, se le designará defensor de oficio que podrá ser estudiante del consultorio jurídico de las universidades reconocidas legalmente.

Estas circunstancias, unidas al hecho de que como se ha señalado reiteradamente en esta providencia las garantías del debido proceso predicables en el ámbito disciplinario deben entenderse moduladas en función de los objetivos propios de la actuación disciplinaria y que la situación en la que se autoriza la intervención de los estudiantes de consultorio jurídico denota, salvo existencia de fuerza mayor o caso fortuito, un incumplimiento de los deberes del procesado en relación con su comparecencia al proceso disciplinario, llevan a la Corte a concluir que la expresión acusada no vulnera el artículo 29 superior.

Así las cosas, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión 'que podrá ser estudiante del Consultorio Jurídico de las Universidades reconocidas legalmente' contenida en el artículo 17 de la Ley 734 de 2002 y así lo señalará en la parte resolutiva de esta sentencia (...)".

Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

"(...) e) Consideraciones de la Corte.

No comparte la Corte las aseveraciones del actor en el sentido de señalar que la defensa que realiza un estudiante de consultorio jurídico en procesos disciplinarios atente contra el derecho a contar con una defensa técnica. En efecto, esta Corporación ha insistido en que las defensas que realizan los estudiantes de derecho durante su consultorio jurídico, además de constituir una valiosa labor social, lejos de vulnerar el derecho a un debido proceso, en especial a contar con una adecuada defensa técnica, lo garantizan.

En relación con el debido proceso, el artículo 29 de la Carta Política establece que 'quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia

356 C.f. Corte Constitucional Sala Plena. Sentencia N.ª SU-044 de 1995. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

357 Sentencia C-025/98. M.P. Fabio Morón Díaz.

358 Sentencia C-037/96. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

359 Ver Sentencia C-131/02. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento'. Como lo ha definido la Corte, este precepto superior exige que en asuntos penales es requisito indispensable que quien asuma la defensa o representación de un sindicado debe ser una persona que ha obtenido el título de abogado, suponiéndose que tiene los suficientes conocimientos jurídicos para adelantar una defensa técnica, especializada y eficaz, con el fin de asegurar al procesado su derecho de defensa[360].

No obstante, este principio general no tiene carácter absoluto. La Corte ha aceptado, de manera excepcional, que en materia penal se pueda habilitar defensores que al menos reúnan las condiciones de egresados o estudiantes de derecho que pertenezcan a un consultorio jurídico, en razón de que no puede desconocerse el hecho de que en algunos municipios no puede contarse con la presencia de un abogado titulado para que ejerza la labor de defensor de oficio en tales asuntos, lo que igualmente le causaría perjuicio a los procesados. Así en Sentencia SU-044 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell, la Corte ya había expresado que:

'La ley no puede autorizar a cualquier persona para intervenir en la defensa de un sindicado; solamente en casos excepcionales en que no pueda contarse con abogado titulado puede habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, (Decreto 176/91, arts. 30, 31, y 32, Decreto 765/77) pues de esta forma se consigue el objetivo de que dichos defensores sean personas con cierta formación jurídica'.

Posteriormente, en Sentencia C-071 de 1995, la Corte expresó al respecto lo siguiente:

'en asuntos penales es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado, esto es, quien deba asumir su defensa, ha de ser un profesional del derecho, es decir, aquella persona que ha optado al título de abogado y, por consiguiente, tiene los conocimientos jurídicos suficientes para ejercer una defensa técnica, especializada y eficaz, en aras de garantizar al procesado su derecho de defensa. Sin embargo, la Corte no puede desconocer que existen municipios en donde no es posible contar con abogados titulados para que cumplan la labor de defensor de oficio en asuntos penales, lo que causa perjuicio a los procesados, y es por ello que en Sentencia SU-044/95, con ponencia del Magistrado Antonio Barrera Carbonell*, aceptó que en casos excepcionalísimos, se puedan habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados, o estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico'.*

Al revisar el artículo 3° del proyecto de Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, que consagra la garantía del derecho de defensa en toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, sin excepción alguna, y faculta a los estudiantes de derecho pertenecientes a los consultorios jurídicos de las universidades debidamente reconocidas por el Estado para ejercer la defensa técnica con las limitaciones que señale la ley siempre y cuando la universidad certifique que son idóneos para ejercerla, la Corte, aunque reiteró la necesidad de que tal defensa sea asumida por un abogado titulado, encontró

360 Sentencias C-592 de 1993; SU-044 de 1995; C-071 de 1995; C-037, C-049 y C-069 de 1996; C-025 de 1998, C-143 de 2001.

exequible esta facultad recalcando lo que al respecto ya se había considerado en Sentencias C-592 de 1993, y C-071 de 1995, y expresando además que 'sólo ante la inexistencia de abogados titulados en algún municipio del país o ante la imposibilidad física y material de contar con su presencia, los estudiantes de los consultorios jurídicos pueden hacer parte de un proceso penal', y agregando que 'la certificación de idoneidad que las universidades deban otorgar a los estudiantes de derecho de los consultorios jurídicos para ejercer la defensa técnica, no puede de ningún modo circunscribirse exclusivamente a la valoración académica de la persona, sino que debe incluir el comportamiento moral y ético que el estudiante ha demostrado a lo largo de su carrera universitaria'.

La Corte ha venido reiterando posteriormente la misma doctrina. Así, en la Sentencia C-049 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz, entre otras determinaciones, se decidió declarar exequibles el inciso segundo del artículo 148 del anterior Código de Procedimiento Penal -Decreto Ley 2700 de 1991-, que disponía que los estudiantes de derecho pertenecientes a consultorios jurídicos o los egresados, podían intervenir en las actuaciones procesales, en las condiciones previstas en los estatutos de la profesión de abogado y de la defensoría pública. En aquel entonces la Corte expresó que:

'…es requisito indispensable que quien obre en representación del sindicado en materia penal sea un profesional del derecho; empero tampoco puede desconocerse la realidad en la que en ciertas condiciones no es posible contar con abogados titulados para que cumplan la labor de defensor de oficio en asuntos penales, lo que le ha llevado a aceptar dentro del marco de la jurisprudencia de esta Corporación que en casos excepcionalísimos, la ley pueda habilitar defensores que reúnan al menos las condiciones de egresados o de estudiantes de derecho pertenecientes a un consultorio jurídico, desde luego, garantizando un mínimo de formación e idoneidad técnica y profesional para que pueda atender a las necesidades profesionales del defendido. Se trata simplemente de permitir que personas calificadas por sus estudios profesionales, bajo la coordinación científica y académica de los consultorios jurídicos de las universidades con facultades de derecho y egresados de las mismas, en trance de obtención del título profesional o del cumplimiento de requisitos especiales para el mismo como el de la judicatura, pongan sus conocimientos profesionales adquiridos y actúen como abogados en la defensa de los intereses de los sindicados en los procesos penales, durante las etapas de investigación y juzgamiento'.

En la Sentencia C-617 de 1996, que declaró exequible, en los términos de la misma, el literal a) del artículo 30 del Decreto 196 de 1971 -Estatuto de la Abogacía-, los cargos que analizó la Corte versaban sobre la presunta infracción al artículo 29 Fundamental, pues en criterio del actor la disposición acusada faculta a los estudiantes en forma absoluta y sin límite en el tiempo para ejercer funciones jurídicas, desconociendo que el citado precepto superior consagra el derecho a la defensa técnica, en virtud de la cual la defensa de los sindicados solo puede ser adelantada por profesionales en derecho y solo excepcionalmente por estudiantes en caso de ausencia del abogado.

Frente a esta acusación, la Corte en la mencionada providencia se refirió a la necesidad de garantizar a los procesados el derecho fundamental a la defensa técnica por parte de personas con idoneidad personal y profesional, reiterando que sólo ante la inexistencia de abogados titulados o ante

la imposibilidad física y material de contar con su presencia dicha defensa puede ser ejercida en asuntos penales por estudiantes orientados por las facultades de derecho. Al respecto la Corte consideró:

'En realidad, aunque a los alumnos de los últimos años de Derecho no se les puede catalogar como expertos en materia penal, pues por su mismo estado carecen de la trayectoria que se supone exhiben los abogados que han obtenido el título -sin que esto último constituya tampoco verdad universal ni probada-, las posibilidades de defensa técnica que ofrecen son mucho mejores que las de profesionales en otras actividades o las del ciudadano honesto al que aludía una norma legal declarada inexequible por esta Corte (Sentencia C-049 del 8 de febrero de 1996. M.P.: Dr. Fabio Morón Díaz).

En efecto, la reciente adquisición de conocimientos jurídicos, la necesaria actualización del estudiante aprovechado en materia legislativa y jurisprudencial y la proximidad de los docentes especialistas en el tema -elementos todos estos que se esperan de los centros universitarios competentes, autorizados y supervisados por el Estado- permiten concluir en la capacidad práctica de defender los intereses del procesado en circunstancias de necesidad impostergable en las cuales se carezca en absoluto de los servicios de un abogado titulado y también a falta de un defensor público.

En ese orden de ideas, la Corte estima que la disposición legal acusada, al autorizar a los estudiantes de Derecho pertenecientes a consultorios jurídicos universitarios para asumir defensas penales en los procesos de los cuales conocen los jueces penales y las autoridades de policía y para hacerlo de oficio en toda clase de procesos penales, como voceros o defensores en audiencia, es exequible, toda vez que la enunciada opción no obstaculiza en sí misma la defensa técnica de los procesados, especialmente si se consideran los escasos recursos económicos de las personas que acuden a esas dependencias de apoyo jurídico de las facultades de Derecho y las situaciones prácticas que con frecuencia surgen en diversos lugares del territorio en los cuales se dificulta en extremo la presencia inmediata de abogados.

La normatividad objeto de análisis tiene precisamente el sentido de asegurar que la garantía constitucional de la defensa no sea frustrada por la fuerza de las circunstancias, apelando al concurso de quienes están próximos a cumplir los requisitos necesarios para optar el título y tienen conocidos los fundamentos básicos de índole sustancial y procesal, indispensables para asumir la representación judicial de personas económicamente débiles'.

De tal suerte que, recurriendo a un argumento *ad maiori ad minus, la Corte considera que, si en materia penal es constitucionalmente válido que los estudiantes de consultorio jurídico atienda determinadas causas, con mayor razón en materia disciplinaria, como quiera que las sanciones a imponer son de menor entidad y afectación de las libertades públicas.*

Por las anteriores razones, la Corte declarará exequible la expresión estudiantes de consultorios jurídicos, así como la expresión "Los estudiantes de los Consultorios Jurídicos, podrán actuar como defensores de oficio en los procesos disciplinarios, según los términos previstos en la Ley 583 de 2000, previstas en el artículo 93 de la Ley 374 de 2002 (sic), por los cargos analizados en esta sentencia (…)".

Sentencia C-070 del 4 de febrero de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

> "(…) Según doctrina mayoritaria de la Corte Constitucional cuando la Corte no otorga a su decisión efectos de cosa juzgada relativa a los cargos analizados en la sentencia, ni ésta es implícita por deducirse claramente de la parte motiva de la misma, en virtud de la presunción de control integral, y salvo la existencia de una cosa juzgada aparente por carencia de análisis o motivación del fallo, se considera que la decisión tiene el carácter de cosa juzgada absoluta.[361] En la Sentencia C-948 de 2002, la parte resolutiva no se limita a los cargos presentados contra los apartes acusados, que por lo demás coinciden con los elevados en el presente proceso. Así, no se advierte la existencia de una cosa juzgada relativa o una cosa juzgada aparente, razones por las que opera el fenómeno de la cosa juzgada constitucional absoluta, debiendo la Corte estarse a lo resuelto en su anterior pronunciamiento. Precisamente en este sentido resolverá la Corte en la presente ocasión respecto de los artículos 17 y 46 de la Ley 734 de 2002 (…)".

Sentencia C-029 del 10 de febrero de 2021. Gloria Stella Ortiz Delgadoz.

> "(…)
>
> El derecho al debido proceso administrativo en materia disciplinaria. Los derechos de defensa y contradicción y el principio de publicidad.
>
> 14. Este Tribunal ha establecido que el debido proceso (artículo 29 superior) comprende el conjunto de garantías que tienen como propósito '(…) sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados'. Este es uno de los pilares del Estado Social de Derecho, pues protege las libertades ciudadanas y opera como un contrapeso al poder del Estado. Así, la Corte ha reiterado que este derecho fundamental tiene las siguientes características:(i) debe garantizarse en todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas. En tal sentido, constituye '(…) un fundamento de la legalidad dirigido a controlar las posibles arbitrariedades en que puedan incurrir las autoridades como consecuencia del ejercicio del poder del Estado';
>
> (ii) tiene diversos matices según el contenido del derecho del cual se trate. De esta manera, la exigencia de los elementos integradores del debido proceso "(…) *es más rigurosa en determinados campos del derecho (…) en [los] que la actuación puede llegar a comprometer derechos fundamentales*";
>
> (iii) es un derecho de aplicación inmediata (artículo 85 Superior), que se expresa a través de múltiples principios que regulan el acceso a la administración de justicia (artículos 228 y 229 de la Constitución) como la celeridad, publicidad, autonomía, independencia, gratuidad y eficiencia;
>
> (iv) no puede ser suspendido durante los estados de excepción;

361 Corte Constitucional, Sentencia C-709 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; salvamento parcial de voto de los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Álvaro Tafur Galvis y Eduardo Montealegre Lynett.

(v) se predica de todos los intervinientes en un proceso y de todas las etapas del mismo; y,(vi) su regulación se atribuye al Legislador quien, dentro del marco constitucional, define cómo habrá de protegerse y los términos bajo los cuales las personas pueden exigir su cumplimiento, entre otras.15. En este sentido, esta Corporación ha determinado que el contenido material del derecho al debido proceso está compuesto por garantías esenciales que deben tener todos los ciudadanos que intervienen en un proceso judicial. Al respecto, la Sala resalta que la Constitución extendió dichos postulados a las actuaciones administrativas[362]. Lo anterior, con el fin de asegurar la protección del interés general y el respeto por los derechos y principios ligados al ejercicio de la función pública. De este modo, muchos de los elementos que informan el derecho fundamental al debido proceso judicial se aplican también a todas las actuaciones que desarrollen las autoridades públicas en el cumplimiento de sus funciones.No obstante, las garantías del debido proceso judicial no fueron trasladadas de manera directa e irreflexiva al ámbito administrativo, en la medida en que la función pública tiene requerimientos adicionales de orden constitucional que debe atender conjuntamente con el debido proceso, en el ejercicio de tales atribuciones. En efecto, las autoridades administrativas están obligadas, no solo a respetar el debido proceso, sino también a no transgredir los principios reguladores de la función pública, tales como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, definidos en el artículo 209 de la Carta. En consecuencia, este Tribunal ha establecido que, en materia de derecho administrativo sancionador, la garantía del debido proceso tiene un carácter flexible, en la medida en que:

"(…) *los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales, en tanto que las actuaciones administrativas son susceptibles de control ante la jurisdicción. Por ello, aunque el debido proceso se aplica en toda actuación administrativa o judicial,* ***en el primer escenario ocurre bajo estándares más flexibles para asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración***".

16. Así, la jurisprudencia ha enunciado, entre las garantías propias del debido proceso administrativo, las siguientes: (i) el derecho a ser oído durante toda la actuación; (ii) la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) que el procedimiento se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) que el procedimiento se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) la presunción de inocencia, (vii) el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) el derecho a impugnar las decisiones y promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

17. Ahora bien, esta Corporación ha sostenido que la potestad sancionadora de la administración es una de las expresiones del poder punitivo del Estado y comprende diversas especies, entre las que se encuentra el derecho disciplinario. Este último, comprende '(…) el conjunto de normas, sustan-

362 Ver, entre otras, las Sentencias C-089 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-980 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y C-012 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo. Gloria Stella Ortiz Delgadoz.

ciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo'. De este modo, se trata de una función inherente a la actividad estatal. Asimismo, la Corte ha resaltado que el derecho disciplinario: (i) es una herramienta fundamental para el cumplimiento de los fines del Estado; (ii) materializa el principio de responsabilidad de los servidores públicos; y, (iii) permite garantizar la efectividad de los principios de la función pública.

18. El derecho disciplinario presenta una naturaleza específica y, en este sentido, no resulta posible trasladar automáticamente las garantías del proceso penal al debido proceso administrativo. En efecto, aunque constituye una expresión de la potestad sancionatoria como el derecho penal, presenta elementos propios que ameritan un abordaje diferenciado. Así, 'las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias', debido a su carácter punitivo.

19. En particular, en relación con el debido proceso administrativo en actuaciones disciplinarias de carácter sancionatorio, se han señalado, como componentes específicos del debido proceso disciplinario, '(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus'. Por último, en la medida en que implica un ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, se debe garantizar plenamente dicho postulado en las actuaciones administrativas del procedimiento disciplinario, pues se trata de un ámbito que involucra importantes derechos constitucionales como los de acceso a la función pública, elegir y ser elegido o los derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

20. En suma, el debido proceso es un conjunto de garantías que sujetan la actuación del Estado y de los particulares a reglas predeterminadas, las cuales rigen la resolución de un conflicto o la determinación de una situación jurídica. Este principio debe garantizarse también en las actuaciones administrativas, especialmente en aquellas que son una manifestación del poder punitivo estatal, como sucede con el procedimiento disciplinario, en razón de los derechos que se encuentran en juego en dicho escenario procesal.

21. Por su parte, el derecho de defensa se define como '(...) la facultad para emplear 'todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable'. Esta potestad tiene manifestaciones procesales y sustantivas, y puede ejercerse de forma activa o pasiva. A su turno, el derecho de contradicción se refiere a dos fenómenos distintos:'De una parte, la posibilidad de oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra. Desde esta perspectiva, el derecho de contradicción aparece como un mecanismo directo de defensa, dirigido a que las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso. Su vulneración se presentaría cuando se impide

o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso. Por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para (i) participar efectivamente en la producción de la prueba, por ejemplo, interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador y (ii) exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba'.

Además, el derecho de defensa comprende garantías esenciales para toda persona, tales como: (i) controvertir las pruebas que se alleguen en su contra; (ii) aportar medios probatorios en su defensa; (iii) impugnar la sentencia condenatoria; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; y (vi) la asistencia de un abogado cuando sea necesaria, entre otras. Además, una de sus expresiones consiste en el deber de la autoridad judicial o administrativa de integrar debidamente el contradictorio.

22. Ahora bien, los derechos de defensa y contradicción presentan un alcance específico en materia disciplinaria. En efecto, la Corte ha señalado que el objeto y la naturaleza del proceso respectivo definen el ámbito de protección de estas garantías procesales. De este modo, entre mayor sea la importancia constitucional de los intereses y derechos involucrados, mayor debe ser el grado de salvaguarda de los derechos de defensa y contradicción. Así, dado que el proceso disciplinario afecta de manera indiscutible a los sujetos involucrados, los mandatos constitucionales imponen '(…) la existencia de procedimientos adecuados de publicidad del proceso (…) para hacer efectivo el principio de contradicción, una de cuyas manifestaciones más enérgicas la constituye el derecho a impugnar las providencias'. En consecuencia, la protección de estas garantías en el ámbito disciplinario reviste de una especial importancia.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en los procesos sancionatorios, los derechos de defensa y contradicción constituyen garantías instrumentales para la presunción de inocencia, por cuanto se requiere que la acusación sea sometida a prueba y refutación. De igual modo, ha reiterado que estas prerrogativas deben asegurarse permanentemente, esto es, tanto en las etapas de investigación previa como en la de juicio.

23. A su turno, el principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actuaciones (i) a las partes y a los terceros interesados, con el fin de garantizar los derechos de contradicción y defensa; y (ii) a la comunidad en general, como garantía de transparencia, participación ciudadana e imparcialidad del fallador. El alcance de este mandato varía según el tipo de actuación administrativa de la que se trate. Esta Corporación ha sostenido que este principio forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso y ha destacado su relevancia en el proceso disciplinario. Bajo ese entendido, su importancia radica en que '(…) sólo de esta manera el acusado puede conocer oportunamente los cargos que se le imputan y los hechos en que éstos se basan'.

24. En este contexto, las notificaciones constituyen un mecanismo procesal que habilita el ejercicio del derecho de defensa, entendidas como el acto material de comunicación, que permite poner en conocimiento de las partes o

de terceros interesados las decisiones proferidas dentro del trámite administrativo. Estas herramientas aseguran el '(…) derecho a ser informado de las actuaciones (…) administrativas que conduzcan a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o a la imposición de una sanción'. De igual manera, garantizan el principio de publicidad y previenen la posibilidad de afectar a alguna persona con una decisión sin que haya sido oída o sin que haya tenido la oportunidad de intervenir en el procedimiento para su adopción. Con todo, en el marco de los procesos disciplinarios, la Corte ha afirmado que la notificación no puede entenderse como '(…) un acto de contenido meramente formal, sino que se surte con independencia de las decisiones que se adopten al interior del asunto'.

25. Adicionalmente, los derechos de defensa y contradicción se relacionan, de forma inescindible, con el principio de publicidad. En efecto, a partir del momento en que se conocen las decisiones de la autoridad administrativa, se contabiliza el término para la interposición de los recursos respectivos, por lo cual la oponibilidad se erige en un elemento necesario para garantizar aspectos de estos derechos, como: la posibilidad de controvertir las decisiones dentro del procedimiento disciplinario, de contar con los medios y el tiempo para ejercer una defensa técnica suficiente, para presentar pruebas y desvirtuar aquellas que se alleguen en su contra o contrastar los hechos de la acusación, entre otras.En conclusión, el principio de publicidad y los derechos de contradicción y defensa son especialmente relevantes en los procedimientos administrativos sancionatorios, particularmente en el proceso disciplinario. Así, el derecho de defensa permite garantizar la intervención de las partes o de los terceros interesados en el trámite. También, el principio de publicidad asegura los derechos del procesado, del quejoso y de las víctimas, así como la participación de la comunidad y se encamina a preservar la imparcialidad y la transparencia en la actuación administrativa y permitir el ejercicio del derecho de contradicción. De igual modo, las notificaciones son una expresión de los citados mandatos constitucionales, en la medida en que su propósito es el de dar a conocer las actuaciones de la autoridad administrativa.

(…)".

7. Contradicción

Principio de contradicción. Ubicación y generalidades

El principio de contradicción como "rector" del proceso disciplinario no se encuentra redactado en la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[363], ni se encontraba positivizado en la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[364], ni mucho menos en la Ley 1123 del 22 de enero de 2007[365], muy a pesar de que el inciso 4º del artículo 29 de la Constitución Política, lo establece como fundamento del debido proceso, así:

363 Código General Disciplinario.

364 Código Disciplinario Único.

365 Código Disciplinario del Abogado.

> "(…) *Quien sea sindicado tiene derecho a* (…) *presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria* (…)".

Solo se encuentra redactado en los artículos 16 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006[366]; 5º (g) de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017[367]; 52 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017[368] y 11 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022[369], de la siguiente manera:

> *Artículo 16. Ley 1015/2006. "Contradicción.* Quien fuere objeto de investigación tendrá derecho a conocer las diligencias que se practiquen, a controvertirlas y a solicitar la práctica de pruebas, tanto en la Indagación Preliminar como en la Investigación Disciplinaria".
>
> *Artículo 5º. Ley 1828/2017.* "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:
>
> "(…)
>
> g) Derecho de defensa y contradicción. Durante la actuación, el Congresista Investigado tiene derecho a ejercitar su defensa por sí mismo o por intermedio de apoderado, así como conocer, controvertir las actuaciones y decisiones del proceso y ejercer la doble instancia".
>
> (…)".
>
> *Artículo 52. Ley 1862/2017. "Contradicción.* El destinatario de este código tendra´ derecho a conocer la actuación que se inicie en su contra, las diligencias que se practiquen, a controvertirlas y solicitar la práctica de pruebas tanto en la indagación como en la investigación disciplinaria".
>
> *Artículo 11. Ley 2196/2022. "Contradicción.* Durante toda la actuación el sujeto disciplinable tendrá derecho a conocer las diligencias que se practiquen, a controvertirlas y a solicitar la práctica de pruebas, garantizándose inclusive el uso de medios electrónicos".

Por la consideración que precede y muy a pesar de que el *legislador* omitió concretarlo dentro de los *principios rectores* del "algunas" *Codificaciones Disciplinarias*, el *intérprete* y *aplicador* debe tenerlo en cuenta en ellas, enmarcándolo como *parte de los principios del debido proceso constitucional*; del *reconocimiento de la dignidad humana* y del *derecho a la defensa*, contenidos en los *artículos 29 de la Carta Política y 1º y 15 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[370] y en los artículos 8º y 17 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[371].

Igualmente es preciso señalar que el principio que se estudia tiene como *fuente legal disciplinaria* los *artículos 110 (1), 112 (4), 114 y 157 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, así como en los artículos 90 (1), 92 (4), 94 y 138 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, los cuales en su orden señalan:

366 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

367 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

368 Código Disciplinario Militar.

369 Estatuto Disciplinario Policial.

370 Código General Disciplinario.

371 Código Disciplinario Único.

Ley 1952 del 28 de enero de 2019

Artículo 110 (1). Facultades de los sujetos procesales. Los sujetos procesales podrán: 1. Solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en la práctica de las mismas.

Artículo 112 (4). Derechos del disciplinado. Como sujeto procesal, el disciplinado tiene los siguientes derechos: (...) 4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas, e intervenir en su práctica para lo cual se le remitirá la respectiva comunicación.

Artículo 114. Principios que rigen la actuación procesal. La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios rectores consagrados en la presente ley y en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo que no contravenga a la naturaleza del derecho disciplinario.

Artículo 157. Oportunidad para controvertir la prueba. Los sujetos procesales podrán controvertir las pruebas a partir del momento en que sean notificados del auto de apertura de investigación disciplinaria o de la orden de vinculación.

Ley 734 del 5 de febrero de 2002

> "Artículo 90. Facultades de los sujetos procesales. Los sujetos procesales podrán: 1. Solicitar, aportar y controvertir pruebas e intervenir en la práctica de las mismas (...)".
>
> "Artículo 92. Derechos del investigado. Como sujeto procesal, el investigado tiene los siguientes derechos: (...) 4. Solicitar o aportar pruebas y controvertirlas e intervenir en su práctica (...)".
>
> "Artículo 94. Principios que rigen la actuación procesal. La actuación disciplinaria se desarrollará conforme a los principios rectores consagrados en la presente ley y en el artículo 3º del Código Contencioso Administrativo. Así mismo, se observarán los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad y contradicción".
>
> "Artículo 138. Oportunidad para controvertir la prueba. Los sujetos procesales podrán controvertir las pruebas a partir del momento en que tengan acceso a la actuación disciplinaria".

De lo anterior se concluye que el *principio de contradicción*, derivado del *principio constitucional del debido proceso* y enmarcado en *la Ley Disciplinaria* como parte del *reconocimiento de la dignidad humana* y del *derecho a la defensa*, es también *un principio "que rige la actuación disciplinaria"* y que su afectación acarrea su *nulidad* por *violación del derecho de defensa del investigado* o por *"existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso"*, tal como lo advierten los *numerales 2º y 3º del artículo 202 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[372] *y 2º y 3º del artículo 143 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[373].

372 Código General Disciplinario.

373 Código Disciplinario Único.

La Corte Constitucional, en *Sentencia T-553 del 15 de mayo de 2000* con ponencia de Fabio Morón Díaz, afirmó:

> "El principio de la contradicción es uno de los principios más importantes que comporta el derecho a la prueba, pues este materializa el derecho de defensa y permite el desarrollo de valores tan importantes como la libertad (...)".

Principio de contradicción en las diferentes codificaciones disciplinarias

Como ya lo anunciamos en precedencia, en la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[374], el *principio de contradicción* se ubica en el *artículo 16*, el cual por mandato del *artículo 58* se alimentaba de todas las normas procedimentales contenidas en la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[375] y, además, de las *"normas que lo modifiquen o adicionen"*, como por ahora lo constituyen las disposiciones que cumplan con esa finalidad en la *Leyes 1474 del 12 de julio de 2011*[376] y *2196 del 18 de enero de 2022*[377].

En la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003*[378] únicamente encontrábamos como referencia a este *principio rector* el artículo 93, que unido con los *artículos 13, 106 y 198*, el *principio de contradicción* se *interpretaba y aplicaba* conforme al *artículo 29* de la *Constitución Política* y de acuerdo con las disposiciones procedimentales del *"Régimen General de los Servidores Públicos*" y únicamente para lo que no estuviera previsto en la *Codificación Disciplinaria Militar*.

Sobre este tema es pertinente repasar la *Sentencia C-029 del 10 de febrero de 2021*. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, cuyos apartes pertinentes aparecen citados, más adelante, como refuerzo del principio del *debido proceso*.

374 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

375 Código Disciplinario Único.

376 Estatuto Anticorrupción.

377 Estatuto Disciplinario Policial.

378 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

8. Presunción de inocencia[379]

Principio de presunción de inocencia. Ubicación y generalidades

Este principio se encuentra ubicado en los artículos 14 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[380]; 9º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[381]; 7º de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006[382]; 8º de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007[383]; 5º (h) de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017[384]; 48 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017[385] y 8º de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022[386]. El principio que se va a analizar tiene su origen en el inciso 4º del artículo 29 de la Constitución Política, el cual anuncia que "Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable".

Las disposiciones que preceden en cada una de las *Codificaciones Disciplinarias* mencionadas responden a la siguiente redacción:

> *Artículo 14. Ley 1952/2019.* "*Presunción de inocencia.* El sujeto disciplinable se presume inocente y debe ser tratado como tal mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación disciplinaria toda duda razonable se resolverá a favor del sujeto disciplinable ~~cuando no haya modo de eliminar la responsabilidad~~"[387] ~~*(las negrillas fuera del texto).*~~

379 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. En *Principios Rectores de la Ley Disciplinaria*-Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 1. Bogotá D.C., 2023, pág. 91, anotaron:

> Como se puede ver, el legislador, de una manera más *protectora y garantista*, exige en forma obligatoria que al sujeto disciplinable **debe presumírsele inocente y por ende debe ser tratado como tal**, con lo cual se asegura que las autoridades disciplinarias o los instructores del proceso no incluyan expresiones que conduzcan a la certeza del hecho y de la responsabilidad, cuando aún no se ha dictado el fallo correspondiente.
>
> Ahora bien, las dos normas entrañan otra garantía, el reconocimiento de la duda en favor del disciplinado, lo que determina que en el evento en que se establezca que no hay posibilidad de acreditar en grado de certeza su responsabilidad, se debera´emitir un fallo absolutorio.
>
> Adicional a lo anterior, obsérvese como esta prerrogativa tiene procedencia **durante la actuación**, quiere decir esto, que si en alguna instancia, evaluación de la indagación o de la investigación, se presenta alguna duda, y esta no pueda resolverse probatoriamente, será en ese instante procesal en que deberá resolverse en favor del disciplinado" *(las negrillas fuera del texto)*.

380 Código General Disciplinario.

381 Código Disciplinario Único.

382 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

383 Código Disciplinario del Abogado.

384 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

385 Código Disciplinario Militar.

386 Estatuto Disciplinario Policial.

387 El texto de este inciso corresponde en similar sentido al texto del artículo 6º de la Ley 200 del 28 de julio de 1995, el cual fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996. Magistrado Ponente, Carlos Gaviria Díaz. Expediente N.º D-1058 (Demandante: Marcela Adriana Rodríguez Gómez).

> El aparte tachado y en negrillas fue demandado por Silvio Luis Rivadeneira Stand y la *Corte Constitucional* lo declaró **inexequible** mediante *Sentencia C-495 del 22 de octubre de 2019* siendo Magistrado Ponente Alejandro Linares Cantillo. *Expediente N° D-13121*. Allí la Corte Constitucional señaló: "… 41. Luego de precisar el alcance del derecho fundamental a la presunción de inocencia, la regla que implica resolver las dudas razonables en favor del investigado y de recordar que se

Artículo 9º. Ley 734/2002. "Presunción de inocencia[388]. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado.

Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla"[389].

*Artículo 7º. **Ley 1015/**2006. "Presunción de inocencia.* El destinatario de esta ley a quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare legalmente su responsabilidad en fallo ejecutoriado".

Artículo 8°. Ley 1123/2007."Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en sentencia ejecutoriada.

Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

"*Artículo 5º (h). Ley 1828/2017.* Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:

(...)

h) Presunción de inocencia. El Congresista a quien se atribuya la comisión de una falta, se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad".

---

trata de garantías plenamente aplicables a los procesos penales y a los procedimientos administrativos sancionatorios, incluido el proceso disciplinario, concluyó este tribunal que la expresión demandada contraría la presunción de inocencia porque al ordenar que las dudas razonables se resuelvan en favor del disciplinado '*cuando no haya modo de eliminar la responsabilidad*', en realidad no está presumiendo la inocencia, sino su opuesto, es decir, la responsabilidad. En estos términos, la Sala Plena de la Corte Constitucional declarará la inexequibilidad de la expresión '*cuando no haya modo de eliminar la responsabilidad*', contenida en el artículo 14 de la Ley 1952 de 2019, '*Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario*'.

"**Nota.** La expresión *"***y debe ser tratado como tal**"*,* que subrayo en la norma, es un *acierto del legislador*, pues estaba haciendo carrera que *en el pliego de cargos se podían utilizar expresiones que anticipaban la responsabilidad del disciplinado*, con el argumento que eso era permitido por tratarse de un **tratamiento provisional que podía desvirtuarse** en el periodo probatorio. **El principio de presunción de inocencia declara que el disciplinado debe ser tratado como "inocente"**, mientras no se declare su responsabilidad **"en fallo ejecutoriado"** y ese tratamiento es **obligatorio que sea permanente hacerlo** so pena de afectarse también la **dignidad humana de quien se prejuzga**". (Tomado de Mejía Ossman, Jaime. *Código General Disciplinario. Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021* – Comparado, concordado, sentencias de constitucionalidad, jurisprudencia, notas, doctrina y conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios (1995-2023. Editorial Doctrina y Ley. En prensa. 2023).

388 De acuerdo con el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de Manuel Ossorio, Editorial Heliasta., ed., 23, Argentina 1996, la "presunción de Inocencia", es la que ampara, en los enjuiciamientos de tipo liberal, a los acusados cuya responsabilidad debe probar el acusador para fundar la condena.

389 Este inciso en vigencia de la Ley 200 del 28 de julio de 1995, fue demandado por Marcela Adriana Rodríguez Gómez y la Corte Constitucional lo declaró exequible mediante Sentencia C-244 del 30 del mayo de 1996, siendo magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1058.

> *Artículo 48. Ley 1862/2017.* "*Presunción de inocencia.* El destinatario de esta ley a quien se le tribuya una falta disciplinaria se presume inocente y debe ser tratado como tal, mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado".
>
> *Artículo 8º. Ley 2196/2022.* "*Presunción de inocencia.* A quien se le atribuya una falta disciplinaria se le presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado".

Este principio se encuentra ubicado en los artículos 14 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[390]; 9º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[391]; 7º de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[392]; 8º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[393]; 5º (h) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[394]; 48 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[395] y 8º de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[396]. El principio que se va a analizar tiene su origen en el inciso 4º del artículo 29 de la *Constitución Política*, el cual anuncia que "*Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable*".

En las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019*[397], *734 del 5 de febrero de 2002*[398] y *1123 del 22 de enero de 2007*[399], se fusionaron en una sola disposición los principios de "presunción de inocencia" y el de la "resolución de la duda".

En las *Leyes 1015 del 7 de febrero de 2006*[400], *1828 del 23 de enero de 2017*[401], *1862 del 4 de agosto de 2017*[402] *y 2196 del 18 de enero de 2022*[403], los principios de *"presunción de inocencia"* y el de la *"resolución de la duda"*, se definen por separado y para cual existe una disposición dentro de la respectiva *Codificación Disciplinaria*.

El principio de la *"resolución de la duda"*, en las *Leyes 734 del 5 de febrero de 2002*, *1123 del 22 de enero de 2007* y ahora en la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, se aplica en *"cualquier etapa de la actuación"*. En el pasado en el artículo 2º de la *Ley 836 del 16 de julio de 2003*[404] no se señalaba esa especial circunstancia. Por fortuna y por mandato de sus artículos 13 y 198, se remitía, entre otros, a los *principios rectores* que determinaba "la Ley 734 del 5 de febrero de 2002", así como en los aspectos no previstos dentro del reglamento.

390 Código General Disciplinario.
391 Código Disciplinario Único.
392 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.
393 Código Disciplinario del Abogado.
394 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.
395 Código Disciplinario Militar.
396 Estatuto Disciplinario Policial.
397 Código General Disciplinario.
398 Código Disciplinario Único.
399 Código Disciplinario del Abogado.
400 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.
401 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.
402 Código Disciplinario Militar.
403 Estatuto Disciplinario Policial.
404 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

Recuérdese, como referente histórico, que la "resolución de la duda" en la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*[405], solamente *se aplicaba al momento de fallar*[406].

El principio rector de la *presunción de inocencia* le atribuye ese estado a quien sea *investigado* y a través de *toda la* "actuación disciplinaria", ya que el *Estado*, como titular de la *potestad* y de la *acción disciplinaria*, debe *probarle*, por intermedio de la *Autoridad Disciplinaria*, la *responsabilidad* a través del *fallo sancionatorio* correspondiente, el cual una vez *ejecutoriado* o en *firme o definitivo*, por no ser objeto de reconsideración, le asegura al *disciplinado* su condición de *culpable*. Mientras ello no ocurra, el investigado, a quien se le impute la comisión de una falta disciplinaria, se le considerará, para todos los efectos, *inocente*.

Este principio rector protege a todo individuo frente a cualquier acción de la autoridad. Constitucionalmente se enfoca a ser aplicado tanto en lo judicial como en lo administrativo. Se concreta cuando hay una imputación contra alguien y se aplica en todas las etapas del proceso disciplinario, para desaparecer únicamente con el fallo sancionatorio de segunda instancia debidamente ejecutoriado o en firme, esto es cuando contra el mismo no se pueda hacer solicitudes de reconsideración o no se puedan cambiar sus decisiones.

---

405 Primer Código Disciplinario Único.

406 La Ley 200 del 28 de julio de 1995, señalaba: "Artículo 8º. Presunción de inocencia. El servidor público o el particular que ejerza función pública a quienes se atribuya una falta disciplinaria se presumen inocentes mientras no se declare legalmente su responsabilidad en fallo ejecutoriado".

Nótese que esta disposición contenía únicamente el *principio de presunción de inocencia* y el *principio de la resolución de la duda* se encontraba en artículo aparte (artículo 6º). Con las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019* y *734 del 5 de febrero de 2002* se edifica una norma con los dos principios bajo el *nomen juris* de "**presunción de inocencia**".

En cuanto al principio de la "*resolución de la duda* o *in dubio pro reo*", se anota que está íntimamente ligado al "*principio de presunción de inocencia*".

La *Corte Constitucional*, en *Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996*, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, puntualizó:

"(...) El *'in dubio pro disciplinado'*, al igual que el *'in dubio pro reo'*, emana de la presunción de inocencia, pues esta implica un juicio en lo que atañe a las pruebas y a la obligación de dar un tratamiento especial al procesado. Como es del todo sabido, el juez al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica, debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. Cuando la administración decide ejercer su potestad sancionadora tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado. Recuérdese que, en materia disciplinaria, la carga probatoria corresponde a la administración o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso, dependiendo de quien adelante la investigación, y son ellas quienes deben reunir todas las pruebas que consideren pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del disciplinado".

Así las cosas, en cualquier etapa del proceso en que existan dudas razonables sobre la responsabilidad disciplinaria del sujeto de la acción, deberá resolverse en su favor, con archivo definitivo, sin que deba considerar su aplicación solamente al momento del fallo definitivo, es decir, que tiene plena vigencia con las evaluaciones de la indagación preliminar o la investigación disciplinaria, establecidas en los artículos 208 y 221 *de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (artículos 150 y 161 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*).

Principio de presunción de inocencia. No es solamente un principio rector sino también un criterio orientador para la interpretación de las normas disciplinarias

Además de lo atrás expresado, igualmente podemos afirmar válidamente que la *presunción de inocencia* no es solamente un *principio rector* sino también un *criterio orientador para la interpretación de las normas disciplinarias*, el cual nos lleva a concluir que es al *Estado* a quien le corresponde, por intermedio de sus órganos competentes y mediante las formalidades, ritualidades o procedimientos establecidos en la ley, demostrar que el *investigado o disciplinado* es responsable de la falta o faltas disciplinarias a él atribuidas y que mientras tal demostración no se produzca, el *destinatario de la ley disciplinaria*, de *manera inequívoca*, estará amparado bajo esta *presunción*, que en nuestro sentir *no es presunción legal ni judicial* sino un estado negativo de acciones u omisiones que se funda en la imposibilidad lógico-jurídica en que se encuentra el investigado de demostrar una negación indefinida como lo es la de no haber incurrido en falta disciplinaria.

Principio de presunción de inocencia. Integra el principio del debido proceso

Así mismo, el principio de presunción de inocencia se explica como integrador del principio rector del debido proceso. Es producto de la exigencia estatal de un proceso garantista, sometido a las leyes vigentes al momento de la realización de la conducta disciplinaria, en el cual se protejan los derechos del indagado, investigado o disciplinado de su más mínima conculcación, con la exigencia de aplicación de la plenitud de las formas propias del procedimiento disciplinario. También se explica en la obligación que tiene el Estado de demostrar la responsabilidad del destinatario de la Ley Disciplinaria, por ser a éste a quien se encargó por parte de la Constitución Política, la demostración probatoria de certeza de su responsabilidad, pues la inocencia, a través de todo el proceso, es la única que se presume cierta[407]. El principio de *presunción de inocencia* se explica, también, como *integrador del principio rector* del *debido proceso*, en que éste es incompatible con la *presunción de culpabilidad*, lo cual lleva al *desconocimiento de la dignidad humana*, conculcándose así los demás principios rectores y porqué no decirlo, sus derechos *fundamentales*.

Es así como las decisiones administrativas, jamás podrán presumir la culpabilidad de los investigados o los disciplinados. Por el contrario, a través de todas y cada una de las *etapas del proceso* disciplinario, *la presunción de inocencia* debe estar tan clara que *no deben citarse frases o palabras que apunten a la culpabilidad*. Por tanto, *los servidores públicos* competentes para investigar deben abstenerse de crear oraciones en las que se demuestre *violación al principio de presunción de inocencia,* toda vez que, en nuestro pensamiento, esas frases, palabras u oraciones, conducen al quebrantamiento del prin-

407 Belén Marina Jalvo, señala: "(…) Llegados aquí se hace precisa una referencia especial al derecho a la presunción de inocencia que, tal como ha sintetizado el Tribunal Constitucional, significa que 'toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre los mismos hechos'. El contenido de la presunción de inocencia se refiere, pues, fundamentalmente a la prueba y a la carga probatoria, pero también se extiende al tratamiento general que debe darse al imputado a lo largo de todo el proceso. Todo ello sin olvidar, además, la relevancia extraprocesal de derecho a la presunción de inocencia. (…) En definitiva, la presunción de inocencia gira en torno a la prueba y su carga, que se desplaza al acusador, excluyendo al expedientado de la carga de probar su inocencia. La destrucción de esta presunción iuris tantum puede lograrse con 'una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías procesales, que puede entenderse de cargo y de la que se puede deducir la culpabilidad del acusado'".

cipio rector *Constitucional y de la ley disciplinaria* y por ende: de la *dignidad humana,* del *derecho a la defensa* y del *debido proceso.*

Por tal razón, no debe decirse en ninguna determinación previa al fallo: por *haber violado el artículo tal del decreto tal*; por *haber cometido la falta disciplinaria*; por *haber infringido una norma disciplinaria*; por *haberse encontrado responsable de la vulneración* del artículo tal; por *haberse determinado que fulano de tal cometió el hecho* que se le atribuye; porque *a este despacho no le queda duda de la realización de la falta por parte del disciplinable* o expresiones parecidas que determinen *anticipadamente* la *responsabilidad disciplinaria* del investigado. Todas esas palabras, frases u oraciones, en nuestro sentir, deben estar precedidas de los términos, tales como: *presuntamente, posiblemente, probablemente, al parecer,* etc., so pena de conculcar *los artículos 29, inciso 4º de la Carta Política; 14* de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[408]; 9º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[409]; 7º de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[410]; 8º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[411], 5º (h) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[412]; 48 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[413] y 8º de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[414].

En la experiencia del *litigio* ante las autoridades *disciplinarias y jurisdiccionales,* y cuando en los *actos administrativos* o en las *providencias o resoluciones judiciales,* se utilizaban expresiones como las ya señaladas, siempre se le *preguntaba* a la *Administración Pública* o a la *Jurisdicción Penal: **¿Con qué finalidad se ejerce el derecho a la defensa del defendido cuando desde un principio se lo ha condenado anticipadamente?*** En nuestro sentir, la *violación* al *principio de presunción de inocencia* de que está rodeado el investigado, *constituye un fallo o una sentencia condenatoria anticipada.*[415] Con todo respeto a quienes piensan que esas expresiones se pueden aceptar porque aún no se ha tomado una *decisión definitiva,* ya que en ese momento procesal las calificaciones que se hagan son *provisionales,* no les compartimos su posición, porque a todas luces son contrarias al principio de *presunción de inocencia.*

408 Código General Disciplinario.

409 Código Disciplinario Único.

410 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

411 Código Disciplinario del Abogado.

412 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

413 Código Disciplinario Militar.

414 Estatuto Disciplinario Policial.

415 Es claro que la presunción de inocencia puede ser trasgredida por parte del juez disciplinario, en los siguientes casos.

- Iniciar indagación preliminar o investigación disciplinaria, motivando la providencia con afirmaciones de responsabilidad;
- Iniciar investigación disciplinaria con el simple escrito de la queja, denuncia, informe, "compulsa de copias", comunicado, etc.,
- Negar pruebas solicitadas por los sujetos procesales, simplemente porque tal situación se encuentra *ya probada*, sin ofrecer argumentos que conlleven a su *improcedencia, inconducencia o impertinencia.*
- Motivar el pliego de cargos con calificativos de certeza de la responsabilidad, pues con ellos la autoridad disciplinaria no solamente toma partido con su subjetividad, sino que prejuzga y emite un fallo anticipado.
- Rechazar la oportunidad de notificaciones, recursos y demás situaciones procedimentales que puedan favorecer al investigado, con el pretexto de que se encuentra en situación de flagrancia o confesión.

Por las razones anteriores es menester señalar que la *duda y la certeza* tiene que ser la consecuencia de una *adecuada valoración probatoria*. En efecto, la *duda* en el *procedimiento disciplinario* surge como consecuencia de la *confrontación* de los hechos con la *valoración probatoria* de los mismos, dando lugar a resolver el proceso de manera *favorable* al investigado. La *certeza*, en cambio, define el *procedimiento disciplinario* con fallo *sancionatorio o absolutorio*. Por consiguiente, la *duda razonable* surge al aplicar la *sana crítica*[416] en combinación con la lógica, como actividad intelectual que permite llegar a conclusiones veraces. De la misma manera la *duda* puede recaer sobre la *tipicidad del hecho*[417] , es decir que una vez se valore y se interprete la prueba, se concluya que la misma no conduce a determinar la *certeza* de la responsabilidad y de la realización de la falta disciplinaria por parte del titular de la acción disciplinaria; así mismo *puede recaer sobre la ilicitud o antijuridicidad* de la conducta y la *culpabilidad,* al establecerse que tampoco existe *certeza* sobre sus componentes esenciales acerca del *objeto, interés o bien jurídicamente tutelado* y los aspectos relacionados con el *dolo o la culpa*, sin olvidar que la falta de convencimiento del funcionario competente puede deducirse de las *circunstancias modales de la conducta,* de los *requisitos para sancionar* o de las *condiciones de procedibilidad*.

En conclusión, la *duda* se puede presentar:

Respecto de alguno o algunos de los *elementos* contenidos en la *descripción típica de la conducta*; respecto a la *autoría o participación* en la falta disciplinaria por parte del investigado; respecto a las formas de *culpabilidad* y respecto a la presencia de alguna o algunas de las *causales de justificación* en la realización de la conducta.

No podemos olvidar que el "*in dubio pro reo*" se aplica en "toda la actuación"[418], es decir durante *todas las etapas de valoración probatoria* que le pertenecen al *procedimiento disciplinario sancionatorio*, tales como: verificación de la ocurrencia de la conducta y la identificación e individualización en la indagación preliminar, apertura de la investigación, evaluación de la investigación, formulación del pliego de cargos o citación a audiencia y fallo definitivo de primera y segunda instancia[419].

Finalmente es preciso advertir que este principio se *diferencia* con el de *presunción de inocencia* en que le impone al juzgador la *obligación de pronunciarse de manera favorable al disciplinado*, es decir le indica al investigador una *tarifa legal* que debe contemplar en el momento de tomar una decisión de fondo en caso de la *duda razonable*, so pena de afectarle el *debido proceso*, en cambio

416 De conformidad con lo señalado en el artículo 141 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, las pruebas deben apreciarse conjuntamente de acuerdo con las reglas de la sana crítica (deja al juez disciplinario formar libremente su convicción, pero lo obliga a establecer sus fundamentos).

417 Cuando del análisis de la norma se concluya que existen dudas sobre la adecuación de la conducta a ella o a algunos de sus elementos (sujeto, objeto o conducta) o a alguno de sus ingredientes normativos o subjetivos.

418 El principio de la resolución de la duda es consecuencia de la aplicación del artículo 159 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019–Código General Disciplinario – (artículo 142 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 – Código Disciplinario Único), el cual determina que para que sea procedente una sanción disciplinaria debe hacerse sobre los elementos probatorios que conduzcan a la certeza de la falta y de la responsabilidad del disciplinado.

419 Iván Velásquez Gómez, anota: "Lo que importa destacar, frente al derecho disciplinario, es que el principio tiene plena aplicación en cada una de las etapas en que se debe valorar la prueba. De esta manera, si existe duda acerca de la procedencia de la apertura de investigación, se debe abstener el funcionario competente de adoptar esa decisión, lo mismo si la duda se refiere a la existencia de la prueba para formular cargos; si no hay claridad sobre la naturaleza de la falta a efectos de la calificación provisional que determinará el procedimiento a aplicar y la sanción a imponer, se debe optar por la más benigna y, en fin, si existe duda acerca de la responsabilidad del investigado, se le debe absolver" (ob. cit, pág. 54).

el *principio de presunción de inocencia,* mantiene al *juzgador disciplinario* vinculado al proceso, de manera permanente, *durante todas sus etapas.*

9. Debido proceso [420]

Principio del debido proceso. Ubicación y generalidades

Este principio se encuentra resumido en los artículos 12 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[421]; 6º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[422]; 5º de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[423], 6º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[424], 5º (e) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[425]; 45 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[426]; y 6º de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[427]. Tiene su origen en el artículo 29 de la *Constitución Política,* el cual concreta la obligación de ser juzgado "*ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio*".

Las disposiciones en su orden determinan:

> *Artículo 12. Ley 1952/2019*. "*Debido proceso (Modificado por el artículo 3º L. 2094/21)*. El disciplinable deberá ser investigado y luego juzgado por funcio-

420 En Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Principios Rectores de la Ley Disciplinaria*-Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 1. Bogotá D.C., 2023, págs. 29 y 31, señalaron:

> Bajo la concepción que trae el artículo 12 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, de manera enunciativa se señalan algunas garantías propias de este principio, sin embargo, consideramos que en él deben tener presencia las demás prerrogativas establecidas en el artículo 29 constitucional.
>
> (...)
>
> Así las cosas, todos los componentes del debido proceso, como derecho fundamental, deben ser aplicados sin limitación alguna en las actuaciones disciplinarias, la acreditación de la responsabilidad debe ceñirse estrictamente a las características que el Legislador ha determinado para cada una de sus categorías, y del respeto por las formas propias del juicio disciplinario, siempre bajo el entendido que su verdadero propósito es contribuir al respeto por la dignidad humana.
>
> "Resaltamos la separación de las funciones que se consagró en el artículo 3° de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, modificando el contenido del artículo 12 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, al señalar como derecho que el disciplinable sea investigado y luego juzgado por autoridad disciplinaria diferente, independiente, imparcial y autónoma, lo que implica que en el proceso disciplinario está garantizado que "el funcionario instructor" no sea el mismo que el funcionario "que adelante el juzgamiento".
>
> Igualmente aplaudimos la incorporado por la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, al fijar en el artículo 12 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, la posibilidad de impugnar el primer fallo sancionatorio por vía de la doble conformidad, dejando establecido que en el evento en que el Procurador General de la Nación sea el autor del fallo de primera instancia, deberá procederse a la "doble conformidad" establecida en la ley disciplinaria, con gran prelación en los artículos 93 (4), 102 y 235".

421 Código General Disciplinario.

422 Código Disciplinario Único.

423 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

424 Código Disciplinario del Abogado.

425 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

426 Código Disciplinario Militar.

427 Estatuto Disciplinario Policial.

nario diferente, independiente, imparcial y autónomo que sea competente, quienes deberán actuar con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y dándole prevalencia a lo sustancial sobre lo formal.

En el proceso disciplinario debe garantizarse que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento.

Todo disciplinable tiene derecho a que el fallo sancionatorio sea revisado por una autoridad diferente, su trámite será el previsto en esta ley para el recurso de apelación. En el evento en que el primer fallo sancionatorio sea proferido por el Procurador General de la Nación, la doble conformidad será resuelta en la forma indicada en esta ley"[428].

Artículo 6º. Ley 734/2002. "Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público".

Artículo 5º. Ley 1015/2006. "Debido proceso. El personal destinatario de este régimen será investigado conforme a las leyes preexistentes a la falta disciplinaria que se le endilga, ante funcionario con atribuciones disciplinarias previamente establecido y observando las garantías contempladas en la Constitución Política y en el procedimiento señalado en la ley. La finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen".

Artículo 6°. Ley 1123/2007. "Debido proceso. El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código".

Artículo 5º. Ley 1828/2017 "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:

(...)

e) Debido proceso. El Congresista deberá ser investigado con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso en los términos establecidos en la Constitución Política y este Código".

Artículo 45. Ley 1862/20017. "*Juez natural.* El destinatario de este código deberá ser investigado y juzgado por las autoridades señaladas en la presente ley".

428 Nota: Este principio del "debido proceso", solo se refiere a los principios del juez natural y a las formas propias del juicio. Por consiguiente, descarta los demás principios a que alude el artículo 29 de la Constitución Política (debido proceso), lo que se presta para confusiones. En el nomen juris de este principio, fue muy lógico la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar) en el cual se optó por dividirlo en dos principios rectores: el del "juez natural" y el de las "formas propias del juicio".

> *Artículo 46. Ley 1862/20017.* "*Formas propias del proceso disciplinario*. El destinatario de este código deberá ser investigado con observancia formal y material de las normas que establezcan la ritualidad del proceso, en los términos de este código".
>
> *Artículo 6º. Ley 2196/2022. "Debido proceso*. Los destinatarios de esta ley serán investigados y juzgados por funcionario competente e imparcial con atribuciones disciplinarias previamente establecidas, observando las garantías contempladas en la Constitución Política y las normas que determinen la ritualidad del proceso.En el proceso disciplinario debe garantizarse que el funcionario instructor no sea el mismo que adelante el juzgamiento".

Principio del debido proceso y su redacción en las diferentes codificaciones disciplinarias

Del contenido de las disposiciones trascritas y que corresponde a todas las *Codificaciones Disciplinarias* actuales, se puede concluir que el *debido proceso* se sintetiza en dos (2) aspectos fundamentales: 1. la investigación por funcionario competente y 2. La observancia formal y material de las normas que determinan la ritualidad del proceso, situación que se presentaba con mayor riqueza descriptiva en el artículo 5º de la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*, donde se construía en tres (3) aspectos sobresalientes: 1. El deber de ser procesado conforme a las *leyes sustantivas y procesales* preexistentes a la falta disciplinaria que se atribuya; 2. Ante funcionario competente previamente establecido y 3. Con la observancia de la plenitud de las *formas del procedimiento* regulado en la *Constitución Política* y en la *Ley Disciplinaria*. Es así como todas las *Codificaciones Disciplinarias* se interesan en el *juez natural* y en la *observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso*, descartando, aparentemente, los *demás principios* expresamente referidos en el *artículo 29* de la *Carta Política*. Igualmente, sus textos se abstienen de mencionar al *servidor público y al particular que ejerza transitoriamente funciones públicas,* para referirse de manera mucho más *técnica y clara* al "disciplinable" al "personal destinatario" y al "congresista". De todas maneras, la *disposición rectora* del *debido proceso disciplinario* es muy distinta, en su contenido, al *debido proceso constitucional*, pero, indiscutiblemente, ***se nutre de él*** en toda su extensión.

En la *Ley 836 de julio 16 de 2003*[429] el texto de este principio se refería también a "*los destinatarios*" y exigía, al igual que las actuales *Codificaciones Disciplinarias*, que esas dos particulares condiciones enunciadas al inicio de esta temática se realizaran "en los términos de la ley vigente al momento de la realización de la conducta", circunstancia esta que no permitía entender como el *juez disciplinario militar pudo dar aplicación al* artículo 198 ídem que determinaba que *"los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento anterior", si precisamente el artículo 4º ídem* ordenaba la "observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de la ley vigente al momento de la realización de la conducta".

Muy seguramente, y lo que deviene como *lógico y jurídico*, este aspecto se solucionó dando prioridad al *principio rector* con relación a la *norma ordinaria* contenida en el

429 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, derogado por la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 o Código Disciplinario Militar.

artículo 198 y probablemente el competente jamás se olvidó de aplicar los *principios de legalidad y favorabilidad* de que tratan los artículos 3º y 5° *ibídem*.

Al repasar el contenido del artículo 5º de la *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006* (derogada por la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*)[430], se constata que el *debido proceso* se resum*ía* en cinco (5) aspectos detallados: 1. La investigación conforme a leyes preexistentes a la falta disciplinaria que se le endilga; 2. La investigación por funcionario con atribuciones disciplinarias y observando las garantías contempladas en la *Constitución Política* y en el procedimiento señalado en la ley; 3. La prevalencia de la justicia como finalidad del proceso; 4. La búsqueda de la verdad material y 5. El cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que intervienen.

Como se puede observar, en ese tiempo, el *principio del debido proceso policial* contenía los dos temas centrales que formaban parte de las *Leyes 734 del 5 de febrero de 2002*[431] y *836 del 16 de julio de 2003*[432], con la diferencia que en la *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[433] dentro del principio del *debido proceso,* se reiteraba el *principio de legalidad* y se incluía el *principio de la interpretación de* la *ley disciplinaria* del artículo 20 de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, lo cual permite cuestionar la aplicación de teorías, como la de los *numerus apertus*, atrás referida, máxime si se repara el contenido del *parágrafo* del *artículo 37* de la *Ley 1015 del 7 de febrero 7 de 2006*, que expresaba:

> "Para efectos de determinar la gravedad o levedad de la falta, por vía de remisión, constituye falta gravísima la que está "taxativamente" señalada en la ley o aquella que constituya causal de mala conducta. (...)" (las negrillas fuera del texto).

Al igual que en las reemplazadas *leyes 734 del 5 de febrero de 2002* y *836 del 16 de julio de 2003,* la disposición rectora del *debido proceso disciplinario* era muy distinta, en su contenido al del *debido proceso constitucional*.En la actualidad todas las Codificaciones Disciplinarias, tienen muy parecida redacción. En cambio la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[434], exige las etapas procesales de instrucción y juzgamiento, cada una con funcionario competente diferente, independiente, imparcial y autónomo; con prevalencia de lo sustancial sobre lo formal; y con el derecho del disciplinable a que su fallo sancionatorio sea revisado por una autoridad distinta y a que en el evento en que el primer fallo sancionatorio sea proferido por el Procurador General de la Nación, la doble conformidad[435] sea resuelta en la forma indicada en esta ley.

---

430 Estatuto Disciplinario Policial.

431 Código Disciplinario Único.

432 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

433 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

434 Código General Disciplinario.

435 La doble conformidad comporta la exigencia de una segunda opinión de una autoridad sobre la decisión o fallo de primera instancia de un proceso disciplinario. En este caso, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019- Código General Disciplinario – (modificado por el artículo 3º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021) y en el evento en que el primer fallo sancionatorio sea proferido por el Procurador General de la Nación, la doble conformidad será resuelta conforme a la Ley.

En efecto, el artículo 93 *ídem, (modificado por el artículo 14 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021)*, en el *inciso 4º* concreta que "en los casos en donde se deba tramitar la **doble conformidad**, la **decisión final estará siempre a cargo de la Procuraduría General de la Nación**, atendiendo a sus competencias". El artículo 102 *ibidem (modificado por el artículo 18 de la Ley 2094 del 29 de junio de*

Principio del debido proceso. Garantías

Del principio del *debido proceso disciplinario* se desprenden las siguientes *garantías* a favor de los *sujetos disciplinables*:

2021) al concretar la **competencia disciplinaria del Procurador General de la Nación**, determina que además de conocer de la **segunda instancia** de las **decisiones de las Salas Disciplinarias de Juzgamiento**, conoce de la **doble conformidad de las decisiones sancionatorias de las mismas salas**. El artículo 101 *ejusdem (modificado por el artículo 16 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021*) distribuye en las *Salas Disciplinarias* sus funciones para resolver lo relacionado con sus competencias y les asigna la **doble conformidad** en las que pueden actuar. En efecto, en su *parágrafo 1º* indica que las **Salas Disciplinarias** tendrán cada una tres (3) integrantes —según sus competencias internas— y de esa manera **conocen**, además, de la *consulta de la suspensión provisional* y "de los recursos de apelación y queja interpuestos contra las decisiones de primera instancia de las procuradurías delegadas", de la **segunda instancia** y de la "**doble conformidad**" en los **procesos con asignación especial**, siempre y cuando "el funcionario desplazado tenga la **competencia de procurador delegado** y de las demás que le sean señaladas". Igualmente, el mismo artículo 102 *idem (modificado por el artículo 18 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021*) al concretar la **competencia disciplinaria del Procurador General de la Nación**, determina el **procedimiento para la doble conformidad de sus decisiones sancionatorias**. Es así como prevé que "*será resuelta por una Sala compuesta por tres (3) personas que cumplan los mismos requisitos del artículo 232 de la Constitución Política, sorteadas de una lista de doce (12) nombres que debe elaborar la Comisión Nacional de Servicio Civil, en estricto orden descendente de quienes se presentaron al concurso de méritos de que trata el artículo anterior. La participación en esta Sala no impide el derecho a ser nombrado en la Sala Especial de Juzgamiento de los servidores de Elección Popular en caso de presentarse una vacante*". De la misma manera la disposición citada expresa que "*en el evento en que, por cualquier causa, esta lista se reduzca, el Procurador General de la Nación deberá recomponerla de la lista anterior; que el Procurador General de la Nación, por razones de orden público, imparcialidad o independencia de la función disciplinaria, así como para asegurar las garantías procesales o la seguridad o integridad de los sujetos procesales, podrá asignar directamente el conocimiento de un asunto como también desplazar a quien esté conociendo de un proceso*" y finalmente recalca que "*En ningún caso, tal desplazamiento podrá surtirse en relación con los procesos contra servidores públicos de elección popular*". El artículo 235 *ibídem (modificado por el artículo 52 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021*), reglamenta las pruebas en segunda instancia o en la etapa de **doble conformidad**, advirtiendo que su **decreto y práctica oficiosa será excepcional** y solo para "**modificar sustancial y favorablemente la situación jurídica del disciplinado**", en cuyo evento y "luego de practicadas las pruebas, se dará **traslado** por el término de cinco (5) días a los sujetos procesales, vencidos estos, el **fallo se proferirá en el término de cuarenta (40) días**" (...) Finalmente, los artículos 238A y 238 B, el legislador crea el "**recurso extraordinario de revisión"**. En el artículo 238A *(Adicionado por el artículo 54 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021*), surtió la declaratoria de **inexequibilidad** de las expresiones "**jurisdiccional**" y "**ejecutoriadas**" (Decisión 1º. *Sentencia C-030 del 16 de febrero de 2023*. M.P. Juan Carlos Cortés González y José Fernando Reyes Cuartas. *Expediente: D-14503*), así como su declaratoria de **exequibilidad condicionada** *"en el entendido de que el recurso extraordinario de revisión operará solamente cuando se impongan sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad a servidores públicos de* **elección popular**, *por ministerio de la ley, de manera automática e inmediata. En todo caso el disciplinado podrá ejercer todas las actividades procesales que estime pertinentes a su defensa propias del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. Las sanciones impuestas a los funcionarios de elección popular se suspenderán en su ejecución durante el trámite judicial de revisión, el cual finiquitará con una sentencia que determinará de manera definitiva la sanción aplicable*". En el artículo 238B *(Adicionado por el artículo 55 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021*), se aclara la **competencia** para el *conocimiento de los recursos* **extraordinarios de revisión** contra las **decisiones de segunda instancia** o de **doble conformidad** dictadas por el *Procurador General de la Nación*, las *Salas de Juzgamiento* y los *Procuradores Delegados*, determinándose que le corresponden a las **salas especiales de decisión del consejo de estado** lo mismo que contra las decisiones producto de la **doble conformidad** dictadas por el *Procurador General de la Nación*. Así mismo en la misma disposición se indica que "los **Tribunales Administrativos de lo Contencioso Administrativo**" conocen de los "*recursos extraordinarios de revisión contra las decisiones de segunda instancia o de* **doble conformidad** *dictadas por los Procuradores Regionales de Juzgamiento*" (las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto).

1. Garantía de que nadie puede ser juzgado sino por autoridad disciplinaria, es decir aquél facultado por la Constitución Política, la ley o reglamento, para conocer o decidir en un determinado asunto. Esta garantía encontraba soporte en el artículo 7º de la Ley 13 del 9 de marzo de 1984[436] y en los artículos 18 y 21 del Decreto 482 del 19 de febrero 1º de 1985[437], así como en los artículos 5º, 53, 56, 57, 58, 60, 61, 62, 65 y 66, de la Ley 200 del 28 de julio de 1995[438], en los artículos 6º, 72, 75, 76, 78, 79, 80, 81, 83 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[439] y hoy en día en los artículos 12, 89, 92, 93, 95, 96, 97, 98, 100, 101 y 102 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[440].

2. Garantía de que nadie puede ser juzgado sino con la observancia plena de las formas propias de cada juicio. Esta garantía encontraba su soporte en los artículos 131 del Decreto 1950 del 24 de septiembre de 1973[441], 12 de la Ley 13 del 9 de marzo de 1984 y 13 del Decreto 482 del 19 de febrero de 1985, así como en los artículos 5º y 73 y 6º y 92 de las reemplazadas Leyes 200 del 28 de julio de 1995 y Ley 734 del 5 de febrero de 2002. En la actualidad se concreta en los artículos 12 y 112 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[442].

3. Garantía de que la investigación se orienta conforme a leyes preexistentes a la falta disciplinaria que se le endilga[443].

4. Garantía de que la finalidad del proceso disciplinario es la prevalencia de la justicia.

5. Garantía de la búsqueda de la verdad material.

6. Garantía del cumplimiento de los derechos debidos a las personas que intervienen en el proceso disciplinario[444].

El *debido proceso*, como lo advertía Ciro Angarita Barón (q.e.p.d.)[445], se estableció por primera vez en el *artículo 17 de la Ley Revolucionaria Francesa* del 16 de *agosto de 1720*, en los siguientes términos:

436 "Por la cual se establecen normas que regulan la administración del personal civil y demás servidores que prestan sus servicios en la Rama Ejecutiva del Poder Público en lo nacional y se dictan disposiciones sobre el régimen de Carrera Administrativa".

437 "Por el cual se reglamenta el régimen disciplinario consagrado en la Ley 13 de 1984".

438 Primer Código Disciplinario Único.

439 Segundo Código Disciplinario Único.

440 Código General Disciplinario.

441 "Por el cual se reglamentan los Decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil.

442 Garantías que comparten las demás Codificaciones Disciplinarias.

443 Garantía aplicable a todas las Codificaciones Disciplinarias.

444 Estas tres últimas garantías sólo las tenía contempladas, dentro del debido proceso disciplinario, los destinatarios de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional). En la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único) se relacionaron en el artículo 20; en la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario), se incorporaron en el artículo 11; en la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 (Código Disciplinario del Abogado) en el artículo 15; en la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista), por remisión ordenada en el artículo 5 (m) se aplica el artículo 11 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019; en la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar) se incluyeron en el artículo 63 y en la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial) se expresaron en el artículo 22.

445 Sentencia de Tutela N.º 597 del 9 de diciembre de 1992.

> "El orden constitucional de las jurisdicciones no podrá ser turbado ni los justiciables ser privados de sus jueces naturales, mediante comisión alguna ni a través de otras atribuciones o avocaciones que las determinadas por la ley".

Este concepto, según palabras de Angarita Barón (q.e.p.d.), fue recogido posteriormente en la Constitución Francesa de 1791, sustituyéndose la expresión Juez Natural por la de Juez Asignado por la Ley.

Finalmente expresa el exmagistrado, que la Constitución italiana consagró el mismo principio en los siguientes términos:

> "Nadie podrá ser sustraído al juez natural establecido por la ley.
>
> Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho.
>
> Nadie podrá ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley".

De lo anotado se desprende que el *debido proceso disciplinario* de los servidores públicos destinatarios de las *Codificaciones Disciplinarias* vigentes, tiene como notas predominantes: la *determinación del órgano competente* para realizar el procedimiento de *instrucción, juzgamiento, sanción*; el *señalamiento* de las *formas, etapas, ritualidades, términos* y en general los *mecanismos* a los que debe sujetarse la respectiva actuación[446], obviamente sin que el *derecho formal* prevalezca sobre el *derecho sustancial*[447].

Principio del debido proceso y principio de favorabilidad

De la misma manera no se puede perder el norte en la *aplicación* del *principio de favorabilidad* con relación a las leyes *adjetivas, formales, instrumentales o procedimentales,* pues de conformidad con lo señalado por el artículo 29 de la *Carta Política*, el principio constitucional y legal de la *favorabilidad*, se aplica no solamente a la *ley sustantiva* sino también a la *adjetiva de efectos sustanciales*, siempre y cuando la misma*, aun cuando sea posterior*, sea *permisiva o favorable* con preferencia a la *restrictiva o desfavorable*, inclusive para quien esté cumpliendo la sanción. Lo anterior con las salvedades constitucionales[448].

---

446 Que es precisamente que se conoce en la doctrina y en la jurisprudencia con el nombre de 'derecho a la jurisdicción', traduciéndose en la garantía instrumental a que tiene derecho el investigado para que se le realice un proceso ajustado a la plenitud de las formas propias del proceso disciplinario.

447 En Sentencia T-597 del 9 de diciembre de 1992, la corte Constitucional con ponencia de Ciro Angarita Barón (q.e.p.d.), expresó:

> "Es claro que con tal prevalencia el constituyente ha querido dar testimonio de su voluntad en el sentido de que, por encima de ritualidades procesales, que al fin de cuenta no son más que de meros instrumentos al servicio de la realización plena del derecho, nunca el derecho mismo – el Juez del Estado social de derecho debe optar necesariamente por satisfacer las exigencias concretas de la justicia material -. Lo cual no significa, como pudiera pensarse – desdeño infundado por los procedimientos jurídicos – sino, por el contrario, lucha incesante desde el universo concreto del caso cotidiano para que en la convivencia social se asiente y consolide en fallos justos que eviten que la justicia parezca estrangulada por los lazos de las ritualidades".

448 La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, mediante Sentencia del 10 de octubre de 2002, con ponencia de Yesid Ramírez Bastidas, expediente 17815, se pronuncia acerca de la "Sucesión de leyes procesales de efectos sustanciales". "Para la favorabilidad la fecha que se toma es la de la actuación".

El principio de la *favorabilidad* constitucional y legal[449] , que se relaciona con el *debido proceso,* en vigencia de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[450], tenía que ser objeto de una interpretación adecuada en armonía con el derogado principio del *efecto general inmediato de las normas procesales* de que trataba el artículo 7º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002,* aplicable a las demás *Codificaciones Disciplinarias* en esa época, conforme a la aplicación de *principios e integración normativa*, toda vez que aunque la *aplicación de la ley es inmediata en asuntos de jurisdicción, competencia, sustanciación y ritualidad del proceso,* cuando se trate de su *aplicación formal* pero de *contenido sustancial*, ella *no puede agravar o empeorar la situación del indagado, investigado o disciplinado,* de tal manera que se encuentre por la sola determinación del *efecto general inmediato, desprotegido* en sus *derechos fundamentales* consagrados en la *Carta Política*.

Como ya se había expresado, y que es importante volver a repasar, el *principio de favorabilidad constitucional y disciplinario*, al parecer, le dio otro rumbo al artículo 40 de la *Ley 153 del 15 de agosto de 1887*[451], ley esta última que seña: *'Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir',* toda vez que la *Constitución* y la *Ley* dispusieron que: "(...) *la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable* (...)", redacción constitucional y legal que no distingue entre *norma sustantiva* o *adjetiva*.

Es de gran importancia precisar, que la institución del *debido* proceso está contemplada en la mayoría de las legislaciones como pilar fundamental del derecho procesal universal.

Es así como en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,* aprobado por la *Ley 74 del 26 de diciembre de 1968*[452], en *su artículo 14 numeral 1,* se establece:

> "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido por la ley (...)" (Las letras inclinadas fuera del texto).

Pero, además, las instituciones jurídicas que hacen parte del *debido proceso* están contenidas en otros pactos y convenios aprobados por *Colombia*, tales como la *Convención*

449 En el artículo 81, inciso 1º de la Ley 190 del 6 de junio de 1995, se aclara este principio con la siguiente redacción:
"Garantías procesales. La presente ley, o cualesquiera otra de carácter penal, sustantivo o procesal de efectos sustantivos, no podrán aplicarse con retroactividad. Igualmente, las mismas normas no se aplicarán una vez producidos todos sus efectos. Se exceptúan de estas prescripciones las normas creadoras de favorabilidad para el sindicado o procesado".

450 Código Disciplinario Único.

451 "**Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887".**

452 "Por la cual se aprueban los 'Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966'"

Americana sobre Derechos Humanos (noviembre 22 de 1969)[453], *Convenio de Ginebra del 12 de agosto de 1949*[454], entre otros.

Igualmente, el *Derecho Penal general colombiano de 2000*[455] predica la institución del *debido proceso* en el *artículo 6º*, con el nombre de "Legalidad", en los siguientes términos:

> "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco.
>
> La ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.
>
> La analogía sólo se aplicará en materias permisivas" (las letras inclinadas fuera del texto).

Principio del debido proceso. Juez natural y observancia formal y material de las normas rituales del proceso disciplinario

Finalmente, es pertinente resaltar que el *principio del debido proceso* busca *garantizar la existencia del juez natural* (funcionario competente tanto para investigar como para fallar) y la *observancia formal y material de las normas* que determinan la *ritualidad del proceso*.

En atención a lo anterior podemos decir, que la noción de *legalidad* impresa en este principio *no solamente es formal* (etapas del proceso), *sino material*.

Al ampliar el contexto jurídico que entraña el principio que se estudia, podemos señalar que sus dos (2) aspectos sustanciales radican en *garantizar el factor de competencia* y el respeto de *las formas del procedimiento*, así:

En relación con la competencia:

A los *particulares* que cumplen *labores de interventoría* o *supervisión* en los contratos estatales: a quienes *ejerzan funciones públicas*, de manera permanente o transitoria en lo

---

453 Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). (Gaceta Oficial N.º 9460 del 11 de febrero de1978).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos *(Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de Noviembre del 1969), resalta que dentro de un estado de derecho en el cual se rigen las instituciones democráticas, la garantía de derechos de los seres humanos se basa en el establecimiento de condiciones básicas necesarias para su sustentación (alimentación, salud, libertad de organización, de participación política, entre otros)*.

Convención Americana sobre Derechos Humanos "**Pacto de San José**". Suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969. Adoptada en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Entrada en Vigor: 18 de julio de 1978, conforme al artículo 74.2 de la Convención.

454 Estos Convenios incluyen normas específicas diseñadas para proteger a los combatientes (miembros de las fuerzas armadas) heridos, enfermos o náufragos, prisioneros de guerra, y civiles, así como personal médico, capellanes militares, y personal de apoyo civil de las fuerzas armadas.

455 Ley 599 del 24 de julio de 2000.

que tienen que ver con estas, y a quienes *administren recursos públicos u oficiales*[456], son *investigados y sancionados disciplinariamente* por competencia exclusiva de la *Procuraduría General de la Nación*, de conformidad con lo establecido en el inciso 3º del artículo 92 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[457], (inciso 2º del artículo 75 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*)[458-459].

A los *indígenas que administren recursos del Estado*, les corresponde ser disciplinados por la *Procuraduría General de la Nación*, de conformidad con el procedimiento establecido para los *particulares*, contenido en los artículos 69 y siguientes de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (artículos 52 y siguientes de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero 5 de 2002*)[460].

---

456 Aquí se tiene en cuenta las modificaciones hechas a los artículos 53 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único) por parte del artículo 44 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública -Estatuto Anticorrupción) y por el artículo 70 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario), cuya última disposición determinó:

"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".

457 Código General Disciplinario.

458 Código Disciplinario Único.

459 El inciso 3º del artículo 92, expresa:

"(…) El particular disciplinable conforme a este código lo será por la Procuraduría General de la Nación y las personerías, salvo lo dispuesto en el artículo 76 de este código,–se refiere a los notarios, quienes tienen como juez natural al Superintendente de Notariado y Registro–cualquiera que sea la forma de vinculación y la naturaleza de la acción u omisión".

460 La Corte Constitucional en Sentencia C-127 del 18 de febrero de 2003, con ponencia del doctor Alfredo Beltrán Sierra, expedientes: D-4099 y D-4116, señaló: "(…) Por consiguiente, resulta razonable la aplicación del régimen disciplinario a los indígenas que manejen recursos del Estado, pues allí en su condición de particulares serán sujetos pasivos de la acción disciplinaria, siendo ello concordante con lo dispuesto en el artículo 53 del Código Disciplinario Único (hoy 70 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019) que señala como sujetos disciplinables a los particulares que administren recursos del Estado y establece el régimen aplicable a los mismos.

Así las cosas, el inciso 2º del artículo 25 de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, no vulnera los derechos constitucionales de los indígenas al incluirlos como destinatarios de la ley disciplinaria, siempre y cuando, tal como lo señalan el interviniente y el Ministerio Público el Estado *capacite y asesore a las autoridades indígenas*, para que se produzca una comprensión de cada una de las cláusulas del contrato, a través del cual administrarán recursos públicos y las consecuencias de su infracción. (…)".

De acuerdo con el concepto de la *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios* PAD-Nº C-*072 del 18 de julio de 2011*, suscrito por Juan Carlos Novoa Buendía, se corrobora el contenido de la *Sentencia C-127 del 18 de febrero de 2003* de Alfredo Beltrán Sierra, en el sentido que los miembros de las comunidades indígenas que administren recursos del Estado son particulares destinatarios de la ley disciplinaria y "*en el proceso se deberá probar que para el cumplimiento de las cláusulas del contrato respectivo, quienes administraron o debieron administrar los recursos públicos recibieron la capacitación y asesorías necesarias para comprender su alcance y las consecuencias de su infracción*".

A los *notarios* los investiga y sanciona disciplinariamente de manera especial la *Superintendencia de Notariado y Registro*, sin perjuicio del *poder preferente* que podrá ejercer la *Procuraduría General de la Nación*, de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 1º, 3º, 76 y 91 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[461] (artículos 2º, 3º, 59 y 74 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[462]).

A los *funcionarios judiciales* (Magistrados, Jueces, Conjueces, Jueces de Paz y Fiscales) los investiga y sanciona disciplinariamente la *Comisión Nacional de Disciplina Judicial* y las *Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial*, según el caso (antes: *Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccional o Superior de la Judicatura*), tal como lo consagran los artículos 2º (6), 3º, 95, 240, 256 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[463] (artículos 2º, 3º, 76, 194 y 216 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 *Ibídem*)[464].

A los *servidores públicos en general*, diferentes a los atrás relacionados y a los *Congresistas*[465], son investigados y sancionados disciplinariamente por las *Oficinas o Unidades de Control Disciplinario Interno de la Entidad* a la cual pertenecen, sin perjuicio del *poder preferente de la Procuraduría General de la Nación*, quien además de tener la facultad para iniciar autónomamente la correspondiente investigación disciplinaria, pueden a su vez asumir en cualquier etapa del proceso, la que adelanten las aludidas dependencias, hasta antes del fallo definitivo (segunda instancia), de acuerdo con lo establecido en el artículo tercero de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[466]. Debe anotarse, que "*en el evento en que las garantías de instrucción y juzgamiento no se puedan satisfacer el conocimiento del asunto, será de competencia de la Procuraduría General de la Nación, según la calidad del disciplinable". En la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002, el parágrafo 3º del* artículo 76, expresaba que cuando en aquellas entidades del Estado, no se contara con las *Oficinas o Unidades de Control Disciplinario Interno*, los competentes en primera instancia eran los *superiores inmediatos de los investigados* y en la *segunda instancia* el *superior jerárquico* de aquel.

---

461 Código General Disciplinario.

462 Código Disciplinario Único.

463 Código General Disciplinario.

464 Código Disciplinario Único.

465 Tienen su juez natural para las faltas de pérdida de la investidura en el Consejo de Estado (artículo 184 de la Constitución Política y Ley 144 del 13 de julio de 1994) y para las faltas con ocasión al ejercicio de sus funciones como Congresistas la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista conforme lo prescribe la Ley 1828 del 23 de enero de 2017.

Finalmente se argumenta en algunos sectores de la doctrina, cuya opinión me parece de gran calado académico, que, con relación a los *Congresistas*, la Procuraduría General de la Nación únicamente puede emitir concepto en los procesos que por pérdida de investidura lleve el *Consejo de Estado*, sin que ella *pueda investigarlos* y ejercer el *poder disciplinario preferente*. La academia no se explica cómo puede juzgar el Procurador General de la Nación a sus electores.

466 Código General Disciplinario.

Los *altos funcionarios del Estado*; son investigados y sancionados, así:

Presidente de la República: Comisión Legal de Investigación y Acusación del Senado de la República (Ley 270 del 7 de marzo de 1996, artículo 112 parágrafo 2º).

Vicepresidente de la República: Salas Disciplinarias (artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 —modificada por el artículo 16 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021—[467]) y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación.

Ministros del Despacho: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación (artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (modificada por el artículo 16 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021[468]) y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Congresistas en ejercicio de sus funciones: Sala Plena del Consejo de Estado, por violación al Régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses – "Pérdida de Investidura" (Constitución Política, artículo 184 y las Leyes 5ª del 17 de junio de 1992, artículo 299, 144 del 13 de julio de 1992, artículo 1º y 270 del 7 de marzo de 1996, artículo 37 numeral 7º. Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista de cada una de las Cámaras de acuerdo con los artículos 2º y 3º de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[469], sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Rama Jurisdiccional del poder público en materia penal o contencioso administrativa y a la Procuraduría General de la Nación con relación a "los actos o conductas no previstas" en el Código de Ética y Disciplinario del Congresista "que en condición de servidores públicos realicen… contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan". En este último caso se aplicarán las normas internas pertinentes del Ministerio Público.

> *Nota:* La *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* en su parágrafo 2º indica que *"la Procuraduría General de la Nación conocerá de los procesos disciplinarios contra los congresistas, siempre y cuando no corresponda a las conductas en ejercicio de la función congresional de conformidad con la Constitución, el Reglamento del Congreso y las normas ético-disciplinarias incorporadas a éste"*.

467 Código General Disciplinario.

468 Código General Disciplinario.

469 Los artículos 2º y 3º de esta ley, concretan:

> ***"Artículo 2º. Titularidad de la acción.*** Corresponde a las **Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista de cada una de las Cámaras**, el ejercicio de la acción ética disciplinaria contra los Senadores de la República y Representantes a la Cámara. Así mismo a la Plenaria de cada una de las Cámaras cuando hubiere lugar".
>
> ***"Artículo 3º. Ámbito de aplicación.*** La presente ley se aplicará a Senadores de la República y Representantes a la Cámara que en ejercicio de su función **transgredan los preceptos éticos y disciplinarios previstos en este Código**, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Rama Jurisdiccional del poder público en materia penal o contencioso administrativa.
>
> Constituye afectación a la función congresional, cuando se incurre en **violación a los deberes, prohibiciones y cualquiera de las conductas estipuladas en este código**.
>
> La acción ética disciplinaria es autónoma e independiente de otras de naturaleza jurisdiccional que se puedan desprender de la conducta del Congresista.
>
> La Procuraduría General de la Nación **conocerá de los actos o conductas no previstas en esta normativa** que en condición de servidores públicos realicen los congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan".

Magistrados de la Corte Constitucional: Comisión Legal de Investigación y Acusación del Senado de la República (Ley 270 del 7 de marzo de 1996, artículo 112 parágrafo 2º).

Magistrados de la Corte Suprema de Justicia: Comisión Legal de Investigación y Acusación del Senado de la República (Ley 270 del 7 de marzo de 1996, artículo 112 parágrafo 2º).

Magistrados del Consejo de Estado: Comisión Legal de Investigación y Acusación del Senado de la República (Ley 270 del 7 de marzo de 1996, artículo 112 parágrafo 2º).

Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial: Comisión Legal de Investigación y Acusación del Senado de la República (Ley 270 del 7 de marzo de 1996, artículo 112 parágrafo 2º).

Fiscal General de la Nación: Comisión Legal de Investigación y Acusación del Senado de la República (Ley 270 del 7 de marzo de 1996, artículo 112 parágrafo 2º).

Vicefiscal General de la Nación: Comisión Nacional de Disciplina Judicial (Ley 270 del 7 de marzo de 1996, artículo 112, numeral 3º).

Procurador General de la Nación: Corte Suprema de Justicia o Consejo de Estado (conforme al artículo 101 de la Ley 1952 del 5 de febrero de 2002).

Viceprocurador General de la Nación: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación (instrucción y juzgamiento) de la Procuraduría General de la Nación (artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Procuradores Delegados: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[470] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

> *Nota:* La *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario) en su parágrafo 2º expresa que "*las Salas Disciplinarias estarán conformada cada una por tres (3) integrantes. Según las competencias internas, las Salas Disciplinarias conocerán de la consulta de la suspensión provisional y de los recursos de apelación y queja interpuestos contra las decisiones de primera instancia de las procuradurías delegadas. Igualmente, de la segunda instancia y de la doble conformidad, en los procesos con asignación especial, siempre y cuando el funcionario desplazado tenga la competencia de procurador delegado y de las demás que le sean señaladas*".

Procuradores Auxiliares de la Procuraduría General de la Nación: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Secretario General de la Procuraduría General de la Nación: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación (artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[471] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

---

470 Código General Disciplinario.

471 Código General Disciplinario.

Veedor de la Procuraduría General de la Nación: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[472] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Director Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[473] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Secretario Privado de la Procuraduría General de la Nación: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[474] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

> *Nota:* La *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario) en su artículo 101, parágrafo 5º señala que la competencia de las Salas Disciplinarias "*se ejercerá respecto de las faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de la calidad de los servidores enunciados en este artículo o durante su ejercicio, en este último caso, aunque hayan hecho dejación del cargo*".

Contralor General de la República: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[475] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Defensor del Pueblo: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[476] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Gerente del Banco de la República y demás miembros de su junta directiva: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[477] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Alcalde Mayor de Bogotá D.C. Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación- instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[478] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

472 Código General Disciplinario.
473 Código General Disciplinario.
474 Código General Disciplinario.
475 Código General Disciplinario.
476 Código General Disciplinario.
477 Código General Disciplinario.
478 Código General Disciplinario.

Magistrados del Consejo Nacional Electoral: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[479] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Auditor General de la República: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[480] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Registrador Nacional del Estado Civil: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[481] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Contador General de la Nación: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación- instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[482] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Generales de la República y oficiales de rango equivalente: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[483] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Personero de Bogotá D.C. Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Contralor de Bogotá D.C. Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[484] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Directores de Departamentos Administrativos del orden nacional y del Distrito Capital: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[485] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Miembros de la Comisión de Regulación de Comunicaciones: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[486] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Demás servidores públicos del orden nacional de igual o superior categoría a los mencionados, siempre que la competencia no esté asignada a otra autoridad disciplinaria: Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación–instrucción y juzgamiento–(artículo

479 Código General Disciplinario.

480 Código General Disciplinario.

481 Código General Disciplinario.

482 Código General Disciplinario.

483 Código General Disciplinario.

484 Código General Disciplinario.

485 Código General Disciplinario.

486 Código General Disciplinario.

101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[487] y normatividad interna de la Procuraduría General de la Nación).

Diputados: Tribunal Contencioso Administrativo, por violación al Régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses – "Pérdida de Investidura" (Ley 617 del 6 de octubre de 2000, artículo 48 parágrafo 2º).

Diputados: Procuraduría General de la Nación. (Ley 1952 del 28 de enero de 2019[488]).

Concejales: Tribunal Contencioso Administrativo, por violación al Régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses – "Pérdida de Investidura" Ley 136 del 2 de junio de 1994, artículo 55).

Concejales: Procuraduría General de la Nación (Ley 1952 del 28 de enero de 2019[489] y normatividades internas).

Servidores Públicos del Orden Nacional: Procuraduría General de la Nación. Ley 1952 del 28 de enero de 2019[490] y normatividades internas).

Cuando se adelanten investigaciones pretermitiendo los factores de *competencias* a los cuales nos hemos referido en los acápites anteriores, así como a los demás señaladas en los artículos 91 al 102 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[491], nos lleva probablemente a la conclusión de que se ha violado el *debido proceso*, consagrado en los *artículos 29 de la Constitución Política; 12 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019; 6º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[492]; 5º de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[493]; 6º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[494]; 5º (e) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[495]; 45 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[496] y 6º de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[497], situación que configura la *causal primera (1ª) de nulidad* establecida en los *artículos* 202 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, 143 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, 98 de la *Ley 1123 de 22 de enero de 2007*, 38 de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017 y* 226 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*. Las *Codificaciones de la Policía Nacional* (Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 y 2196 del 18 de enero de 2022 se remiten a la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 por aplicación de principios e integración normativa.

487 Código General Disciplinario.
488 Código General Disciplinario.
489 Código General Disciplinario.
490 Código General Disciplinario.
491 Código General Disciplinario.
492 Código Disciplinario Único.
493 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.
494 Código Disciplinario del Abogado.
495 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.
496 Código Disciplinario Militar.
497 Estatuto Disciplinario Policial.

En relación con el respeto a las formas de procedimiento:

En cuanto al aspecto *procedimental* de las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019*[498] (aplicable a la Policía Nacional); *1123 del 22 de enero de 2007*[499]; *1828 del 23 de enero de 2017*[500]; *1862 del 4 de agosto de 2017*[501]; el legislador diseñó de manera lógica y razonable las fases que todo *proceso disciplinario* debe contener, ritualidades que con su cabal acatamiento permiten respetar y garantizar la existencia de un *debido proceso*, que de no cumplirse, por pretermisión de algunas de sus formas (instancias, notificaciones, recursos, términos, etapas, etc.), pueden dan lugar a la causal de *nulidad* de la actuación establecida, tal como en el párrafo anterior lo indicamos para cada una de las diferentes *Codificaciones Disciplinarias*.

Principio del debido proceso y las Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021 [502]

En la Cartilla N.º 1 – *Principios Rectores del Derecho Disciplinario* (Líneas jurisprudenciales, doctrinales y prácticas), con relación a la nueva *Codificación General Disciplinaria*, sus autores precisan el tema de la siguiente manera:

> "3.2. Debido proceso
>
> Bajo la concepción que trae el artículo 12 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, de manera enunciativa se señalan algunas garantías propias de este principio, sin embargo, consideramos que en él deben tener presencia las demás prerrogativas establecidas en el artículo 29 constitucional.
>
> En palabras de la Corte Constitucional, el debido proceso tiene la siguiente connotación:
>
> *'En forma general, como principales elementos integrantes del derecho al debido proceso judicial pueden indicarse: i) El derecho al juez natural, es decir, al juez legalmente competente para adelantar el trámite y adoptar la decisión de fondo respectiva, con carácter definitivo; dicho juez debe ser funcionalmente independiente e imparcial y por ello sólo esta´sometido al imperio de la ley (arts. 228 y 230 C. Pol.); ii) El derecho a ser juzgado con la plenitud de las formas propias de cada juicio; iii) El derecho a la defensa, que consiste en la facultad de pedir y allegar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, formular peticiones y alegaciones e impugnar las decisiones que se adopten.*
>
> *El ejercicio de este derecho tiene como presupuesto indispensable la publicidad del proceso, mediante las citaciones para obtener comparecencia, los traslados de actos procesales de las partes o de los auxiliares de la justicia, y las notificaciones, comunicaciones y publicaciones de las decisiones adoptadas; iv) El derecho a obtener decisiones ceñidas exclusivamente al ordenamiento jurídico, en razón de los principios de legalidad de la función y de independencia funcional del juez, con prevalencia del derecho sustancial (arts. 6º, 121, 123, 228 y 230 C. Pol.); v)*

498 Código General Disciplinario.

499 Código Disciplinario del Abogado.

500 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

501 Código Disciplinario Militar.

502 Código General Disciplinario.

El derecho a que las decisiones se adopten en un término razonable, sin dilaciones injustificadas'.[503]

En sentencia posterior y, puntualmente en lo que se refiere a este principio en materia disciplinaria, manifestó:

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

Así las cosas, todos los componentes del debido proceso, como derecho fundamental, deben ser aplicados sin limitación alguna en las actuaciones disciplinarias, la acreditación de la responsabilidad debe ceñirse estrictamente a las características que el Legislador ha determinado para cada una de sus categorías, y del respeto por las formas propias del juicio disciplinario, siempre bajo el entendido que su verdadero propósito es contribuir al respeto por la dignidad humana.

Resaltamos la separación que hizo el artículo 3º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021 de las funciones de instrucción y de juzgamiento, al modificar el artículo 12 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario), al señalar como derecho que el disciplinable sea investigado y luego juzgado por autoridad disciplinaria diferente, independiente, imparcial y autónoma, lo que implica que en el proceso disciplinario está garantizado que "el funcionario instructor" no sea el mismo que el funcionario "que adelante el juzgamiento".

Igualmente aplaudimos la incorporado por la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, al fijar en el artículo 12 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, la posibilidad de impugnar el primer fallo sancionatorio por vía de la doble conformidad, dejando establecido que en el evento en que el Procurador General de la Nación sea el autor del fallo de primera instancia, deberá procederse a la "doble conformidad" establecida en la ley disciplinaria, con gran prelación en los artículos 93 (4), 102 y 235[504].

503 Corte Constitucional. Sentencia T-954 del 17 de noviembre de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

504 En el artículo 93 inciso 4 del Código General Disciplinario se advierte: "… La segunda instancia seguirá la regla del inciso anterior, en el evento en que no se pueda garantizar en la entidad. En los casos en donde se deba tramitar la doble conformidad, la decisión final estará siempre a cargo de la Procuraduría General de la Nación, atendiendo sus competencias."

En el artículo 102 del *Código General Disciplinario* se precisa: "El Procurador General de la Nación conocerá de la segunda instancia de las decisiones de las Salas Disciplinarias de Juzgamiento. Igualmente, de la doble conformidad de las decisiones sancionatorias de las salas. La doble conformidad de las decisiones sancionatorias del Procurador General de la Nación será resuelta por una sala compuesta por tres (3) personas que cumplan los mismos requisitos del artículo 232 de la Constitución Política, sorteadas de una lista de doce (12) nombres que debe elaborar la Comisión Nacional del Servicio Civil, en estricto orden descendente de quienes se presentaron al concurso de méritos de que trata el artículo anterior. La participación en esta Sala no impide el derecho a

> Por consiguiente, la autoridad disciplinaria deberá actuar con observancia formal y material de las normas que indiquen el derecho procesal disciplinario de la manera indicada en la Codificación General Disciplinaria, haciendo prevalecer el derecho sustancial sobre el formal (...)"[505].

De la misma manera la *Corte Constitucional*, en *Sentencia C-029 del 10 de febrero de 2021* con ponencia de Gloria Stella Ortiz Delgado, anotó:

> "(...) El derecho al debido proceso administrativo en materia disciplinaria. Los derechos de defensa y contradicción y el principio de publicidad
>
> 14. Este Tribunal ha establecido que el debido proceso (artículo 29 Superior comprende el conjunto de garantías que tienen como propósito '(...) sujetar las actuaciones de las autoridades judiciales y administrativas a reglas específicas de orden sustantivo y procedimental, con el fin de proteger los derechos e intereses de las personas en ellas involucrados'. Este es uno de los pilares del Estado social de derecho, pues protege las libertades ciudadanas y opera como un contrapeso al poder del Estado.
>
> Así, la Corte ha reiterado que este derecho fundamental tiene las siguientes características:(i) debe garantizarse en todo tipo de actuaciones judiciales y administrativas. En tal sentido, constituye '(...) un fundamento de la legalidad dirigido a controlar las posibles arbitrariedades en que puedan incurrir las autoridades como consecuencia del ejercicio del poder del Estado'; (ii) tiene diversos matices según el contenido del derecho del cual se trate. De esta manera, la exigencia de los elementos integradores del debido proceso '(...) es más rigurosa en determinados campos del derecho (...) en [los] que la actuación puede llegar a comprometer derechos fundamentales'; (iii) es un derecho de aplicación inmediata (artículo 85 Superior), que se expresa a través de múltiples principios que regulan el acceso a la administración de justicia (artículos 228 y 229 de la Constitución–Política -) como la celeridad, publicidad, autonomía, independencia, gratuidad y eficiencia;
>
> (iv) no puede ser suspendido durante los estados de excepción; (v) se predica de todos los intervinientes en un proceso y de todas las etapas del mismo;

---

ser nombrado en la Sala Especial de Juzgamiento de servidores de elección popular en caso de presentarse una vacante.

En el evento en que, por cualquier causa, esta lista se reduzca, el Procurador General de la Nación deberá recomponerla de la lista anterior. El Procurador General de la Nación, por razones de orden público, imparcialidad o independencia de la función disciplinaria, así como para asegurar las garantías procesales o la seguridad o integridad de los sujetos procesales, podrá asignar directamente el conocimiento de un asunto como también desplazar a quien esté conociendo de un proceso.

En ningún caso, tal desplazamiento podrá surtirse en relación con los procesos contra servidores públicos de elección popular."

En el artículo 235 del *Código General Disciplinario* se anuncia: "En segunda instancia, o en procesos de doble conformidad, excepcionalmente se podrán decretar pruebas de oficio.

El funcionario de conocimiento debe decretar aquellas pruebas que puedan modificar sustancial y favorablemente la situación jurídica del disciplinado. En dicho evento y, luego de practicadas las pruebas, se dará traslado por el término de cinco (5) días a los sujetos procesales, vencidos estos, el fallo se proferirá en el término de cuarenta (40) días".

505 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. Colección Leges Disciplinares. Editorial Doctrina y Ley. Bogotá 2023, págs. 29 a 33.

y,(vi) su regulación se atribuye al Legislador quien, dentro del marco constitucional, define cómo habrá de protegerse y los términos bajo los cuales las personas pueden exigir su cumplimiento, entre otras.

15. En este sentido, esta Corporación ha determinado que el contenido material del derecho al debido proceso está compuesto por garantías esenciales que deben tener todos los ciudadanos que intervienen en un proceso judicial. Al respecto, la Sala resalta que la Constitución (Política) extendió dichos postulados a las actuaciones administrativas. Lo anterior, con el fin de asegurar la protección del interés general y el respeto por los derechos y principios ligados al ejercicio de la función pública. De este modo, muchos de los elementos que informan el derecho fundamental al debido proceso judicial se aplican también a todas las actuaciones que desarrollen las autoridades públicas en el cumplimiento de sus funciones.No obstante, las garantías del debido proceso judicial no fueron trasladadas de manera directa e irreflexiva al ámbito administrativo, en la medida en que la función pública tiene requerimientos adicionales de orden constitucional que debe atender conjuntamente con el debido proceso, en el ejercicio de tales atribuciones. En efecto, las autoridades administrativas están obligadas, no solo a respetar el debido proceso, sino también a no transgredir los principios reguladores de la función pública, tales como la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, definidos en el artículo 209 de la Carta. En consecuencia, este Tribunal ha establecido que, en materia de derecho administrativo sancionador, la garantía del debido proceso tiene un carácter flexible, en la medida en que:

"(…) los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales, en tanto que las actuaciones administrativas son susceptibles de control ante la jurisdicción. Por ello, aunque el debido proceso se aplica en toda actuación administrativa o judicial, en el primer escenario ocurre bajo estándares más flexibles para asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración".

16. Así, la jurisprudencia ha enunciado, entre las garantías propias del debido proceso administrativo, las siguientes: (i) el derecho a ser oído durante toda la actuación; (ii) la notificación oportuna y de conformidad con la ley; (iii) que el procedimiento se surta sin dilaciones injustificadas; (iv) que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación; (v) que el procedimiento se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico; (vi) la presunción de inocencia, (vii) el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) la posibilidad de solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) el derecho a impugnar las decisiones y promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

17. Ahora bien, esta Corporación ha sostenido que la potestad sancionadora de la administración es una de las expresiones del poder punitivo del Estado y comprende diversas especies, entre las que se encuentra el derecho disciplinario. Este último, comprende '(…) el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los

diferentes servicios a su cargo'. De este modo, se trata de una función inherente a la actividad estatal. Asimismo, la Corte ha resaltado que el derecho disciplinario: (i) es una herramienta fundamental para el cumplimiento de los fines del Estado; (ii) materializa el principio de responsabilidad de los servidores públicos; y, (iii) permite garantizar la efectividad de los principios de la función pública.

18. El derecho disciplinario presenta una naturaleza específica y, en este sentido, no resulta posible trasladar automáticamente las garantías del proceso penal al debido proceso administrativo. En efecto, aunque constituye una expresión de la potestad sancionatoria como el derecho penal, presenta elementos propios que ameritan un abordaje diferenciado. Así, 'las garantías mínimas del debido proceso penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionatorias', debido a su carácter punitivo.

19. En particular, en relación con el debido proceso administrativo en actuaciones disciplinarias de carácter sancionatorio, se han señalado, como componentes específicos del debido proceso disciplinario, '(i) el principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) el principio de publicidad, (iii) el derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) el principio de la doble instancia, (v) la presunción de inocencia, (vi) el principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in idem, (viii) el principio de cosa juzgada y (ix) la prohibición de la reformatio in pejus'. Por último, en la medida en que implica un ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado, se debe garantizar plenamente dicho postulado en las actuaciones administrativas del procedimiento disciplinario, pues se trata de un ámbito que involucra importantes derechos constitucionales como los de acceso a la función pública, elegir y ser elegido o los derechos de las víctimas de violaciones a derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario.

20. En suma, el debido proceso es un conjunto de garantías que sujetan la actuación del Estado y de los particulares a reglas predeterminadas, las cuales rigen la resolución de un conflicto o la determinación de una situación jurídica. Este principio debe garantizarse también en las actuaciones administrativas, especialmente en aquellas que son una manifestación del poder punitivo estatal, como sucede con el procedimiento disciplinario, en razón de los derechos que se encuentran en juego en dicho escenario procesal.

21. Por su parte, el derecho de defensa se define como '(...) la facultad para emplear 'todos los medios legítimos y adecuados para ser oído y obtener una decisión favorable'. Esta potestad tiene manifestaciones procesales y sustantivas, y puede ejercerse de forma activa o pasiva. A su turno, el derecho de contradicción se refiere a dos fenómenos distintos:'De una parte, la posibilidad de oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra. Desde esta perspectiva, el derecho de contradicción aparece como un mecanismo directo de defensa, dirigido a que las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso. Su vulneración se presentaría cuando se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso. Por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para (i) participar efectivamente en la producción de la prueba, por ejemplo, inte-

rrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador y (ii) exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba'.

Además, el derecho de defensa comprende garantías esenciales para toda persona, tales como: (i) controvertir las pruebas que se alleguen en su contra; (ii) aportar medios probatorios en su defensa; (iii) impugnar la sentencia condenatoria; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) el derecho al tiempo y a los medios adecuados para la preparación de la defensa; y (vi) la asistencia de un abogado cuando sea necesaria, entre otras. Además, una de sus expresiones consiste en el deber de la autoridad judicial o administrativa de integrar debidamente el contradictorio.

22. Ahora bien, los derechos de defensa y contradicción presentan un alcance específico en materia disciplinaria. En efecto, la Corte ha señalado que el objeto y la naturaleza del proceso respectivo definen el ámbito de protección de estas garantías procesales. De este modo, entre mayor sea la importancia constitucional de los intereses y derechos involucrados, mayor debe ser el grado de salvaguarda de los derechos de defensa y contradicción. Así, dado que el proceso disciplinario afecta de manera indiscutible a los sujetos involucrados, los mandatos constitucionales imponen '(…) la existencia de procedimientos adecuados de publicidad del proceso (…) para hacer efectivo el principio de contradicción, una de cuyas manifestaciones más enérgicas la constituye el derecho a impugnar las providencias'. En consecuencia, la protección de estas garantías en el ámbito disciplinario reviste de una especial importancia.

Asimismo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en los procesos sancionatorios, los derechos de defensa y contradicción constituyen garantías instrumentales para la presunción de inocencia, por cuanto se requiere que la acusación sea sometida a prueba y refutación. De igual modo, ha reiterado que estas prerrogativas deben asegurarse permanentemente, esto es, tanto en las etapas de investigación previa como en la de juicio.

23. A su turno, el principio de publicidad impone a las autoridades administrativas el deber de dar a conocer sus actuaciones (i) a las partes y a los terceros interesados, con el fin de garantizar los derechos de contradicción y defensa; y (ii) a la comunidad en general, como garantía de transparencia, participación ciudadana e imparcialidad del fallador. El alcance de este mandato varía según el tipo de actuación administrativa de la que se trate. Esta Corporación ha sostenido que este principio forma parte del núcleo esencial del derecho al debido proceso y ha destacado su relevancia en el proceso disciplinario. Bajo ese entendido, su importancia radica en que '(…) sólo de esta manera el acusado puede conocer oportunamente los cargos que se le imputan y los hechos en que éstos se basan'.

24. En este contexto, las notificaciones constituyen un mecanismo procesal que habilita el ejercicio del derecho de defensa, entendidas como el acto material de comunicación, que permite poner en conocimiento de las partes o de terceros interesados las decisiones proferidas dentro del trámite administrativo. Estas herramientas aseguran el '(…) derecho a ser informado de las actuaciones (…) administrativas que conduzcan a la creación, modificación

> o extinción de una situación jurídica o a la imposición de una sanción'. De igual manera, garantizan el principio de publicidad y previenen la posibilidad de afectar a alguna persona con una decisión sin que haya sido oída o sin que haya tenido la oportunidad de intervenir en el procedimiento para su adopción. Con todo, en el marco de los procesos disciplinarios, la Corte ha afirmado que la notificación no puede entenderse como '(...) un acto de contenido meramente formal, sino que se surte con independencia de las decisiones que se adopten al interior del asunto'.
>
> 25. Adicionalmente, los derechos de defensa y contradicción se relacionan, de forma inescindible, con el principio de publicidad. En efecto, a partir del momento en que se conocen las decisiones de la autoridad administrativa, se contabiliza el término para la interposición de los recursos respectivos, por lo cual la oponibilidad se erige en un elemento necesario para garantizar aspectos de estos derechos, como: la posibilidad de controvertir las decisiones dentro del procedimiento disciplinario, de contar con los medios y el tiempo para ejercer una defensa técnica suficiente, para presentar pruebas y desvirtuar aquellas que se alleguen en su contra o contrastar los hechos de la acusación, entre otras.En conclusión, el principio de publicidad y los derechos de contradicción y defensa son especialmente relevantes en los procedimientos administrativos sancionatorios, particularmente en el proceso disciplinario. Así, el derecho de defensa permite garantizar la intervención de las partes o de los terceros interesados en el trámite. También, el principio de publicidad asegura los derechos del procesado, del quejoso y de las víctimas, así como la participación de la comunidad y se encamina a preservar la imparcialidad y la transparencia en la actuación administrativa y permitir el ejercicio del derecho de contradicción. De igual modo, las notificaciones son una expresión de los citados mandatos constitucionales, en la medida en que su propósito es el de dar a conocer las actuaciones de la autoridad administrativa. (...)".

Lo anterior para cumplir con lo ordenado en el artículo 29 de la *Constitución Política* que nos recuerda que el debido proceso se aplica no solamente en las actuaciones *judiciales* sino también en las administrativas, sin que, en ningún caso, se le pueda restar importancia al derecho disciplinario y que la ***flexibilidad*** permitida, la cual la *Corte Constitucional* no explica en qué consiste, pueda llegar a tornarse arbitraria o a desconocer lo prescrito por la *Carta Política,* en donde el debido proceso, repetimos, debe aplicarse a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, sin que sea permitido en lo administrativo contemplar flexibilizaciones o morigeraciones de ninguna clase.

10. Igualdad ante la ley disciplinaria [506]

Principio de igualdad. Ubicación y generalidades

Este principio se encuentra resumido en los artículos 7º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[507]; 15 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[508]; 13 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[509], 10 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[510]; 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[511]; 43 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[512] y 23 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[513]. Tiene su origen en el *artículo 13 de la Constitución Política,* el cual anuncia que:

> "Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.
>
> El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.
>
> El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

Los artículos pertinentes de las *Codificaciones Disciplinarias* arriba mencionados anuncian:

---

506 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. En *Principios Rectores de la Ley Disciplinaria*-Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 1. Bogotá D.C., 2023, págs. 84 y 85, manifestaron:

"Como se puede ver, en el Código General Disciplinario, además de extender dicha prerrogativa a los *intervinientes,* consagra otras formas de discriminación, acorde con el desarrollo social, cultural, religioso y político que ha tenido la comunidad a nivel global, especialmente en lo que tiene que ver con la condición de género, capacidad física, lo que sin duda integra y desarrolla de mejor manera el principio constitucional de la igualdad de que trata el artículo 13 de la Carta Política; en concordancia con lo establecido en las Leyes 1482 del 30 de noviembre de 2011 y 1752 del 3 de junio de 2015 (art. 134A. Actos de discriminación), normas estas que se ocupan de las conductas referidas a trato discriminatorio y que merecen reproche penal (prisión de 12 a 36 meses y multa de 10 a 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes).

La virtud de este principio va más allá de pregonarlo solamente ante la ley, su verdadera connotación tiene que ver con la limitación sobre el ejercicio arbitrario del poder. Las garantías constitucionales y legales debidas a los intervinientes deben otorgarse de forma igualitaria, salvo aquellas que reconocen un trato distinto a partir precisamente de una condición distinta, tal y como sucede con el régimen disciplinario de los particulares que cumplen funciones públicas, los que, si bien están sometidos al régimen disciplinario, se da bajo preceptos propios de su condición. Similar consideración podemos tener respecto de los demás regímenes especiales".

507 Código General Disciplinario.

508 Código Disciplinario Único.

509 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

510 Código Disciplinario del Abogado.

511 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

512 Código Disciplinario Militar.

513 Estatuto Disciplinario Policial.

Artículo 7º. Igualdad. Ley 1952/2019. "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, mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta. El sexo, la raza, color, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar o étnico, la lengua, el credo religioso, la orientación sexual, la identidad de género, la opinión política o filosófica, las creencias o prácticas culturales en ningún caso podrán ser utilizados dentro del proceso disciplinario como elementos de discriminación".

Artículo 15. Igualdad ante la ley disciplinaria. Ley 734/2002. "Las autoridades disciplinarias tratarán de modo igual a los destinatarios de la ley disciplinaria, sin establecer discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica".

Artículo 13. Igualdad ante la ley disciplinaria. Ley 1015/2006. "Los funcionarios con atribuciones disciplinarias tratarán de modo igual a los destinatarios de esta ley, sin establecer discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional, lengua, religión o grado".

Artículo 10. Igualdad material. Ley 1123/2007. "En la actuación disciplinaria prevalecerá la igualdad material respecto de todos sus intervinientes".

Artículo 5º (m). Ley 1828/2017. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:

(...)

m) Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen ético disciplinario de los Congresistas, prevalecerán los principios rectores contenidos en este Código y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000 y Código General del Proceso y la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, siempre que no se contravenga la naturaleza del presente ordenamiento".

Artículo 43. Ley 1862/2017. Igualdad ante la ley. El presente código se aplicará a los sujetos procesales, sin tener en cuenta consideraciones diferentes a las establecidas en sus normas y, en todo caso, sin discriminación alguna por razones de antigüedad, grado militar, sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Artículo 23 Ley 2196/2022. Igualdad ante la ley disciplinaria. Los funcionarios con atribuciones disciplinarias tratarán de modo igual a los destinatarios de esta ley, sin discriminación alguna por razones de sexo, raza, origen nacional, étnico, lengua, identidad de género, orientación sexual, religión, grado o de cualquier otra índole.

El *principio de igualdad*, en los *distintos régimenes disciplinarios* se concreta en exigir que "las autoridades disciplinarias" y los "funcionarios con atribuciones disciplinarias", deberán hacer efectiva la igualdad dé los intervinientes y tratar de modo *igual* a *los* "destinatarios de la ley disciplinaria", sin establecer discriminación alguna; es decir

el principio de la igualdad se aplica dentro del *proceso disciplinario* por las *autoridades disciplinarias* y frente *a sus destinatarios*.

Se vulnera el *principio de igualdad* con el trato abiertamente *desigual* que se les dé a las personas ante hechos *idénticos* y ante la aplicación de normas *iguales*.[514]

Principio de igualdad ante la ley. Una preocupación mundial y una regulación universal

Este principio fue reconocido en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y dentro de los países que la suscribieron se encuentra *Colombia,* quien posteriormente la ratificara mediante la *Ley 74 del 26 de diciembre de 1968*[515] en su artículo 7º.

En efecto, en sus *artículos 1º y 2º* se expresa que *toda persona* tiene *todos los derechos y libertades* en ella proclamados, *sin distinción* alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

Así mismo se demuestra esta *preocupación universal* y se hace este reconocimiento en el artículo 14 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*[516].

---

514 El siguiente aparte jurisprudencial de la Corte Constitucional dimensiona el principio, así: "El derecho de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política prohíbe al legislador dar un trato distinto a las personas que se encuentran en un mismo supuesto de hecho. El mencionado artículo involucra además el principio de igualdad en la aplicación de la ley, el cual obliga a la aplicación de las normas de modo igual frente a todos aquellos que se encuentren en la misma situación contemplada por ella". (T-491 del 13 de agosto de 1992. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz).

515 Por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966".

516 El artículo 14 señala:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;*c*) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;*e*) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de

Principio de igualdad y trato desigual

El trato *desigual* ante situaciones *iguales* frente a los hechos y la ley es lo que configura la *violación al principio de igualdad*, de conformidad a la posición conceptual asumida, entonces,

> "La primera condición para que un trato desigual sea sustituto de una diferenciación admisible, y no una discriminación constitucionalmente vetada, es la desigualdad de los supuestos de hecho. En efecto, lo que justifica constitucionalmente la diferencia de trato, y evita que se considere discriminación la existencia de situaciones de hecho que, por ser diferentes, admiten o requieren un trato también diferente, pues no puede darse violación del principio de igualdad entre quienes se hallan en situaciones diferentes. Dicho, en otros términos: el principio de igualdad sólo se viola cuando se trata desigualmente a los iguales. De ahí que lo constitucionalmente vetado sea el trato desigual ante situaciones idénticas"[517].

"Derecho fundamental a la igualdad y juicio integrado de igualdad"

La Corte Constitucional, en Sentencia C-571 del 13 de septiembre de 2017 con ponencia de Alejandro Linares Castillo, sobre este tema expresó:

> "(...)
>
> D. Derecho fundamental a la igualdad y juicio integrado de igualdad
>
> 20. El derecho a la igualdad está previsto en el artículo 13 de la Constitución Política, así como en instrumentos internacionales de derechos humanos que, en virtud del artículo 93 numeral 2, hacen parte del bloque de constitucionalidad. De este derecho se desprenden dos mandatos básicos: (i) otorgar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes y (ii) otorgar un trato diferente a situaciones de hecho disímiles. Como se observa, el rasgo esencial del derecho a la igualdad es que implica un juicio de comparación entre dos personas o grupos de personas.21. Para determinar con mayor precisión el alcance del derecho a la igualdad, la Corte ha especificado estos dos

---

cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; *g*) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.

5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.

6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

517 Corte Constitucional. Sentencia T-187 del 12 de mayo de 1993. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

mandatos generales en cuatro reglas, a saber: (i) debe darse un tratamiento distinto a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (ii) debe darse el mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (iii) debe darse un trato paritario a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las similitudes sean más relevantes que las diferencias; y (iv) debe darse un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las diferencias sean más relevantes que las similitudes.

22. Con el propósito de determinar cuándo se presenta alguna de las hipótesis mencionadas antes, la Corte ha tenido en cuenta un juicio a partir de tres etapas de análisis. Primero, se debe establecer el criterio de comparación (también denominado tertium comparationis). Con relación a este primer paso de análisis la Corte ha señalado lo siguiente:'[e]l concepto de igualdad es relacional y siempre presupone una comparación entre personas o grupos de personas. La jurisprudencia constitucional se ha remitido en esta materia a la clásica formulación de Aristóteles según la cual debe tratarse igual a los iguales y en forma desigual a los desiguales. Pero ¿iguales o diferentes respecto de qué? Como en abstracto todos somos personas iguales y en concreto todos somos individuos diferentes, es preciso identificar un parámetro para valorar semejanzas relevantes y descartar diferencias irrelevantes. Esto porque no todo criterio para diferenciar entre personas o grupos de personas para efectos de otorgarles diverso tratamiento es constitucional. Así, la propia Constitución prohíbe, incluso al legislador, discriminar por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica con respecto al reconocimiento y protección de derechos, libertades y oportunidades (art. 13 inciso 1 C.P.).

La identificación del criterio de comparación sirve para examinar si la clasificación del legislador agrupa realmente a personas diferentes a la luz de la norma acusada, en otras palabras, si las clases fueron racionalmente configuradas o si lo fueron caprichosamente. La racionalidad de la medida diferenciadora obedece al grado de acierto en incluir a todas las personas similarmente situadas para los fines de la ley. Así, la determinación de si dos grupos son comparables depende de su situación vista a la luz de los fines de la norma.

Una clasificación es claramente racional si incluye a todas las personas en similar situación, y es totalmente irracional si ninguna de las personas incluidas tiene relación alguna con tales fines. Los casos donde la racionalidad de la clasificación es discutible, se refieren a los casos en que la ley no incluye a todas las personas colocadas en similar situación a la luz del fin buscado (infra-inclusiva)- p.ej. garantiza la educación gratuita a los niños de baja estatura y no a los de alta estatura -, incluye personas colocadas en situación diferente a la luz del fin buscado (sobre-inclusiva)–p.ej. garantiza la educación gratuita a niños de padres adinerados–o, al mismo tiempo, excluye a unas colocadas en situación similar e incluye a otras no colocadas en situación semejante (sobre-inclusiva e infra-inclusiva)–p.ej. garantiza la educación gratuita a todos los niños de baja estatura sean ricos o pobres y no a los altos -.

En los casos donde la racionalidad de la clasificación es discutible, el control ejercido por el juez constitucional reconoce que no es posible exigir al

legislador una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación del ámbito de las clases resultantes de dicho criterio. Esto porque en una democracia donde se respeta el principio de separación de las ramas del poder público debe haber una distribución de funciones y un sistema de controles que permitan a la vez el cumplimiento efectivo de los fines del Estado, así como el respeto y la realización de principios, derechos y valores materiales. En este marco el legislador goza de un margen de configuración legislativa en materia del diseño de las políticas públicas, sin que le sea exigible jurídica, ni prácticamente dada la creciente complejidad social, una racionalidad máxima, es decir, una congruencia perfecta entre el criterio de diferenciación y la delimitación de las clases resultantes de aplicar dicho criterio' (negrillas fuera del texto adicional).

23. Segundo, se debe definir si en el plano fáctico y en el plano jurídico existe realmente un trato igual o diferenciado. Así, una vez establecido el criterio de comparación, debe verificarse si efectivamente existe un trato igual o un trato diferenciado o si en realidad el cargo por vulneración del derecho a la igualdad parte de una indebida comprensión o interpretación de lo que establece la medida analizada. De este juicio pueden entonces desprenderse dos hipótesis: o los grupos o personas no son comparables a la luz del criterio de comparación y, en consecuencia, no se afecta el mandato de trato igual; o los grupos o personas si pueden ser asimiladas y, en esa medida, se presenta una afectación prima facie del derecho a la igualdad.

24. Si ocurre lo segundo (si las personas o grupos pueden ser asimilados), en tercer lugar, se debe determinar si la diferencia de trato se encuentra constitucionalmente justificada, análisis que varía, pues puede hacerse en intensidades distintas, teniendo como propósito salvaguardar el principio democrático y la separación de poderes, sin afectar gravemente los derechos inalienables de la persona (artículos 1°, 5° y 113 de la Constitución, respectivamente).

25. En este sentido, la Corte ha señalado que el juicio de proporcionalidad no puede ser aplicado con la misma intensidad en todos los casos. De no proceder así (es decir, si siempre se aplicara la misma intensidad en el análisis de proporcionalidad), las competencias de los diferentes órganos del Estado, al igual que las posibilidades de actuación de los particulares en ejercicio de la libre iniciativa privada, podrían resultar anuladas o afectadas gravemente. Ello se debe a que, en últimas, en este paso lo que se analiza es si la diferenciación prevista por la medida analizada es o no proporcional. Con fundamento en lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido tres intensidades que pueden tenerse en cuenta para este análisis, a saber: leve, intermedia y estricta. Las situaciones en las que cada intensidad procede y lo que se analiza en cada una de ellas se describen de forma breve a continuación:

a. Juicio leve de igualdad: este juicio maximiza la separación de poderes y el principio democrático, representando el ámbito de intervención menos intenso del juez constitucional en asuntos de competencia del legislador. En principio, se aplica a eventos en los que la medida estudiada desarrolla una competencia específica definida en cabeza de un órgano constitucional; la medida estudiada aborda cuestiones económicas, tributarias o de política internacional; o del análisis de dicha medida no se advierte, prima facie, que la

diferenciación que ella establece afecte de forma grave el goce de un derecho fundamental. El juicio leve de igualdad, que presupone siempre un examen independiente de la licitud de la medida, tiene como propósito analizar dos cuestiones: (i) si determinada distinción -medida- persigue una finalidad constitucional legítima o no prohibida por la Constitución. En caso de ser ello así, se requiere además establecer si (ii) el medio puede considerarse, al menos prima facie, como idóneo para alcanzar la finalidad identificada.

b. Juicio intermedio de igualdad: se ha aplicado por la Corte cuando, entre otras, existe un indicio de que pueda haber una afectación a la libre competencia, cuando se trata de medidas de discriminación inversa o cuando se pueda afectar el goce de un derecho no fundamental. El juicio intermedio de igualdad está compuesto también de dos pasos analíticos, orientados a determinar (i) si la distinción prevista por la medida analizada se orienta a conseguir un propósito constitucionalmente importante y (ii) si el medio elegido es efectivamente conducente para el logro de esa finalidad.

c. Juicio estricto de igualdad: se aplica, en principio, cuando la diferenciación que se estudia utiliza una categoría sospechosa (como aquellas mencionadas en el artículo 13 de la Constitución a modo de prohibiciones); cuando implica la afectación de los derechos de personas en condición de debilidad manifiesta, o pertenecientes a grupos marginados o discriminados; interfiere con la representación o participación de sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones; genera la afectación de los derechos de minorías insulares y discretas; establece un privilegio; o afecta de manera grave, prima facie, el goce de un derecho constitucional fundamental.

Este análisis, el más riguroso, tiene como propósito determinar (i) si la distinción prevista en la medida analizada persigue una finalidad imperiosa, urgente o inaplazable; (ii) si dicha distinción es efectivamente conducente para lograr esa finalidad; (iii) si la distinción es necesaria, en el sentido de que es el medio menos gravoso para lograr con el mismo nivel de eficacia la finalidad perseguida; y (iv) si es proporcional en sentido estricto, es decir, si los beneficios de adoptar la medida analizada exceden las restricciones impuestas sobre otros principios y valores constitucionales.

26. En cada caso deberá el juez valorar las diferentes razones que concurren para fundamentar la intensidad del juicio, de acuerdo con los criterios jurisprudencialmente establecidos (…)".

Principio de igualdad y fuero[518]

El *principio de igualdad* no se desconoce cuándo la ley les otorga algún *fuero o privilegio* a los servidores públicos en su juzgamiento, teniendo en cuenta su alto cargo o empleo, habida cuenta que el *fuero* solamente tiene que ver con el factor de la *competencia,* sin que para nada éste influya en la aplicación de las garantías que la *Ley de Leyes* les brinda a las personas en general. Es decir que el *principio de igualdad* debe ser aplicado en el proceso que se le sigue al *Presidente de la República* como al que se le sigue al *mensajero* de la *Alcaldía* de *Córdoba* en el *Departamento del Quindío,* cuando a los dos servidores públicos se los investigue por los *mismos hechos,* sin que se pueda colegir que se afecte

518 Privilegio que la ley le otorga a ciertas personas debido a su alto cargo o empleo. El fuero en nuestra legislación regularmente se le brinda a las altas personalidades para que sean juzgados por jueces, tribunales o cortes diferentes a los que normalmente juzgan a las personas que no ostentan ningún privilegio establecido en la ley.

el *principio de igualdad* porque al señor *Presidente de la República* lo juzgue la *Corte Suprema de Justicia* y al *mensajero* de *Córdoba* en el *Departamento del Quindío* el *Alcalde Municipal,* pues si la ley hace esa diferenciación, no puede aducirse trasgresión al *principio de igualdad*, desde que se apliquen todas las garantías constitucionales de manera igualitaria en relación con los *hechos* y con las *disposiciones legales vigentes*. Diferente sería si al *Presidente de la República* se le considerara el hecho como una *falta leve* por ser quien es y al mensajero de la *Alcaldía del Municipio de Córdoba* en el Departamento del Quindío, como una *falta grave* también por ser quien es; o al primero de los nombrados se le aplique una norma *más benigna* y al segundo una disposición *más grave,* al estar en *igualdad* de condiciones por tratarse de *hechos idénticos*.

Principio de igualdad. No rige de manera absoluta en materia disciplinaria

Si bien es cierto que este principio debe garantizar a todas las personas un tratamiento *indiscriminado* frente a la ley, en materia disciplinaria no rige en forma *absoluta* dado que el *principio de tipicidad,* en el cual se subsume una falta disciplinaria que reviste cualificaciones en orden a las calidades del sujeto activo, a su nivel jerárquico, a las competencias ejercidas, al grado de perturbación del servicio y a la esencialidad del mismo, *genera diferencias* en la calificación de la falta *(gravísima, grave o leve);* en el *tratamiento procedimental* y en la *imposición de la sanción.*

De todas maneras, es perentorio señalar que el *postulado de la igualdad* no permite tener en cuenta las circunstancias estrictamente personales, diversas a las consagradas en la ley, que muestren un *tratamiento sustancial, procedimental o sancionatorio desigual* entre los sujetos. En los mismos términos, *el principio de la igualdad* no permite que se involucre dentro de la investigación y el juzgamiento en materia disciplinaria *diferencias o* "*elementos de discriminación*" relacionadas con el sexo, la raza, color, la condición social, la profesión, el origen nacional o familiar o étnico, la lengua, el credo religioso, la orientación sexual, la identidad de género, la opinión política o filosófica, las creencias o prácticas culturales, tal como lo advierte el artículo 7º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[519] (artículo 15 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[520])

Principio de igualdad y la Administración Pública

El *principio de igualdad,* garantizado por nuestra *Carta Fundamental,* esto es el principio que no permite la discriminación entre las personas, se aplica en todas las *Ramas del Poder Público,* sin excepciones de ninguna clase. El artículo 13 de la *Constitución Política* clarifica esta afirmación al señalar que "todas las personas nacen libres e iguales ante la ley", lo cual permite corroborar que la *ley* a que se refiere la *Ley de Leyes* es la ley del órgano *judicial*, la ley del órgano *legislativo* y la ley del órgano *ejecutivo*.

Principio de igualdad en sentido real y no formal

Nuestra *Corte Constitucional* ha dicho que el *principio de igualdad* tiene funcionalidad en *sentido real y no formal*, pues "en tal virtud, si bien no se permite regulación diferente a supuestos iguales o análogos, sí es posible una diferente normación para situaciones distintas, en aras de lograr la igualdad material o real" *(Corte Constitucional. Sentencia C-013 del 21 de enero de 1993)*.

519 Código General Disciplinario.

520 Código Disciplinario Único.

De la misma manera, en su *Sentencia N.º T-432 del 25 de junio de 1992*, sostuvo que:

> "El principio de la igualdad es objetivo y no formal, él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales. Se supera así el concepto de la igualdad de la ley a partir de la generalidad abstracta, por el concepto de la generalidad concreta, que concluye con el principio según el cual no se permite regulación diferente de supuestos iguales o análogos y prescribe diferente normación a supuestos distintos. Con este concepto sólo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Se supera también, con la igualdad material, el igualitarismo o simple igualdad matemática. La igualdad material es la situación objetiva concreta que prohíbe la arbitrariedad. La igualdad de todas las personas ante la ley y las autoridades constituye un derecho constitucional fundamental".

El principio de igualdad. Excepciones o privilegios

El *principio de igualdad* no admite *excepciones o privilegios* de ningún género en la medida que excluyan a unas personas de los derechos o concesiones dadas a otros sujetos en iguales eventos. Es decir que la *real y efectiva* igualdad se establece cuando se *aplica la ley* teniendo en cuenta el mismo rasero frente a los hechos y las disposiciones que norman idénticas conductas.

El principio de igualdad material

De acuerdo con lo establecido por la *Corte Constitucional,* en *Sentencia C-013 del 21 de enero de 1993,*

> "El principio de la igualdad material exige precisamente el reconocimiento de la variada gama de desigualdades que necesariamente se presentan entre los hombres en lo biológico, económico, social, cultural, etc., dimensiones todas éstas que, en justicia, deben ser relevantes para el derecho, el cual al evaluarlas se encamina a diseñar la normatividad que razonablemente haga realidad la igualdad, aun cuando situaciones disímiles deben tener un trato diferenciado".

Principio de igualdad e imparcialidad

Estos principios de rango *Constitucional, administrativo, jurisdiccional y legal*, determinan no sólo la igualdad material sino la igualdad jurídica en el tratamiento equitativo de las personas a quien se dirigen los *idénticos hechos y normatividades*, los cuales exigen que las autoridades se *abstengan* de realizar *discriminaciones* odiosas que contravengan el ideal de justicia, porque esas *discriminaciones*[521] contrarían la razón y no permitirían, desde ninguna óptica, una *justificación* a la *afectación* de los derechos fundamentales de los ciudadanos con su equivocada violación.

521 Término al que se refiere el artículo 7º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario).

Principio de igualdad y debido proceso

El *principio de igualdad*, referido al ambiente *administrativo sancionador*, no guarda relación estrecha únicamente con el *derecho disciplinario*, sino también con el respeto a la i*gualdad frente al proceso disciplinario*. Por lo tanto, el establecimiento de un *debido proceso disciplinario constitucional* es precisamente el desarrollo del *principio de igualdad*, toda vez que con anticipación el interesado sabe cuáles serán los trámites, los recursos, los términos, etc., que tiene que enfrentar en caso de infracción al deber funcional. De esta manera, el principio constitucional y legal del *debido proceso* nos lleva a precisarle, a toda persona indagada, investigada o disciplinada, *iguales derechos y obligaciones* y a indicarle a las *autoridades disciplinarias*, que ellos deben dar a *situaciones similares*, un equidistante e igualitario trato por el sólo hecho de estar sometidos, los destinatarios de la ley disciplinaria, a la ritualidad disciplinaria.

El Principio de Igualdad y la Sentencia de tutela T-230 del 13 de mayo de 1994. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz

A continuación, transcribimos algunos apartes de la providencia, así:

"(...)

> 3). La igualdad en el Estado social de derecho.
>
> 1. La superación plena de la igualdad formal fue posible con la adopción de los postulados del Estado social de derecho, plasmados en constituciones dotadas de los procedimientos judiciales para el control y adecuación del contenido de las leyes a los valores y principios constitucionales. Así, dentro del marco constitucional se ha pretendido extender el principio de igualdad hasta cubrir aquellos casos en los cuales no existe fundamento razonable derivado de la naturaleza de las cosas u otra razón capaz de justificar la diferencia introducida por el legislador.
>
> 1.1. El Estado social de derecho presupone el control constitucional de las leyes y la efectividad de los valores, principios y derechos fundamentales del ordenamiento jurídico. En esta perspectiva, la ley pierde la posición de criterio último y definitivo de interpretación, para dar lugar a la preponderancia del texto constitucional.
>
> 1.2. La textura abierta de los textos constitucionales que consagran principios y valores determina un margen amplio de apreciación judicial. Esta libertad en la interpretación es considerada una de las condiciones para el logro de la efectividad de los derechos fundamentales. Se parte aquí del postulado–ya previsto por Aristóteles en su Ética a Nicómaco–según el cual, los meros conceptos legales, en ocasiones, resultan insuficientes para el logro de la justicia real y efectiva.
>
> 2. La transformación del sistema jurídico permite hablar–en relación con el principio de igualdad–de un cambio en el parámetro valorativo o 'patrón de igualdad'. La voluntad legislativa queda subsumida dentro de un referente superior: la Constitución. La ley se convierte así en un medio normativo a través del cual los postulados esenciales del Estado se realizan.

B. El principio de la no discriminación.

1. Se discrimina cuando se hace una distinción infundada de casos semejantes. Por lo general, cada ordenamiento jurídico enumera una serie de razones para establecer diferencias consideradas discriminatorias. La norma pionera en esta materia se encuentra en el artículo primero de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del 26 de agosto de 1789, según la cual, 'las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común'.

2. Los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos han ampliado y desarrollado la idea de la Revolución Francesa. La Declaración Universal dice en su artículo 2-1 que 'toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color sexo, idioma, religión opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición'.

2.1. La igualdad relativa a la raza, al sexo, a la nacionalidad a la religión, entre otras, constituye un precepto aceptado universalmente que no requiere de razones o explicaciones. Se habla al respecto de presunciones, que dispensan de toda justificación a quienes las asumen, pero que exigen una justificación de quienes las transgreden.

3. Los motivos de discriminación anotados no excluyen otros posibles que puedan dar lugar a un trato infundado. Los textos internacionales, así como la Constitución colombiana en su artículo 13, tienen un propósito enunciativo y no taxativo. Esta interpretación es, además, la única compatible con el postulado de la efectividad de los derechos consagrado en la Constitución Política y con los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos, en los cuales se prohíbe la discriminación por razones de color, raza, sexo, idioma, religión opinión, (...) y por cualquier otra condición.

4. La justificación del trato jurídico distinto de una situación jurídica equiparable, sólo es posible si se demuestra que ella resulta claramente de la finalidad perseguida por la norma que establece la distinción. En términos de la Corte Europea de Derechos Humanos, 'No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas'. En este orden de ideas, es necesario tener en consideración los objetivos de la norma que establece la distinción, 'los cuales–continúa la Corte–no pueden apartarse de la justicia y de la razón, vale decir no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana' (Sentencia del 23 de julio de 1968. CEDH, pág. 34).

5. Los elementos probatorios involucrados en la aplicación del principio de igualdad han sido definidos de la siguiente manera. Cuando se trata de un problema de igualdad 'en' la ley o discriminación 'de jure', el término de comparación o 'patrón de igualdad' debe ser aportado por el accionante. El análisis de la desigualdad se concentra en la norma jurídica que introduce la desigualdad de trato y no en cuestiones de hecho. En los casos de igualdad

por razón de la aplicación de la ley, en cambio, corresponde al aplicador de la norma la justificación del trato diferenciado.

5.1. Cuando la diferencia de trato se enmarca dentro de una de las razones explícitamente señaladas por el artículo 13 de la Carta como discriminatorias, quien la lleve a cabo asume la carga de la prueba que justifique su actuación, pues si ello no es así, se mantiene la presunción de trato inequitativo. En todo caso el trato diferenciado es de recibo si el mismo se orienta a promover la igualdad de una categoría de personas ubicadas en situación de desigualdad.

(…)

Para que quien aplique el derecho justifique un trato diferenciado debe probar tres elementos: 1) empírico: que se trate de casos diferentes; 2) normativo: que exista un fin normativo que justifique racional y proporcionalmente la diferencia de trato y 3) valorativo: que la medida adoptada sea adecuada–razonable–a la luz de los principios y valores constitucionales (…)".

11. Gratuidad de la actuación disciplinaria

Principio de la gratuidad de la actuación disciplinaria. Ubicación y generalidades

Este principio se encuentra redactado en los artículos 17 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[522]; 10 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[523]; 8º de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[524]; 14 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[525]; 5º (k) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[526]; 61 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[527]; y 21 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[528].

Las disposiciones de las *Codificaciones Disciplinarias* anteriores guardaban el siguiente contenido:

> *Artículo 17. Ley 1952/2019. "Gratuidad de la actuación disciplinaria*[529]. Ninguna actuación procesal causará erogación a quien intervenga en el proceso, salvo el costo de las copias solicitadas por los sujetos procesales.

522 Código General Disciplinario.

523 Código Disciplinario Único.

524 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

525 Código Disciplinario del Abogado.

526 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

527 Código Disciplinario Militar.

528 Estatuto Disciplinario Policial.

529 El artículo 18 de la Ley 57 del 5 de julio 1985 ("Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales"), dispone que si en la respectiva oficina no se pudieran reproducir las copias solicitadas o la tarifa fuere elevada a juicio del peticionario, el jefe de aquella indicará el sitio en el cual un empleado de la oficina sacará las copias a que hubiere lugar, caso en el cual los gastos serán cubiertos por el particular". (Tomado de Mejía Ossman, Jaime. Código General Disciplinario. Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021 – Comparado, concordado, sentencias de constitucionalidad, jurisprudencia, notas, doctrina y conceptos de la Procuraduría

Los sujetos procesales tendrán derecho a que se les entregue de manera gratuita copia simple o reproducción de los autos interlocutorios, del ~~auto de citación a audiencia y formulación de cargos pliego de cargos y de los fallos que se profieran"~~ [530]-[531].

Artículo 10. Ley 734/2002. "Gratuidad de la actuación disciplinaria. Ninguna actuación procesal causará erogación a quien intervenga en el proceso, salvo el costo de las copias solicitadas por los sujetos procesales".

Artículo 8º. Ley 101520/2006. "*Gratuidad.* Ninguna actuación procesal causará erogación a quienes intervengan en el proceso, salvo las copias solicitadas por los sujetos procesales".

Artículo 14. Ley 1123/2007. "Gratuidad de la actuación disciplinaria. Ninguna actuación procesal causará erogación a quien intervenga en el proceso, salvo el costo de las copias solicitadas por los sujetos procesales".

Artículo 5º (k). Ley 1828/2017. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:

(…)

k) Gratuidad. La actuación ético disciplinaria no causará erogación a quienes en ella intervienen, salvo las excepciones legales".

Artículo 61. Ley 1862/2017. *Gratuidad*. Ninguna actuación procesal causará erogación a quienes intervengan en el proceso, salvo las copias que sean solicitadas por los sujetos profesples. Los sujetos procesales tendrán derecho a que se les entregue gratuitamente fotocopia simple o reproducción de los autos interlocutort s y de los fallos que se profieran.

Artículo 21. Gratuidad. *Ley 2196/2022*. Ninguna actuación procesal causará erogación a quienes intervengan en el proceso, salvo el costo de copias solicitadas por los sujetos procesales. En tal virtud, una de las formas de garantizarlo es mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, con las cuales los sujetos procesales tendrán derecho a que se les entregue de manera gratuita copia simple o reproducción de los autos interlocutorios, del ~~auto de citación a audiencia y formulación de cargos.~~

Auxiliar para Asuntos Disciplinarios (1995-2024). Cuarta Edición. Editorial Universidad La Gran Colombia. 2024).

530 La expresión tachada se entenderá "pliego de cargos", de acuerdo con lo previsto en el artículo 72 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, ley que reformó a la Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

531 "Esta última parte de la norma se presenta como una disposición que no solamente complementa este principio, sino que además contribuye a que la publicidad de la actuación se manifieste de mejor manera, facilitando el derecho a la defensa de los destinatarios de la ley disciplinaria incluido en el artículo 29 de la Constitución Política, determinando que aquellas decisiones que coinciden con las que se notifican personalmente en dicha diligencia, deba entregarse copia sin ningún costo para los sujetos procesales.

Consideramos que, de igual manera, se debe proceder respecto del quejoso cuando se emita un auto de archivo o fallo absolutorio, entregándole copia gratuita de tales providencias para que conozca de los motivos de estas decisiones y, con base en esto, determine si interpone el recurso de apelación". Ver: Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Principios Rectores de la Ley Disciplinaria-* Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 1. Bogotá D.C., 2023, págs. 89 y 90.

(La expresión tachada se entenderá "***pliego de cargos***", de acuerdo con lo previsto en el artículo 72 de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021*, ley que reformó a la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* y que se aplica al *Estatuto de Ética Policial* por formar parte del procedimiento del *Código General Disciplinario* al cual remite.)

Las disposiciones relacionadas con este *principio* y que están contenidas en las *Codificaciones Disciplinarias* anteriores al referirse a la ***salvedad en el pago de las copias*** de los ***sujetos procesales***, ¿será que esos artículos obligan al *Ministerio Público*, cuando actúe como ***sujeto procesal*** en las voces del *artículo 109 de la Ley 1952 del 28 dé enero de 2019*[532] (89 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[533]), *a que sufrague las copias que solicite?*

Respuesta: Se diría que ***no***, puesto que el *Ministerio Público* obra en *defensa* de la *sociedad* y no del interés *particular de quien ostenta la función* o del *servidor público*, a quienes se investigan como *destinatarios de la ley disciplinaria*. Es decir porque los costos que como sujeto procesal asuma el *Ministerio Público* deben ser costeados por el Estado como *titular de la potestad y de la acción disciplinaria*.

Principio de gratuidad del proceso disciplinario. Traslado del proceso penal al proceso disciplinario.

De conformidad con el *principio rector de la gratuidad de la actuación disciplinaria*, consistente en que dentro del proceso disciplinario "ninguna actuación procesal" causará *erogación alguna* a los intervinientes, con la salvedad de las *copias* que soliciten los "sujetos procesales" y la *excepción* consagrada en el inciso 2º del artículo 17 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[534], significa este postulado un *traslado del estatuto procesal penal al derecho disciplinario* de los principios del libre acceso a la administración de justicia como función pública y de la igualdad de las personas ante la ley, traducidos en la *gratuidad* y la *igualdad* de la *actuación judicial*, de que tratan los artículos 228, 229 y 13 de la *Constitución Política*, los cuales se desarrollaron en los artículos 19 y 20 del *Decreto 2700 del 30 de noviembre de 1971* (Código de Procedimiento Penal de 1971), 5º y 22 de la derogada *Ley 600 del 24 de julio de 2000* (Código de Procedimiento Penal de 2000), así como en los artículos 13 y 4º de la *Ley 906 del 31 de agosto de 2004* (Código de Procedimiento Penal de 2004).

Principio de gratuidad del proceso disciplinario y no causación de derechos a favor del Estado

Este principio se refiere a que al *Estado* le está prohibido *recaudar suma alguna* por el ejercicio de la *acción disciplinaria* durante su trámite procesal, por el carácter de *pública* que ella representa y por ser exclusivo su interés en lograr los resultados en defensa de los intereses de la colectividad. Por tal razón, es importante destacar que los *pagos* de correo, el *costo* generado por los dictámenes técnicos, visitas especiales, el *valor* que pueda originar el *recaudo* de cualquier clase de prueba, los *costos* de papelería, el *traslado* de los servidores públicos comisionados, etc., deben ser *asumidos* totalmente por el Estado para poder *garantizar el ejercicio de su potestad* disciplinaria.

532 Código General Disciplinario.

533 Código Disciplinario Único.

534 Código General Disciplinario.

Principio de gratuidad en el proceso disciplinario. Alcance

El principio de *gratuidad*, a la luz del contenido del artículo 109 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[535] (artículo 89 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[536]), solamente abriga al *indagado, investigado o disciplinado*, así como a su *apoderado*, a la *Procuraduría General de la Nación* y a las *víctimas de conductas infractoras* de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, así como de acoso laboral. También a la *Procuraduría General de la Nación*, en razón de su intervención dentro de su competencia de *vigilancia Superior;* cuando no ejerza el *poder preferente*, pudiendo actuar en calidad de *sujeto procesal* y cuando la actuación la adelante la *Comisión Nacional de Disciplina Judicial o las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial* o el *Congreso de la República* contra los funcionarios a que se refiere el *artículo 174 de la Constitución Política*.

Como quiera que *el indagado, investigado o disciplinado, su apoderado, la Procuraduría General de la Nación, las víctimas de Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario*, son los *únicos sujetos* que pueden "actuar" en el proceso, el *principio* no podrá extenderse al informador ni al quejoso, a quienes la *ley obliga a presentar y ampliar la queja* bajo la gravedad del juramento y a aportar las pruebas "que tenga en su poder".

Principio de gratuidad del proceso disciplinario y copias del pliego de cargos

En la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*[537] (artículo 152) se establecía un término de diez (10) días contados a partir del siguiente *de la entrega del auto de cargos* o de la desfijación del edicto para presentar sus descargos, lo cual precisaba la entrega de las *copias* contentivas del *auto de cargos* de *manera gratuita*. En vigencia de las *Leyes 734 del 5 de febrero de 2002* (artículos 165 y 166, aplicables a la *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[538]) y *836 del 16 de julio de 2003*[539] (artículos 184 y 185), ello no acontecía, pues las normas sobre el particular únicamente se referían a la *notificación del pliego de* cargos (o auto de cargos para las Fuerzas Militares) *y no a la entrega del mismo*, por lo cual, en principio, *las copias tenían que ser sufragadas* por el *disciplinado*. Con la sanción de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[540], el artículo 17 inciso 2º liberó a los sujetos procesales del costo de las copias no solo para el *pliego de cargos* sino para los *autos interlocutorios* y los *fallos* que se profieran en el transcurso de la actuación disciplinaria, lo cual es válido para las restantes *Codificaciones Disciplinarias* por aplicación del principio de "aplicación de principios e integración normativa" incluido en cada una de ellas.

Para *enriquecer* el *principio* de la *gratuidad* y ofrecer *mejores condiciones* de *igualdad*, el artículo 17 de la *Ley 57 del 5 de julio de 1985*[541], permitía, en ese entonces a las entidades del Estado, entregar gratuitamente las copias cuando la cantidad solicitada lo justifique, pudiendo entonces *entregarse sin costo alguno las copias del pliego de cargos*.

535 Código General Disciplinario.

536 Código Disciplinario Único.

537 Primer Código Disciplinario Único.

538 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

539 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Furzas Militares.

540 Código General Disciplinario.

541 "Por la cual se ordena la publicidad de los actos y documentos oficiales".

El actual *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 del 18 de enero de 2011)*, en su artículo 67, *permite la entrega al interesado de copia íntegra y auténtica de "las decisiones que pongan término a una actuación administrativa"* en el momento de la *notificación personal*, fundamento legal que *faculta a los sujetos procesales* de la *ley disciplinaria* para solicitar *gratuitamente copia* de los archivos, decisiones sancionatorias, absolutorias, de terminación anormal del proceso y de revocatoria directa.

Otros como Camilo Andrés García Gil[542], extienden los efectos del *artículo 67 de la Ley 1437* a *toda clase de actos administrativos* en los que se deba surtir la *notificación personal*, dando paso a todas aquellas determinaciones contenidas en los reemplazados *artículos 101* de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, aplicables a las restantes Codificaciones Disciplinarias.

García Gil, fundamenta su apreciación en los siguientes términos:

> "El artículo 67 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 del 18 de enero de 2011) establece que se deberán notificar de manera personal las decisiones ***que pongan término a una actuación administrativa,*** haciendo obligatorio el entregar al notificado copia íntegra y gratuita del acto administrativo a notificar.
>
> Sea lo primero advertir que la notificación personal es la forma principal mediante la cual el Estado da a conocer sus decisiones a los vinculados a un proceso, y sólo en la medida en que esta no se pueda realizar por la no comparecencia del sujeto procesal, se procederá a notificar por estado o por edicto, dependiendo del contenido de la decisión y las formalidades establecidas para cada fin. Empero, resultaría ilógico el aplicar de manera restrictiva el *artículo 67* del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, y limitar su alcance únicamente al fallo de instancia, al auto de archivo, al auto por medio del cual se decreta la terminación del proceso disciplinario o al auto que decreta la prescripción del proceso, que en estricta teoría son las decisiones por medio de las cuales se pondría fin a un proceso disciplinario, dejando de lado la obligación de entregar copia de un auto diferente a los anteriores y frente al cual se surta una notificación personal so pretexto de no ser una decisión que finaliza la actuación, como podría suceder con el auto de apertura de indagación preliminar, investigación disciplinaria o el pliego de cargos, los cuales a la luz del *artículo 101* de la *Ley 734 de 2002* ***deberán ser notificados personalmente***.
>
> Así las cosas, y atendiendo a que el acto de notificación "no es un acto administrativo, sino un presupuesto para la eficacia"[543], se debe realizar la interpretación del artículo 67 del C.P.A.C.A. de manera amplia y acorde con lo estipulado en el *artículo 10* de la *Ley 734 de 2002*, en el que se expresa "Ninguna actuación procesal causará erogación a quien intervenga en el proceso, salvo el costo de las copias solicitadas por los sujetos procesales" debiéndose al momento de surtir una notificación personal, hacer entrega íntegra y

542 En apuntes sobre el proceso disciplinario discutidos en las reuniones de la Procuraduría Primera Delegada para la Contratación Estatal. Junio de 2013.

543 Palacio Hincapié, Juan Ángel. *Derecho Procesal Administrativo*. 3° Edición. Página 77. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. 2002.

> gratuita al sujeto procesal del acto a notificar, a efectos de garantizar el cabal cumplimiento de la ritualidad procesal de la notificación personal.
>
> No se debe dejar de lado que la notificación personal es la manera principal que tiene la administración para dar a conocer sus decisiones, no siendo desatinado el utilizar esta ritualidad para publicitar una decisión que sea susceptible de ser notificada, si se tiene tal oportunidad, bien sea porque el sujeto procesal ha comparecido al despacho dentro del término que tiene la administración para notificar el acto frente al que no se ha surtido el requisito de publicidad por otro mecanismo procesal, o bien sea porque de conformidad con lo establecido en la *Ley 734 de 2002*, se debe notificar personalmente la decisión, como es el caso del auto de cargos".

Con la reforma de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, a la fecha debe estarse a lo resuelto en el artículo 15 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* – Código Genral Disciplinario, el cual permite que a los sujetos procesales (…) se les entregue de manera gratuita copia simple o reproducción de los autos interlocutorios, del pliego de cargos y de los fallos que se profieran.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación al principio de gratuidad del proceso disciplinario

La Corte Constitucional, *en Sentencia T-522 del 22 de noviembre de 1994 y con ponencia de* Antonio Barrera Carbonell, señaló:

> "(…) No existe una norma constitucional que expresamente consagre la gratuidad del servicio de justicia que presta el Estado, pero por vía legislativa aparece reconocido el principio de gratuidad de la justicia, aun cuando con algunas limitaciones, en los Códigos de Procedimiento Laboral y Civil.
>
> De la Constitución se puede inferir el principio de gratuidad de la circunstancia de que la justicia constituye uno de los pilares o fundamentos esenciales para lograr la convivencia, la paz y un orden justo que haga realidad la igualdad jurídica y material, enmarcado dentro de la filosofía y el realismo del Estado social de derecho, justicia cuya aplicación, operatividad y eficacia se hace efectiva cuando las instituciones procesales creadas como instrumentos para asegurar su vigencia, arbitran los mecanismos idóneos para que puedan acceder a ellas todas las personas en condiciones de igualdad. La gratuidad es, en esencia, la condición para hacer realidad el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, pues la situación económica de las partes no puede colocar a una de ellas en situación de privilegio frente a la otra ni propiciar, por consiguiente, la discriminación (…)".

La Corte Constitucional, *en Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996 con ponencia de* Vladimiro Naranjo Mesa, dijo:

> "2. Consideraciones de la Corte. A pesar de que la Carta Política no hace referencia expresa al principio de gratuidad en el acceso a la administración de justicia, para la Corte éste se infiere de los objetivos mismos que persigue la labor de impartir justicia y de la realización plena del derecho a la igualdad contenido en el artículo 13 Superior.

En efecto, como se estableció, uno de los pilares esenciales del Estado social de derecho es la prestación seria, responsable y eficiente de la justicia, a través de la cual es posible la materialización de un orden justo, caracterizado por la convivencia, la armonía y la paz. Sin embargo, como lo ha señalado la Corte, la aplicación y operatividad de la justicia 'se hace efectiva cuando las instituciones procesales creadas como instrumentos para asegurar su vigencia, arbitran los mecanismos idóneos para que puedan acceder a ellas todas las personas en condiciones de igualdad'.

Pero, valga anotarlo, esas condiciones de igualdad no se predican únicamente de las oportunidades para acceder a la administración de justicia, sino también de las condiciones mismas en que se accede. Y en este punto juega un papel preponderante la capacidad económica de las partes, la cual, como señala la sentencia citada, 'no puede colocar a una de ellas en situación de privilegio frente a la otra ni propiciar, por consiguiente, la discriminación'.

El principio de gratuidad apunta, pues, a hacer efectivo el derecho constitucional fundamental a la igualdad. Con ello no quiere la Corte significar que aquellos gastos que originó el funcionamiento o la puesta en marcha del aparato judicial, debido a la reclamación de una de las partes, tengan igualmente que someterse al principio de gratuidad. Por el contrario, si bien toda persona tiene el derecho de acceder sin costo alguno ante la administración de justicia, no sucede lo mismo con los gastos necesarios para obtener la declaración de un derecho. Por tal razón, la mayoría de las legislaciones del mundo contemplan la condena en costas —usualmente a quien ha sido vencido en el juicio—, así como las agencias en derecho, esto es, los gastos en que incurrió la parte favorecida o su apoderado (a través de escritos, diligencias, vigilancia, revisión de expedientes) durante todo el trámite judicial. Se trata, pues, de restituir los desembolsos realizados por quienes presentaron una demanda o fueron llamados a juicio y salieron favorecidos del debate procesal.

No obstante, lo expuesto, encuentra la Corte que al señalar la norma en comento que 'en todos los procesos' habrán de liquidarse las agencias en derecho y las costas judiciales, se está desconociendo la posibilidad de que la Carta Política o la ley contemplen procesos o mecanismos para acceder a la administración de justicia que no requieran erogación alguna por parte de los interesados. La acción de tutela de que trata el artículo 86 Superior, reglamentada por el Decreto 2591 de 1991[544], y la acción pública de constitucionalidad prevista en los artículos 241 y 242 del Estatuto Fundamental y reglamentada por el Decreto 2067 de 1991[545], son algunos de los ejemplos que confirman los argumentos expuestos. Así las cosas, esta Corte advierte que será responsabilidad del legislador definir, en cada proceso, si se amerita o no el cobro de las expensas judiciales, así como el determinar, según las formas propias de cada juicio, si se incluye o no a las entidades públicas dentro de la liquidación de agencias en derecho, costas y otras expensas judiciales.

544 Del 19 de noviembre. "Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

545 Del 4 de septiembre. "Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la corte constitucional".

> En ese orden de ideas, la Corte considera que el artículo bajo revisión, al consagrar el principio de gratuidad y permitir que los interesados, incluyendo las entidades públicas, sufraguen los costos judiciales, respeta el derecho a la igualdad contenido en la Constitución, así como la libertad para acceder a la administración de justicia. Por ello, habrá de declararse su exequibilidad, salvo la expresión 'que habrán de liquidarse en todos los procesos sin excluir a las entidades públicas', la cual, por las razones anotadas, se declarará inexequible".

12. Celeridad de la actuación disciplinaria

Principio de la celeridad de la actuación disciplinaria. Ubicación y generalidades

Este principio se encuentra redactado en los artículos 18 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[546];12 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[547]; 10 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[548]; 6º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[549]; 5º (a) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[550]; 51 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[551] y 15 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[552].

El *principio de celeridad* tiene su origen en el inciso 4º del artículo 29 de la *Constitución Política,* al señalar:

> "(...) Quien sea sindicado tiene derecho a... un debido proceso público sin dilaciones injustificadas (...)".

Las diferentes Codificaciones Disciplinarias con relación a este principio, contenían el siguiente texto legal:

> Artículo 18. Ley 1952/2019.Celeridad de la actuación disciplinaria. El funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en este código.

> Artículo 12. Ley 734/2002. "Celeridad de la actuación disciplinaria. El funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en este código".

> Artículo 10. Ley 1015/06. "Celeridad del proceso. El funcionario con atribuciones disciplinarias impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en la ley".

546 Código General Disciplinario.

547 Código Disciplinario Único.

548 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

549 Código Disciplinario del Abogado.

550 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

551 Código Disciplinario Militar.

552 Estatuto Disciplinario Policial.

> Artículo 51. Ley 1123/2007. "Celeridad. El funcionario competente impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en este código".
>
> Artículo 5º. Ley 1828/2017. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:
>
> a. Celeridad. Corresponde a las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista de oficio o a petición de parte, el impulso y aplicación de los procedimientos contenidos en esta normativa, suprimiendo trámites innecesarios y evitando dilaciones injustificadas".
>
> Artículo 51. Ley 1862/2017. "Celeridad del proceso. El funcionario competente impulsará oficiosamente el proceso, sus actuaciones se surtirán de forma pronta y cumplida, sin dilaciones injustificadas, conforme a los términos previstos en este código".
>
> Artículo 15. Ley 2196/2022. "Celeridad del proceso. El funcionario con atribuciones disciplinarias impulsará oficiosamente la actuación disciplinaria y cumplirá estrictamente los términos previstos en la Ley, sin perjuicio del deber que tienen los sujetos procesales dentro de la actuación disciplinaria".

Es importante tener en cuenta, que el contenido del artículo 114 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[553] (por integración normativa), se aplica también como principio "que rige la actuación procesal" en las Codificaciones Disciplinarias que no lo tengan incluido, como es el caso de las Leyes 2196 del 18 de enero de 2022[554], 1015 del 7 de febrero de 2006[555], 1123 del 22 de enero de 2007[556], 1828 del 23 de enero de 2017[557] y Ley 1862 del 4 de agosto de 2017[558].

De todas maneras hoy con el advenimiento de la *Ley 1437 del 18 de enero de 2011*[559], habrá que interpretarse el *principio de celeridad* "en la actuación procesal", no solo con la ayuda de los textos de los artículos 29 y 209 de la *Constitución Política*[560], sino con

553 Código General Disciplinario.

554 Estatuto Disciplinario Policial.

555 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

556 Código Disciplinario del Abogado.

557 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

558 Código Disciplinario Militar.

559 Nuevo este principio dentro de los principios y fines de la función pública y dentro de las Codificaciones Contencioso Administrativas. No existía en el Decreto 01 del 2 de enero de 1984 (Código Contencioso Administrativo). Igualmente, no estaban contemplados los principios de buena fe, participación responsabilidad, transparencia y coordinación.

560 "Acorde con normas de orden convencional referidas al plazo razonable, los principios que se demandan de las actuaciones administrativas en el artículo 209 constitucional y el respeto por los términos establecidos en la ley, las autoridades disciplinarias y los sujetos procesales deberán actuar en estricto apego a dichos postulados, evitando con ello la prolongación indebida o excesiva de la investigación.

(…)

Se suman a esta garantía otros principios como el de economía, concentración y preclusión, lo cuales demandan, tanto de la autoridad disciplinaria, como de los intervinientes en la actuación, el acatamiento de los términos, impedir dilaciones injustificadas, ac- tuar con lealtad procesal absteniéndose de interponer recursos infundados, evitar tramites o diligencias innecesarias y

aplicación rigurosa del artículo 3º de la ley en cita, toda vez que allí se reclama que "*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*" y además "con arreglo" al principio del debido proceso[561] y los principios de "*igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía*, lo cual hace mucho más exigente la *interpretación* y *aplicación* de las *actuaciones* y *procedimientos* en la *ley disciplinaria,* muy a pesar que se ignoró el *principio de contradicción*, principio que por fortuna subsiste como parte del *derecho a la defensa* y en las disposiciones referidas de la *Carta Política* y en algunos artículos de las *Codificaciones Disciplinarias,* como es el caso de las *Leyes 1015 del 7 de febrero de 2006* (artículo 16)[562]*, 1828 del 23 de enero de 2017 (artículo 5g*[563]); *1862 del 4 de agosto de 2017* (artículo 52)[564]; y *2196 del 18 de enero de 2022*[565] (artículo 11).

Principio de celeridad del proceso. Impulso y oficiosidad

En el *proceso disciplinario,* por su característica de *inquisitivo*, el impulso de la actuación es deber *oficioso* del servidor público titular o competente de la *acción disciplinaria,* a quien para que pueda realizar la *justicia material* dentro de los términos establecidos por la ley se le conmina a *eliminar los trámites y diligencias innecesarias,* so pena de contradecir el principio constitucional y legal *del debido proceso,* pues al *indagado, investigado o disciplinado* no se lo puede someter a ninguna clase de expectativa de manera *dilatada* en el tiempo para que el *Estado,* cuando lo considere conveniente, cumpla con el ejercicio del *ius puniendi*. Todo lo anterior sin desconocer la necesidad que también tiene la sociedad de que en *forma rápida* se señalen a los *autores o a los inocentes de las faltas disciplinarias* que les crean intranquilidad e indignación. Someter al destinatario de la ley disciplinaria a *trámites y exigencias que no están referidas en la ley,* es hacer nugatorio el principio expresado, por violación al *artículo 29 de la Constitución Política* que establece el principio del *debido proceso* y que como lo hemos expresado varias veces exige que "*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa* (...) *y con observancia de la plenitud de las formas propias del juicio*".

La *autoridad disciplinaria,* en la aplicación del principio de *celeridad,* no está autorizado para que *omita* el análisis y consideraciones de las alegaciones y pruebas que presente el *indagado, investigado o disciplinado* en prevalencia del *principio del debido proceso,*

---

utilizar los medios técnicos y tecnológicos, entre otros, entendiendo que cada uno deberá asumir su responsabilidad por situaciones que vayan en contra de una pronta y cumplida justicia.

Esto significa **que si por causas justificadas la autoridad disciplinaria no puede cumplir con el mandato legal contenido en el Código General Disciplinario, la exigencia del cumplimiento estricto de los términos legales** exigida por la Carta Fundamental, **no debe ser tenida en cuenta para efectos de una investigación disciplinaria**".

Tomado de: Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. "*Principios Rectores de la Ley Disciplinaria-* Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 1. Bogotá D.C., 2023, págs. 38 y 40.

561 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

562 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

563 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

564 Código Disciplinario Militar.

565 Estatuto Disciplinario Policial.

pues si bien es cierto a él le corresponde el deber de imprimirle *agilidad* al proceso dentro del marco procedimental establecido, *en tal virtud debe resolver con prontitud, sin dilaciones injustificadas y de tal manera que ampare completamente su derecho a la defensa*.

Como desarrollo del principio de celeridad del proceso, el instructor o juzgador debe presidir el proceso; velar por que el mismo termine de la manera más rápida; prever las medidas conducentes a fin que el proceso no se vaya a estancar; procurar que el principio de economía procesal se evidencie dentro del plenario; decretar pruebas de oficio con el objeto de alcanzar la verdad respecto de los hechos materia de la investigación y finalmente, tener en cuenta que en caso de mora injustificada debe responder disciplinariamente[566].Es importante agregar que para hacer más ágil y garantista el proceso, el investigador deberá acudir a las facultades que ostenta en materia de impulsión oficiosa que lo conducen al rechazo de cualquier solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una *dilación* manifiesta.

De lo anterior se concluye que indudablemente el servidor público competente para investigar, como representante de la potestad disciplinaria del *Estado* y como encargado de soportar la carga de la prueba, es sin equivocaciones el principal sujeto del proceso, al cual le corresponde su *dirección e impulso* para que a través de sus diferentes estadios se cumpla con la *celeridad* requerida. Para el efecto controlará la conducta de los sujetos intervinientes, evitando que la mala fe, la dilación y las pruebas superfluas e innecesarias se mezclen en su misión.

Principio de celeridad del proceso e incidencia de vulneración de términos

Consideramos que la *autoridad disciplinaria* no está condicionada solamente al *cumplimiento* de los términos señalados en la respectiva *Codificación Disciplinaria*. A él como *instructor o juzgador* le debe preocupar la investigación de las conductas que constituyen faltas que es su principal función, ejercicio procesal que debe hacerse de principio a fin para que a través de un *fallo justo* permita a todos los sujetos procesales, a la comunidad y al *Estado* tener seguridad de que se administró justicia. Por consiguiente, creemos que, en caso de incumplimiento de los términos procesales, la investigación no puede afectar de ninguna manera el desarrollo y cumplimiento de la *justicia material,* pero sí conlleva esta alteración de la *perentoriedad* de los términos, al *inicio* inmediato de una *investigación disciplinaria* en contra de quien hubiese intervenido en su trasgresión, obviamente sin justa causa.

---

566 El artículo 228 de la Constitución Política señala que: "Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado".

El artículo 61 numeral 3 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* – Código General Disciplinario (*artículo 48*, numeral 4º de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*) expresa que: "Son faltas gravísimas (y por ende sancionables con destitución a la luz del artículo 44, numeral 1º): "3. Omitir, retardar u obstaculizar la tramitación de la actuación disciplinaria originada en faltas gravísimas cometidas por los servidores públicos u omitir o retardar la denuncia de faltas gravísimas o delitos dolosos, preterintencionales o culposos investigables de oficio de que tenga conocimiento en razón del cargo o función".

Finalmente, el artículo 278 de la *Ley de Leyes,* determina: "El Procurador General de la Nación ejercerá directamente las siguientes funciones: 1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario que incurra en algunas de las siguientes faltas: (...) obrar con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia (...)".

Celeridad del proceso e inmediación

Lo expresado con relación a la *dirección e impulso del proceso*, por parte del *investigador o servidor público* competente, indudablemente se relaciona con la obligación que él tiene de adelantar de manera muy *personal y directa* las etapas procesales, lo cual permite fundamentar esta característica tan destacada de la inmediación. La *celeridad del proceso* y la inmediación se observa en el impulso de aquellos pasos relacionados con la adquisición y práctica de los fundamentos probatorios con los cuales se va a decidir el proceso disciplinario, por no citar otros aspectos del derecho formal, adjetivo, procesal o instrumental[567].

Celeridad del proceso y derecho sustancial

El *principio de celeridad*, así como no permite la trasgresión al *debido proceso,* pretermitiéndose las formas propias de cada juicio, es decir *aumentando y practicando diligencias innecesarias*, el *derecho sustancial* a que se refiere el artículo 228 de la *Constitución Política*, debe eliminar toda clase de fórmulas procedimentales excesivas con el fin que se puedas llegar a una decisión final sin entrabamientos y angustias formales.

Celeridad del proceso y derecho sustancial armonizan la defensa del indagado, investigado o disciplinado y clarifican la actuación del Estado en garantía a los intereses esperados por el conglomerado social

El *principio de celeridad del proceso* y la verificación del *derecho sustancial* en las actuaciones realizadas por la *administración pública* complacen las exigencias de una debida aplicación de la *justicia material* y garantizan la correcta aplicación de los artículos 29 y 228 de la *Constitución Política*[568]. Es el mismo *proceso sustantivo* que deviene de la *Carta Fundamental* a través de la aplicación del *principio del debido proceso* en el desarrollo de la *concreción de la justicia* por encima de cualquiera otra circunstancia.

Celeridad y economía procesal

El *servidor público* competente para investigar, o a quien corresponde la dirección de la investigación, tiene la *obligación constitucional y legal* de procurar que las diferentes actuaciones se culminen con la mayor *agilidad*, en el *menor tiempo* posible y con la *menor cantidad* de gastos para sus intervinientes; *que no se establezcan trámites o etapas diferentes*; que *no se exijan* documentos, copias y autenticaciones, ni notas de presentación personal sin orden legal; que se lleve el *impulso oficioso* de los procedimientos; que se saneen las nulidades y que se utilicen formularios para las actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible. Lo anterior con el fin de dar cabal cumplimento a los *principios rectores de la administración pública* y así armonizar y destacar que verdaderamente el principio de *la función administrativa está al servicio de los intereses generales*, como lo ordena el artículo 209 de la *Constitución del Estado*.

---

567 Términos sinónimos. Se refieren al procedimiento en la ley disciplinaria, los cuales orientan el proceso de principio a fin.

568 "Artículo 228. La administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial".

Celeridad del proceso y Estatuto Antitrámites. (Decreto 2150 del 5 de diciembre de 1995[569]).

569 En la siguiente dirección, se ofrecen las "notas de vigencia" que a continuación se transcriben: 30 de septiembre de 2024. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2150_1995.html.

Modificado por la Ley 1861 de 2017, 'por la cual se reglamenta el servicio de reclutamiento, control de reservas y la movilización', publicada en el Diario Oficial N.º 50.315 de 4 de agosto de 2017.

- Modificado por el Decreto 19 de 2012, publicado en el Diario Oficial N.º 48.308 de 10 de enero de 2012, 'Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública'.

- Modificado por la Ley 1438 de 2011, publicada en el Diario Oficial N.º 47. 957 de 19 de enero de 2011, 'Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones'.16.–En criterio del editor, para la interpretación del artículo 9º de este decreto, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 110 de la Ley 1098 de 2006, ‹por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia›, publicada en el Diario Oficial N.º 46.446 de 8 de noviembre de 2006.15. Modificada po la Ley 964 de 2005, publicada en el Diario Oficial N.º 45.963 de 08 de julio de 2005, ‹Por la cual se dictan normas generales y se señalan en ellas los objetivos y criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular las actividades de manejo, aprovechamiento e inversión de recursos captados del público que se efectúen mediante valores y se dictan otras disposiciones›.14. Modificado por la Ley 962 de 2005, publicada en el Diario Oficial N.º 45.963 de 08 de julio de 2005, ‹Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos›.13. Modificado por el Decreto 2090 de 2003, publicado en el Diario Oficial N.º 45.262, de 28 de julio de 2003, ‹Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades›.12. En criterio del editor para la interpretación del artículo 40 de este decreto debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 1º de la Ley 753 de 2002, ‹por la cual se modifica el artículo 143 de la Ley 136 de 1994›, publicada en el Diario Oficial N.º 44.872 de 19 de julio de 2002.11. En criterio del editor para la interpretación del artículo 40 de este decreto debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 63, 64 y 65 de la Ley 743 de 2002, ‹Por la cual se desarrolla el artículo 38 de la Constitución Política de Colombia en lo referente a los organismos de acción comunal› , publicada en el Diario Oficial N.º Diario Oficial N.º 44.826, de 7 de junio de 2002.10. Modificado por el Decreto 266 de 2000, publicado en el Diario Oficial N.º 43.906 del 22 de febrero de 2000, ‹Por el cual se dictan normas para suprimir y reformar las regulaciones, trámites y procedimientos›.

El Decreto 266 de 2000 fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1316-00 del 26 de septiembre de 2000, Magistrado Ponente Dr. Carlos Gaviria. a partir de su promulgación.9. Modificado por la Ley 537 de 1999, publicada en el Diario Oficial N.º 43.802, del 02 de diciembre de 1999, ‹Por medio de la cual se hace una adición al Capítulo II en el artículo 45 del Decreto-ley 2150 de 1995.8. Modificado por el Decreto 1122 de 1999, publicado en el Diario Oficial N.º 43.622 del 29 de junio de 1999, ‹Por el cual se dictan normas para suprimir trámites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la Administración Pública y fortalecer el principio de la buena fe›.El Decreto 1122 de 1999 fue declarado **inexequible** por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-923-99 de 18 de noviembre de 1999, Magistrado Ponente Dr. **Álvaro Tafur Galvis**.7. Modificado por la Ley 454 de 1998, publicada en el Diario Oficial N.º 43.357 del 6 de agosto de 1998, ‹Por la cual se determina el marco conceptual que regula la economía solidaria, se transforma el Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas en el Departamento Administrativo Nacional de la Economía Solidaria, se crea la Superintendencia de la Economía Solidaria, se crea el Fondo de Garantías para las Cooperativas Financieras y de Ahorro y Crédito, se dictan normas sobre la actividad financiera de las entidades de naturaleza cooperativa y se expiden otras disposiciones›.6. Modificado por el Decreto 1052 de 1998, publicado en el Diario Oficial N.º 43.321 de16 de junio de 1998.5. Modificado por el Decreto 2111 de 1997, publicado en el Diario Oficial N.º 43.119 de 2 de septiembre de 1997.4. Modificado por la Ley 388 de 1997, publicada en el Diario Oficial N.º 43.091 de 24 de julio de 1997.3. Corregido por el Decreto 1090 de 1996, publicado en el Diario Oficial N.º 42.812, de 24 de junio de 1996, ‹Por el cual se corrige por error mecanográfico, el parágrafo del artículo 138 del Decreto N.º 2150 del 5 de diciembre de 1995›.2. Corregido por el Decreto 297 de 1996, publicado en el Diario Oficial N.º 42.723 de 19 de

El Decreto 2150[570] incluye una serie de disposiciones que se encargan de regular todo aquello que suprima o reforme las regulaciones, procedimientos o trámites, con la finalidad de adecuar el funcionamiento de la Administración Pública a los principios consagrados en los artículos 83, 84 y 209[571] de la *Constitución Política* sobre aspectos tan importantes como la moralidad, la buena fe, la eficacia, la economía, *la celeridad*, la imparcialidad y la publicidad, pero el mismo decreto en su artículo 150 expresó que nada de lo contemplado allí podría afectar las disposiciones vigentes cuando los *trámites o procedimientos* se encuentren consagrados en *Códigos* y las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019*[572]*, 734 del 5 de febrero de 2002*[573]*; 1015 del 7 de febrero de 2006*[574]*, 1123 del 22 de enero de 2007*[575]*, 1828 del 23 de enero de 2017*[576]*; 1862 del 4 de agosto de 2017*[577] y *2196 del 18 de enero de 2022*[578]*,* son *Códigos Disciplinarios. Por consiguiente, el Estatuto*

febrero de 1996, mediante el cual se corrigió un yerro caligráfico en el artículo 109.1. Corregido por el Decreto 62 de 1996, publicado en el Diario Oficial N.º 42.690 de 17 de enero de 1996, mediante el cual se corrigió un yerro caligráfico en el artículo 38".

570 De acuerdo con el parágrafo 1º del artículo 75 de la Ley 1474 de 12 de julio de 2011, el Congreso de la República con fundamento en el artículo 150, numeral 10, de la Constitución Política, le concedió al Presidente de la República un término de seis meses, a partir de la publicación de la ley (julio 12 de 2011) para expedir normas con fuerza de ley para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública, término en el cual se dictó el Decreto 19 de 10 de enero de 2012, sin que derogara o suprimiera los anteriores Estatutos Antitrámites (Ley 190 de junio 6 de 1995 y Decreto 2150 de diciembre 5 de 1995).

En el *Decreto 19 del 10 de enero de 2012*, el *artículo 4º*, señaló:

"Celeridad de las actuaciones administrativas. Las autoridades tienen el impulso oficioso de los procesos administrativos; deben utilizar formularios gratuitos para actuaciones en serie, cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y cuando sea asunto de su competencia, suprimir los trámites innecesarios, sin que ello las releve de la obligación de considerar y valorar todos los argumentos de los interesados y los medios de pruebas decretados y practicados; deben incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a efectos de que los procesos administrativos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas; y deben adoptar las decisiones administrativas en el menor tiempo posible".

571 Estos artículos en su orden establecen:

"*Artículo 83. Presunción de buena fe.* Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas".

"*Artículo 84. Supresión de requisitos administrativos adicionales a los de ley.* Cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio".

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".

572 Código General Disciplinario.

573 Código Disciplinario Único.

574 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

575 Código Disciplinario del Abogado.

576 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

577 Código Disciplinario Militar.

578 Estatuto Disciplinario Policial.

Antitrámites o Decreto 2150 del 5 de diciembre de 1995, no se aplica a los *trámites o procedimientos* contemplados en las referidas *Codificaciones Disciplinarias*.

Pero es necesario aclarar que por mandato del artículo 151 del mismo *Decreto 2150,* cuando se *desconozcan* las obligaciones que la normatividad allí contenida le impone a los servidores públicos, tal comportamento se considerará *falta gravísima, "sancionable conforme a lo dispuesto en el Código Disciplinario Único"*, es decir se impondrá la sanción contemplada en el *artículo 44, numeral 1º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[579], hoy reemplazada y distribuida en los numerales 1º y 2º del artículo 48 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (modificado por el artículo 9º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021) [580]. En ese sentido, *sí se aplica el Estatuto Antitrámites* y forma parte del *catálogo de faltas del Código General Disciplinario*.

Sobre el tema, el doctor Antonio Barrera Carbonell, en su condición de *Presidente de la Corte Constitucional*, en el prólogo que de manera generosa hizo al texto "*Nuevo Régimen Antitrámites*" el cual fue escrito por Marleny Sandoval Rojas, Pedro Alfonso Pabón Parra y Jaime Mejía Ossman, señala:

> *"Una de las causas de corrupción radica en la necesidad que tiene toda actividad económica de contar con procedimientos rápidos y ágiles ante sus gestiones en la administración pública. La imposibilidad de lograr la aprobación de un documento en un tiempo razonable puede resultar en una pérdida económica que se refleja tanto a nivel personal como empresarial. Los colombianos nos hemos acostumbrado a comprar tiempo. Pagar a alguien para que nos tramite algo más rápidamente o se salte la cola. Esto se ha convertido en una forma de hacer negocios* (...) (págs. 9 y 10 de la Gaceta del Congreso N.º 265 del 6 de agosto de 1993).
>
> *La Corte Constitucional, con ponencia del suscrito, mediante la Sentencia C-119/96 declaró exequible el artículo 83 de la Ley 190 de 1995, y avaló la constitucionalidad de las facultades extraordinarias que se otorgaron al Gobierno para expedir el Decreto 2150 en referencia, fundamentalmente, con los siguientes argumentos:*
>
> *'Por lo demás, la propia Constitución contiene diferentes normas destinadas a asegurar la moralidad en las diferentes actuaciones estatales que, a juicio de la Corte, constituyen causa o motivo suficiente para avalar la necesidad y la conveniencia pública en el otorgamiento de las facultades, que se encaminan a que el Gobierno pueda suprimir, regulaciones, trámites y procedimientos innecesarios en la Administración que han contribuido a la corrupción.*

---

579 El artículo 44, numeral 1º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002, disponía: "Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones: 1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima".

580 El artículo 48 de la Ley 1952/2019 y sus numerales 1º y 2º, manifiestan: "Clases y límites de las sanciones disciplinarias (Modificado por el artículo 9º L. 2094/2021). El disciplinable 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 ocho (8) a diez (10) años para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima. ..."

El artículo 84, que es concordante con el 333, inciso 1º, dice que 'cuando un derecho o actividad hayan sido reglamentados de manera general, las autoridades públicas no podrán establecer ni exigir permisos, licencias o requisitos adicionales para su ejercicio'. Este mandato obviamente tiende a asegurar la celeridad, eficiencia y eficacia de la administración en el sentido de que prohíbe a las autoridades la exigencia de requisitos o formalidades innecesarias y se armoniza con el artículo 209, que expresamente consagra la moralidad como un principio que debe ser observado en las actuaciones administrativas, y naturalmente en todas las actuaciones estatales, como lo ha señalado la Corte. Los focos de corrupción necesariamente se vinculan con la exigencia de requisitos, formalidades y trámites innecesarios e inocuos que el legislador no ha previsto, y que más bien obedecen al arbitrio y capricho de los burócratas enquistados en la administración.

... No cabe duda entonces, que las facultades se circunscriben a un ámbito material preciso atinente a conseguir un objetivo o finalidad cual es el de abolir o modificar las regulaciones, procedimientos y trámites 'innecesarios' que existen en la administración; es decir, se busca poner en orden o ajustar el funcionamiento administrativo en lo concerniente a su fase meramente ejecutiva u operacional, en aspectos de orden material o con ninguna o poca incidencia jurídica, eliminando o reformando, en cuanto se juzguen innecesarias, las normas simplemente adjetivas e incluso las prácticas y costumbres administrativas aplicables usualmente en la administración, muchas veces sin respaldo legal, que se han constituido en un obstáculo para la celeridad, eficiencia y eficacia de las actuaciones administrativas y convertido en fuente de corrupción administrativa. Tanto es así, que el mismo texto acusado perentoriamente advierte que no es posible a través del ejercicio de las facultades 'modificar códigos, ni leyes estatutarias u orgánicas'; ello implica que no se puede reformar la estructura ni las normas básicas que gobiernan los procedimientos administrativos regulados en la parte primera del libro primero del Código Contencioso Administrativo, ni los contenidos en otros códigos (las letras inclinadas fuera del texto)".[581]

Celeridad de la actuación disciplinaria. Algunas consideraciones

Este principio hace parte del *debido proceso* consagrado en el *artículo 29 de la Constitución Política*, cuando en su contenido se dice que "toda persona (...) 'tiene derecho' (...); *a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas* (...)" *(las letras inclinadas fuera del texto)*.

Algunas personas confunden este principio con la rapidez y prontitud con que se debe adelantar toda actuación disciplinaria; lo que persigue el principio es preservar que las dilaciones injustificadas no vayan a entorpecer el proceso disciplinario. En muchas oportunidades se tendrá que esperar a que lleguen las pruebas solicitadas oportunamente a otras autoridades y en otras el cúmulo de trabajo, la complejidad de los asuntos, la pluralidad de investigados, etc, no contribuyen a la rapidez y prontitud esperadas, lo que por consiguiente podrá justificar las "dilaciones" procesales, toda vez que conforme con lo señalado en el artículo 11 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[582], el proceso disciplinario tiene como fines la prevalencia de la justicia; la efectividad del derecho

581 Mejía Ossman, Jaime, Sandoval Rojas Marleny y Pabón Parra, Pedro Alfonso. *Nuevo Régimen Antitrámites* -Comentarios, Concordancias y Práctica-. Ediciones Doctrina y Ley, págs. XIV a XVI. Santafé de Bogotá, 1997.

582 Código General Disciplinario.

sustantivo, la búsqueda e la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en el intervienen.

No hay que olvidar que con fundamento en el artículo 4º de la *Ley 270 del 7 de marzo de 1996*[583], los términos procesales *son de obligatorio cumplimiento* por parte de los administradores de justicia, *so pena de incurrir en causal de mala conducta* y es lógico, pues si para los sujetos procesales opera de manera indefectible la *preclusión* de los términos, no puede ser menos predicable para el *Estado,* quien ostenta todos los instrumentos para que se cumplan.

Con relación al referido artículo 4º de la *Ley 270 del 7 de marzo de 1996*, la *Corte Constitucional* en la *Sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996*, con ponencia de Vladimiro Naranjo Mesa, dijo:

> "(...) Como se anotó anteriormente, el derecho fundamental de acceder a la administración de justicia implica necesariamente que el juez resuelva en forma imparcial, efectiva y prudente las diversas situaciones que las personas someten a su conocimiento. Para lograr lo anterior, es requisito indispensable que el juez propugne la vigencia del principio de la seguridad jurídica, es decir, que asuma el compromiso de resolver en forma diligente y oportuna los conflictos a él sometidos dentro de los plazos que define el legislador. Por ello, esta Corporación ha calificado, como parte integrante del derecho al debido proceso y de acceder a la administración de justicia, el 'derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos' (Corte Constitucional. Sentencia Nº T-006/92, citada). Lo anterior, por lo demás, resulta especialmente aplicable para el caso de los procesos penales, pues, como la Corte señaló: 'Ni el procesado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado profiera una sentencia condenatoria o absolutoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad' (Corte Constitucional. Sala de Revisión Nº 7. Sentencia Nº T-450 del 12 de octubre de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero).
>
> A lo anterior, cabe agregar que la labor del juez no puede jamás circunscribirse únicamente a la sola observancia de los términos procesales, dejando de lado el deber esencial de administrar justicia en forma independiente, autónoma e imparcial. Es, pues, en el fallo en el que se plasma en toda su intensidad la pronta y cumplida justicia, como conclusión de todo un proceso, donde el acatamiento de las formas y los términos, así como la celeridad en el desarrollo del litigio judicial permitirán a las partes involucradas, a la sociedad y al Estado tener la certeza de que la justicia se ha administrado debidamente y es fundamento real del Estado social de derecho.
>
> Consecuencia de los argumentos precedentes, fue la consagración en el artículo 228 Superior del deber del juez de observar con diligencia los términos procesales y, principalmente, de sancionar su incumplimiento. Por ello, la norma bajo examen establece que, de darse esta situación, el respectivo funcionario podrá ser sancionado con causal de mala conducta. La Corte se aparta así de las intervenciones que cuestionan este precepto, pues, como se vio, él contiene pleno respaldo constitucional. Sin embargo, debe adver-

583 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

> tirse que la sanción al funcionario judicial que entre en mora respecto del cumplimiento de sus obligaciones procesales es asunto que debe ser analizado con sumo cuidado. En efecto, el responsable de evaluar la situación deberá estimar si dicho funcionario ha actuado en forma negligente o si, por el contrario, su tardanza se encuentra inmersa dentro de alguna de las causales de justificación de responsabilidad, tales como la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa del tercero o cualquier otra circunstancia objetiva y razonable. Asimismo, debe esta Corporación advertir que la función en comento le corresponde asumirla al Consejo Superior de la Judicatura, a los Consejos Seccionales[584] -como se desprende de lo dispuesto en los numerales 3º y 4º del artículo 256 de la Carta Política-, o a los jueces cuando ejercen la potestad disciplinaria respecto de sus subalternos, salvo en lo que atañe a los magistrados que gozan de fuero constitucional especial, caso en el cual esa labor deberá ser realizada por el Congreso de la República, sin perjuicio de la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación, para 'vigilar la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas (...)' (art. 277-6 C.P.)[585] . Para lograr los anteriores cometidos, naturalmente deberán respetarse las prescripciones propias del debido proceso y la posibilidad de ejercer el derecho de defensa para explicar las razones por las cuales se incurrió en mora injustificada en el trámite de los asuntos judiciales.
>
> Finalmente, la Corte encuentra que la obligación contenida en el parágrafo de la disposición bajo estudio, en el sentido de que entren al despacho los memoriales dentro de un lapso no mayor de tres días, contraviene lo dispuesto en el artículo 158 Superior, pues realmente se trata de un mandato que debe hacer parte del respectivo código de procedimiento, es decir, de una ley ordinaria, y no de los asuntos que, según se estableció, corresponden a una ley estatutaria encargada de regular la administración de justicia. En efecto, nótese que el objeto principal del proyecto bajo revisión es el de establecer la estructura y los principios generales que habrán de guiar el funcionamiento de la administración de justicia. Esto significa que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 29 de la Constitución, debe haber para cada juicio, unas formas o procedimientos propios, los cuales en todo caso deben ser determinados por las leyes de carácter ordinario que se expidan y no a través de una ley estatutaria. Así, entonces, se reitera que el parágrafo se refiere a materias que en realidad no se relacionan con el objetivo y los lineamientos que han sido fijados en esta providencia.
>
> Así las cosas, este artículo será declarado exequible, salvo el parágrafo, que será declarado inexequible. (...)".

De la misma manera y con relación a este principio, vale la pena traer a colación lo señalado por la *Corte Constitucional,* cuando al referirse al *cumplimiento de los términos procesales,* ha sido clara, precisa y contundente en afirmar que deben respetarse "(...) incluso en desmedro de la aspiración de que se haga justicia en todas las ocasiones. (...)". *Sentencia C-728 del 21 de junio de 2000 (las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto).*

584 En la actualidad Comisión Nacional de Disciplina Judicial y Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial.

585 Sobre los alcances de la competencia del Congreso y de la Procuraduría General de la Nación para investigar y sancionar disciplinariamente a los magistrados que gozan de fuero constitucional especial, Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Otro de los aspectos a resaltar de la aludida providencia, es "que en aras de la seguridad jurídica, que exige que las situaciones provisorias no persistan indefinidamente, es necesario establecer para ellas un límite temporal, que el legislador debe evaluar, ponderando la necesidad de preservar el interés general implícito en ella, *con el que puede sacrificarse en caso de aparecer, con posterioridad al vencimiento del término preclusivo, pruebas indicativas de que alguien debía ser sancionado por hechos atentatorios a la disciplina*. (...)" *(letras inclinadas fuera del texto).*

Igualmente, la *Corte Constitucional*, mediante *Sentencia C-826 del 13 de noviembre de 2013*, con ponencia de Luis Ernesto Vargas Silva, expresó:

> "(...) 3.2 En cuanto al principio de celeridad, la jurisprudencia de esta Sala ha sostenido que éste implica para los funcionarios públicos el objetivo de otorgar agilidad al cumplimiento de sus tareas, funciones y obligaciones públicas, hasta que logren alcanzar sus deberes básicos con la mayor prontitud, y que de esta manera su gestión se preste oportunamente cubriendo las necesidades y solicitudes de los destinatarios y usuarios, esto es, de la comunidad en general.
>
> Igualmente ha señalado esta Corporación, que este principio tiene su fundamento en el artículo 2º de la Constitución Política, en el cual se señala que las autoridades de la Nación tienen la obligación de proteger la vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades de los ciudadanos, al igual que asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, lo cual encuentra desarrollo en artículo 209 Superior al declarar que la función administrativa está al servicio de los intereses generales entre los que se destaca el de la celeridad en el cumplimiento de las funciones y obligaciones de la administración pública (...)".

13. Motivación

Principio de la motivación. Ubicación y generalidades

Este principio se encuentra redactado en los artículos 19 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[586]; 19 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[587]; 18 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[588]; 54 y 46 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[589]; 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[590]; 60 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[591] y 17 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[592], cuyos textos son del siguiente tenor:

> Artículo 19. Ley 1952/2019. "Motivación. Toda decisión de fondo deberá motivarse".
>
> Artículo 19. Ley 734/02. "Motivación. Toda decisión de fondo deberá motivarse".Artículo 18. Ley 1015/06. "Motivación. Los autos interlocutorios y los fallos proferidos dentro del proceso disciplinario deberán estar debidamente

586 Código General Disciplinario.

587 Código Disciplinario Único.

588 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

589 Código Disciplinario del Abogado.

590 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

591 Código Disciplinario Militar.

592 Estatuto Disciplinario Policial.

motivados, atendiendo los principios de razonabilidad y congruencia".Artículo 54. Ley 1123/2007. "Motivación. Toda decisión de fondo deberá motivarse adecuadamente".

Artículo 46. Ley 1123/2007. "Motivación de la dosificación sancionatoria. Toda sentencia deberá contener una fundamentación completa y explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la sanción".

Artículo 5º .Ley 1828/2017. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:

(...)

m) Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen ético disciplinario de los Congresistas, prevalecerán los principios rectores contenidos en este Código y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000 y Código General del Proceso y la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, siempre que no se contravenga la naturaleza del presente ordenamiento".

Artículo 60. Ley 1862/2017. "Motivación. Los autos interlocutorios y los fallos proferidos dentro del proceso disciplinario deberán estar debidamente motivados, atendiendo los principios de razonabilidad y congruencia".

Artículo 17. Ley 2196/2022. "Motivación. Los autos interlocutorios y los fallos proferidos dentro del proceso disciplinario deberán estar debidamente motivados".

Principio de la motivación. Fundamento Constitucional

El fundamento constitucional se deriva del *principio del reconocimiento de la dignidad humana* que en el artículo 1º de la *Ley de Leyes* se establece con la exigencia de un *trato digno y respetuoso* a las *personas* respecto a las conclusiones monopolísticas del *Estado*, para que a través de lo *detallado y conciso* en que se fundamenten sus *decisiones*, estas puedan ser *controvertirlas o discutirlas* dentro de un *proceso sancionatorio* y así garantizar a sus destinatarios una *defensa adecuada*, en la cual con lo *favorable y desfavorable* que se acerque a la investigación tendrá que edificarse una *decisión justa*. La *explicación* de las decisiones, cualquiera que ella sea, es una *garantía elemental* que el *Estado*, a través de sus *autoridades disciplinarias*, debe *comprometerse a realizar*, precisamente para salvaguardar al máximo el *principio de la dignidad humana y el derecho a la defensa*.

Principio de la motivación. Una aclaración pertinente

Con la *Ley 200 del 28 de julio 28 de 1995*[593], estábamos acostumbrados a la redacción consistente de que "toda decisión que se adopte en el proceso disciplinario se motivará en forma detallada y precisa", lo cual permitía al *indagado, investigado o disciplinado* exigir las *explicaciones* que fundamentaran las *decisiones tomadas*, precisamente para *rebatirlas* y así desarrollar cabalmente la *defensa* dentro de la investigación que se le hubiere iniciado, lo que, ahora, en vigencia de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[594],

593 Primer Código Disciplinario Único.

594 Código General Disciplinario.

únicamente se podrá hacer sobre las decisiones de fondo. En vigencia de la *Ley 836 del 16 de julio de 2003* (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares) se había regresado a la redacción de la disposición contenida en la *Ley 200*, es decir que, en esa época, se debía motivar toda decisión que se adoptara dentro del proceso disciplinario. Algunos tratadistas creen que con la redacción del *artículo 19* de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, al permitirse solamente la motivación de las decisiones de fondo se recortaron *garantías* que fueron conquistadas con el *primer Código Disciplinario Único*[595], lo cual en nuestro parecer, hoy por hoy, no encuentra ninguna razón que lo *justifique*, toda vez que el proceso disciplinario se tornaría inacabable por la atención que se requería para resolver la inmensa cantidad de recursos presentados ante cualquier decisión, así fuera solo de trámite.

Principio de la motivación. Posición Jurisprudencial de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional, *en la Sentencia T-991 del 23 de noviembre de 2012*, con ponencia de María Victoria Calle Correa, señaló:

> "(...) 4. El deber de la administración de motivar los actos administrativos. Reiteración de jurisprudencia
>
> La jurisprudencia constitucional ha resaltado la importancia que tiene para los ciudadanos que la administración motive en debida forma los actos administrativos que expide, ya que constituye una garantía para los destinatarios del mismo en la medida en que pueden conocer las razones en las que se fundan las autoridades públicas al adoptar decisiones que afecten sus intereses generales o particulares.
>
> Así mismo, se ha establecido que esta exigencia tiene su fundamento en los artículos 29 y 209 de la Constitución Política que consagran el derecho al debido proceso y el principio de publicidad en el ejercicio de la función pública respectivamente, así como en el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo que informa sobre el deber de motivación de la administración al adoptar decisiones. En efecto, como parte del derecho al debido proceso administrativo se encuentra la garantía que tiene el afectado con una actuación de la administración de exponer sus argumentos y aportar pruebas que contribuyan para su defensa, así como a impugnar las decisiones que le sean adversas, para lo cual necesita conocer los motivos de un determinado acto administrativo para así poder controvertirlo. Al respecto, en Sentencia T-723 de 2010 sostuvo esta Corporación:
>
> 'En el contexto de un Estado social de derecho el deber de motivar un acto administrativo, incluso cuando se sustenta en una facultad discrecional, es la forma de evitar el degeneramiento de dicha prerrogativa en arbitrariedad y es lo que permite contener los posibles abusos de autoridad, dotando al afectado de herramientas para acceder a la administración de justicia a fin de controvertir el acto y a su vez proveyendo de instrumentos para que los jueces que deben en determinado evento proceder a realizar su control, establezcan si el acto se ajustó o no a lo querido por el ordenamiento jurídico'.
>
> Es por esto que la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la motivación de los actos administrativos es una garantía para el ejercicio del derecho de contradicción y defensa como componente del derecho al debido proceso

595 Ley 200 del 28 de julio de 1995.

> administrativo, por lo que si el acto no se encuentra motivado, el particular estará impedido de ejercer las facultades que emanan de los derechos fundamentales referidos, es decir, el derecho a ser oído, a aportar y controvertir pruebas y a una decisión fundada.
>
> Por lo anterior, la Corte Constitucional ha establecido que la regla general en materia de actos administrativos es que éstos sean motivados, exceptuándose solamente aquellos que por expresa disposición de la norma no requieran motivación, así lo señaló la Sala Plena de esta Corporación en Sentencia C-371 de 1999:
>
> 'Todos los actos administrativos que no sean expresamente excluidos por norma legal deben ser motivados, al menos sumariamente, por lo cual no se entiende que puedan existir actos de tal naturaleza sin motivación alguna. Y, si los hubiere, carecen de validez, según declaración que en cada evento hará la autoridad judicial competente, sin perjuicio de la sanción aplicable al funcionario (...)'.
>
> No obstante, esta Corporación ha considerado que aún en los casos en donde no se requiera motivar un acto administrativo, ello no significa que no deban existir razones suficientes para la expedición del mismo, ya que la ausencia de éstas sería equiparable con el concepto de arbitrariedad en la actuación. En suma, dada la importancia que tiene en un Estado social de derecho el respeto por el debido proceso administrativo, las autoridades públicas están en la obligación de motivar debidamente sus decisiones, a menos que el legislador expresamente autorice la expedición de un acto administrativo sin motivación. (...)".

Principio de la motivación. Posición Jurisprudencial del Consejo de Estado

El Consejo de Estado, Sección Segunda, *mediante Sentencia de octubre de 1994, con ponencia de* Diego Younes Moreno, dijo:

> "(...) cuando la administración cumple con el deber de motivar el acto, está observando también el debido proceso, pues garantiza a quien sufre la sanción, una oportunidad más para contradecir con claridad las imputaciones que se le hacen, en la vía administrativa.
>
> 22. En el presente caso, se observa que en la breve y escasa parte considerativa de la Resolución N.º 663 del 25 de abril de 1988, el Director de la entidad oficial demandada no concretó la falta disciplinaria atribuida al empleado, limitándose a expresar que la investigación se ordenó porque el empleado pudo haber incurrido en 'posibles irregularidades cometidas en ejercicio de sus funciones', y que la Comisión de Personal decidió aplicarle la sanción de destitución, razonamiento que le correspondía hacer al Director, puesto que la Comisión de Personal, apenas está autorizada para conceptuar dentro del proceso disciplinario, pero no para decidir.
>
> De otro parte, observada el acta de Comisión de Personal se encuentra también igual pobreza de argumentación y raciocinio.
>
> En estas condiciones, se impuso la sanción sin motivación que se refiera a la valoración de la falta, de grave, o de leve, y sin que se hubiera realizado el examen del grado de participación del empleado, ni una referencia, por lo menos sucinta, al análisis jurídico de las pruebas allegadas al proceso.

23. De otra parte, interpuesto el recurso de reposición por parte del actor, la entidad pública lo desestimó, porque el recurrente no relacionó las pruebas que pretendía hacer valer, cuando fue el propio jefe del organismo quien dejó de hacer por lo menos una mención del caudal probatorio.

Jaccarino citado por José A. García Trevijano Fos expresa que '... la motivación es un elemento del acto en aquellos casos en los que, por disposición de la ley o por su propia naturaleza, el acto no puede existir ni producir sus efectos sin ella, es, en cambio, un medio de prueba de la legitimidad y oportunidad del acto cuando, no siendo obligatoria, no se prohíbe.

(...)

En realidad, la motivación es la manifestación externa de la causa, motivo y fin, no en el sentido de que sea un puro elemento formal, sino que revela externamente lo que el acto persigue. Esto es importante a efectos de las consecuencias de la infracción'.

Agustín Gordillo por su parte expresa que 'su omisión determina, por regla, la nulidad del acto, aunque a veces se lo ha considerado simplemente anulable por confundirla impropiadamente (sic) con un vicio solamente formal'.

'La falta de motivación —dice— implica no solo vicio de forma sino también y principalmente, vicio de arbitrariedad, que como tal determina normalmente la nulidad del acto'.

(...)

'de la motivación sólo puede prescindirse en los actos tácitos, pues allí no hay siquiera una manifestación de voluntad; salvo ese caso, ella es tan necesaria en los actos escritos como en los actos verbales e incluso en algunos de los actos expresados por signos'.

En la legislación Española, con base en la importancia de la motivación se llegó a establecer que 'todo acuerdo administrativo debía contener necesariamente la relación de los hechos que lo originan y los fundamentos de derecho en que se apoya, tanto para conocimiento de la administración en ulteriores actuaciones y de los mismos interesados para poder formular el correspondiente recurso, como por resultar inmoral e improcedente denegar una solicitud o denegar una propuesta sin alegar razón o justificación alguna', como lo relata el profesor Gustavo Penagos en su obra 'El Acto Administrativo'.

(...)".

Principio de la motivación. Posiciones doctrinarias con relación a la motivación de los actos administrativos

El tratadista William René Parra Gutiérrez al respecto dijo:

"Por regla general el acto administrativo debe ser motivado cuando la Constitución, la ley o el reglamento así lo exijan. También debe ser motivado, aunque expresamente la ley no lo diga, cuando la necesidad administrativa así lo requiera por circunstancias especiales y que adelante se señalarán,

con el objeto de facilitar tanto su control de legalidad como para deducir la responsabilidad del autor del acto.

Necesidad de Motivar el acto sancionatorio.

En nuestro derecho administrativo, el acto mediante el cual se impone una sanción disciplinaria debe ser motivado por disposición legal.

No basta que exista en el proceso disciplinario un motivo que justifique la sanción disciplinaria. Es necesario que sea el funcionario sancionador quien deba expresar en el acto la causa motivante de la sanción, y que ésta sea real, seria, adecuada, suficiente, valorada, y que dicha motivación tenga relación de causalidad entre el hecho, la norma que tipifica la conducta, y la sanción que se aplica. Todos estos procesos descritos deben consignarse en el acto sancionatorio.

La administración está obligada a motivar la sanción que adopta, en desarrollo del debido proceso, pues mediante esta actividad se le permite al administrado el ejercicio de derecho de defensa.

Si el administrado no sabe con exactitud cómo fue valorada su conducta por parte de la administración, cuál fue la norma infringida, cómo se cuantificó la sanción, y si su conducta fue considerada como leve o grave, no puede asistirle un pleno ejercicio para el derecho de defensa, porque carece de la orientación necesaria para impugnar la providencia tanto en la vía administrativa como en la vía jurisdiccional.

Como la responsabilidad disciplinaria es la consecuencia directa de la comisión de una falta disciplinaria, exenta de causales de justificación de la conducta (*hoy de exclusión de responsabilidad*), ella debe ser descrita y atribuida a su autor en el acto administrativo mediante el cual se imponga la sanción.

En este mismo acto sancionatorio debe calificarse y valorarse la conducta, señalando la modalidad en que se cometió la falta disciplinaria, es decir, se debe señalar si el funcionario actuó a título de autor o de partícipe, los factores agravantes o atenuantes de la conducta, en virtud de que estos factores constituyen presupuestos básicos para la determinación de la responsabilidad y la consiguiente dosificación de la sanción a imponer.

Igualmente, la falta disciplinaria que se sanciona debe haberse atribuido en el pliego de cargos, so pena de que, si se sanciona una nueva falta, se le impida al infractor ejercer el derecho de defensa.

La precisión de todos estos factores en el acto administrativo sancionatorio constituye la verdadera motivación jurídica que exige la ley. No basta que quien impone la sanción para justificarla, se refiera en el acto a lo dicho por la Comisión de Personal, u otro organismo o funcionario asesor o instructor. Es el empleado competente para sancionar quien debe valorar, calificar, determinar y en general actuar como un verdadero administrador público, asumiendo la función en la toma de la decisión.

(...)

Por consiguiente, se concluye que la motivación es una actividad administrativa necesaria y referida a la causa jurídica para decidir con base en los hechos reales y ciertos aportados al proceso.

> Es tan evidente la necesidad de motivar un acto, y la obligación que tiene la administración de expresarlos, que su ausencia conlleva a la anulación del acto por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
>
> (...)"[596].

El tratadista Germán Pabón Gómez sobre el principio de la *motivación* dice:

> "(...), el principio de motivación, que otrora fuese recogido singularmente en la Carta Política de 1886 en su art. 163, y referido a la imperatividad de la motivación de la sentencia; en la actualidad, se halla recogido en tres normativas a saber: en el artículo 13, inciso 2º del C. de P.P., en el que se estatuye que: 'el funcionario deberá motivar, incluso cuando se provea por decisión de sustanciación, las medidas que afecten derechos fundamentales de los sujetos procesales'; en el art. 232 del C. de P.P.; normativa esta, en la que consideramos, coexisten trenzadamente, el principio de motivación; el principio de necesidad de la prueba; y el principio de legalidad de la prueba, y la que en su texto impera, que: 'Toda providencia debe fundarse, en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación; y en el art. 238 ejúsdem, el que si bien es cierto en su intitulación habla es de la apreciación de las pruebas, también lo es, que en su inciso segundo, establece que: 'el funcionario judicial expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba'.
>
> En este orden de ideas, decisión que no se encuentre debidamente motivada dentro del trámite de la actuación disciplinaria (indagación preliminar o investigación disciplinaria), se entiende por irregular, la cual puede ser objeto de recursos por parte del perjudicado o de nulidades por afectar sustancialmente el derecho de defensa o debido proceso, de conformidad con el artículo 143 numerales 2 y 3 de la Ley 734 de 2002[597]-".[598]

Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta, en relación con el principio de la *motivación,* expresaron:

> "Predica el artículo 19 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, que las decisiones que generen alguna situación que afecte a los sujetos procesales, demandan de la autoridad disciplinaria estar soportadas en una argumentación que surja de lo corroborado fáctica y probatoriamente dentro de la actuación.
>
> (...)
>
> Respecto de esta garantía ha de tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 117 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019,* en el que se reitera que las decisiones interlocutorias y los fallos deberán motivarse.
>
> En igual sentido, hace parte de este principio rector, lo consignado en el artículo 147 del C.G.D. en el entendido que la motivación, más que constituirse en un ejercicio retórico y de trascripciones de jurisprudencia y doctrina, debe surgir del análisis y valoración que se hace del material probatorio allegado al plenario disciplinario"[599].

---

596 Parra Gutiérrez, William René, Ob. cit., págs. 137 a 140.

597 Numerales 2º y 3º del artículo 202 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario).

598 Pabón Gómez, Germán. *De la Casación y la Revisión Penal.* Segunda edición. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá D.C., 2003, pág. 695.

599 Tomado de: Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Principios Rectores de la Ley Disciplinaria-* Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 1. Bogotá D.C., 2023, págs. 59 y 61.

14. Interpretación de la ley disciplinaria

Principio de la interpretación de la ley disciplinaria. Ubicación y generalidades

Este principio se encuentra redactado en los artículos 11 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[600]; 20 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[601]; 5º de la derogada *Ley 1015 de febrero 7 de 2006*[602]; 15 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[603]; 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[604]; 63 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[605] y 22 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[606].

Las *Codificaciones Disciplinarias* citadas, con relación al principio objeto de estudio, manifestaban:

> Artículo 11. Ley 1952/2019. "Fines del proceso disciplinario. Las finalidades del proceso son la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen".
>
> Artículo 20. Ley 734/02. "Interpretación de la ley disciplinaria. En la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen".
>
> Artículo 5º. Ley 1015/2006. "Debido proceso. El personal destinatario de este régimen será investigado conforme a las leyes preexistentes a la falta disciplinaria que se le endilga, ante funcionario con atribuciones disciplinarias previamente establecido y observando las garantías contempladas en la Constitución Política y en el procedimiento señalado en la ley. La finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen".
>
> Artículo 15. Ley 1123/2007. "Interpretación. En la interpretación y aplicación del presente código el funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen".
>
> Artículo 5º. Ley 1828/2017. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:

600 Código General Disciplinario.

601 Código Disciplinario Único.

602 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

603 Código Disciplinario del Abogado.

604 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

605 Código Disciplinario Militar.

606 Estatuto Disciplinario Policial.

> m) Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen ético disciplinario de los Congresistas, prevalecerán los principios rectores contenidos en este Código y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000 y Código General del Proceso y la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, siempre que no se contravenga la naturaleza del presente ordenamiento".
>
> Artículo 63. Ley 1862/2017. "Interpretación de la ley disciplinaria. En la interpretación y aplicación de este código el funcionario competente tendrá en cuenta que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen".
>
> Artículo 22. Ley 2196/2022. "Fines del proceso disciplinario. Las finalidades del proceso son el cumplimiento.de los fines del Estado, la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustancial, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías de las personas que en él intervienen".

La normas contenidas en las diferentes *Codificaciones Disciplinarias* indican que el *principio de la interpretación de la ley disciplinaria* o los *fines del proceso disciplinario* se extienden tanto a la *ley sustantiva* como a la *ley procesal*. Igualmente, sus disposiciones se dirigen a concretar "*que la finalidad del proceso es la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidos a las personas que en él intervienen*", lo cual tiene mayor *profundidad*, *especificidad* y *connotación*, tanto para el *Estado* que lo direcciona, como para "*las personas que en él intervienen"*, pues lo reseñado en el artículo 13 de la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*[607], era muy *escueto* y *concreto*, ya que el *disciplinador*, además de tener en cuenta la *prevalencia de los principios rectores*, debía contemplar "*que la finalidad del procedimiento era el logro de los fines y funciones del Estado y el cumplimiento de las garantías debidas a las personas que en él intervienen*", sin que la *prevalencia de la justicia*, la *efectividad del derecho sustantivo* y la *búsqueda de la verdad material* estuvieran expresamente incluidos en el concepto de *fines y funciones del Estado* que el *funcionario competente debía perseguir*.

En la derogada *Ley 200 del 28 de julio de 1995,* la *ley disciplinaria* estaba vinculada al *Derecho Administrativo*, la cual encontraba como *finalidades específicas,* por un lado, el soporte *garantista* ante la sociedad de que la actividad estatal se realiza en su *propio beneficio* como una indiscutible obligación y tarea de la organización política; de otro lado, la garantía que el ejercicio de la *administración pública* se debía regir por los principios de *objetividad, imparcialidad, idoneidad, eficiencia, eficacia y transparencia*, dentro de los marcos jurídicos de jurisdicción y competencia; y finalmente, que su aplicación y ejercicio debía tener como *última ratio* la *protección de los gobernados* en su *vida, honra, bienes, libertades* y el *deber* de cumplir con los *servicios públicos* y las *obligaciones* sociales del *Estado* y de los particulares.

Del anterior principio resultaba, inobjetablemente, el *sometimiento a la ley disciplinaria* de las personas vinculadas al *Estado* en el despliegue de su *actuar funcional* y en el

607 Primer Código Disciplinario Único.

de la trasgresión a normas que diferían del *ejercicio de su cargo o función* y que se circunscribían dentro de un *régimen jurídico de faltas y de sanciones*, por incumplimiento a las *funciones,* a los *deberes*, a los *derechos*, a las *prohibiciones*, a las *inhabilidades*, a las *incompatibilidades*, a los *impedimentos* y a los *conflictos de intereses*, con aplicación de regulaciones *procedimentales* ordinarias o especiales. Del desarrollo de esa *potestad* surge la llamada *responsabilidad disciplinaria*, la cual evita la distorsión, el debilitamiento y la inoperancia de las *finalidades estatales enunciadas* y que además sirvían de *prevención* y de *garantía* a la excelente prestación del servicio público. Con la aprobación del artículo 11 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[608] se continúa manteniendo la *finalidad del proceso disciplinario* y gramaticalmente desaparecen las expresiones "en la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria el funcionario debe tener en cuenta", lo cual no le quita nada a la *interpretación y aplicación* del nuevo artículo, toda vez que para buscar la prevalencia de la justicia, la efectividad del derecho sustantivo, la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías debidas a las personas que en él intervinenen (...), esos *mandatos* deben, necesariamente, "interpretarse y aplicarse" dentro de la *Ley Disciplinaria*.

Principio de la interpretación de la ley disciplinaria. Interpretación de la ley procesal disciplinaria

El *Estado* por medio de la *investigación disciplinaria*, debe *tutelar y salvaguardar* el *ordenamiento jurídico positivo* que regula el recto desarrollo de las funciones públicas, procurando además la protección de la *libertad y dignidad* de la persona investigada. Estas condiciones de connotado sabor constitucional constituyen principios orientadores inequívocos para la *interpretación y aplicación de la ley procesal*, por lo cual, cuando se presenten dificultades en su *interpretación*, las mismas se deben salvar de acuerdo a los valores *teleológicamente* protegidos por la normatividad desde un punto de vista sistemático, sin descuidar que el principio de la *finalidad de la norma* se dirige a la satisfacción del *valor de la justicia y al respeto de la libertad* y los intereses del indagado, investigado o disciplinado y los de la sociedad.

Por las razones precedentes, la *autoridad disciplinaria* está *obligada* a *interpretar* la normatividad disciplinaria de una manera *lógica, armoniosa, seria, objetiva y organizada* de acuerdo con los *principios rectores* no sólo de la ley que los contiene sino de la *Ley Constitucional*, de las *Leyes Penales* y de la *Ley Administrativa o Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, a los que también se remite, pues de ellos *nacen* y los mismos le *imponen* su cabal cumplimiento en procura de la *defensa* de los *derechos y valores* tanto de la sociedad, del *Estado,* como de la *persona* a quien se dirige. La *ley procesal* será entonces garantista de los *valores jurídicos,* de la *eficacia* de la *administración pública*, de la *protección* de los intereses de los asociados y de la misma seguridad que reclaman las instituciones gubernamentales. Una *ley injusta* deberá, por consiguiente, ser desconocida por el *competente disciplinante* con soporte en los *principios* y *valores* contemplados en nuestra *Constitución Política* (excepción de inconstitucionalidad) que defiende, por encima de todo, el *respeto* por la *dignidad humana*.

608 Código General Disciplinario.

15. Principio de la cosa juzgada disciplinaria

Principio de la cosa juzgada. Ubicación y generalidades

Este principio se encuentra redactado en los artículos 16 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[609]; 11 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[610]; 9º de la derogada *Ley 1015 de febrero 7 de 2006*[611]; 9º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[612]; 5º (l) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[613]; 64 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[614] y 20 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[615] y tiene su origen en el inciso 4º, parte final, del artículo 29 de la *Constitución Política, el cual anuncia:*

> "(...) Quien sea sindicado tiene derecho a... no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (...)".

Las disposiciones que contienen este principio, textualmente, anotan:

> Artículo 16. Ley 1952/2019. "Cosa juzgada disciplinaria. El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante de naturaleza disciplinaria, proferidos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta.
>
> Lo anterior sin perjuicio de la revocatoria directa establecida en la ley".
>
> Artículo 11. Ley 734/2002. "Ejecutoriedad. El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferidos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta.
>
> Lo anterior sin perjuicio de la revocatoria directa establecida en el Capítulo IV del Título V del Libro IV de este Código".
>
> Artículo 9º. Ley 1015/2006. "Ejecutoriedad. El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido, mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferidos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinario por la misma conducta, aun cuando a esta se le dé una denominación distinta.
>
> Lo anterior sin perjuicio de la revocatoria directa establecida en la ley".

609 Código General Disciplinario.

610 Código Disciplinario Único.

611 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

612 Código Disciplinario del Abogado.

613 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

614 Código Disciplinario Militar.

615 Estatuto Disciplinario Policial.

> Artículo 9°. Ley 1123/2007. "Non bis in ídem. Los destinatarios del presente código cuya situación se haya resuelto mediante sentencia ejecutoriada o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferidas por autoridad competente, no serán sometidos a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta.
>
> Artículo 5º. Ley 1828/2017. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:
>
> (...)
>
> l) Ejecutoriedad. El Congresista Investigado, cuya situación se haya resuelto mediante decisión vinculante, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento por el mismo hecho en virtud del Código de Ética y Disciplinario del Congresista, aun cuando a este se le dé una denominación distinta".
>
> Artículo 64. Ley 1862/2017. "Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación de este código prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario y lo dispuesto en los códigosIContencioso Administrativo, Penal, Penal Militar, de Procedimiento Penal, del Código General del Proceso y del Código General Disciplinario, en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario militar".
>
> Artículo 20. Ley 2196/2022. "Cosa juzgada disciplinaria. El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferido por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinario por los mismos hechos, aun cuando a esta se le dé denominación distinta.Lo anterior sin perjuicio a la Revocatoria Directa establecida en la Ley".

La nueva disposición trae el término "*ejecutoriedad*" con el cual se reemplaza el principio de la "*cosa juzgada*"[616], el cual resultó ser *novedoso* dentro del *Derecho Sancionatorio*. Sería muy importante que el mismo guardara relación con los estatutos punitivos, los cuales prefieren el término de "cosa juzgada" o "non bis in idem", pues el término "ejecutoriedad", si bien sirve para afianzar la "pretendida autonomía del derecho

616 El *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* de Manuel Ossorio, producido por la Editorial Heliasta de Buenos Aires (Argentina) en el año de 1996, edición 23, página 251, anota: "Cosa Juzgada: Autoridad y eficacia que adquiere la sentencia judicial que pone fin a un litigio y que no es susceptible de impugnación, por no darse contra ella ningún recurso o por no haber sido impugnada a tiempo convirtiéndola en firme. Es característico en la cosa juzgada que sea inmutable e irreversible en otro procedimiento judicial posterior".

El *Diccionario Jurídico Ajustado a la Legislación Colombiana* de Jaime Sierra García, elaborado por la Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., de la ciudad de Medellín en el año de 1996, edición 1ª, página 59, dice: "Cosa Juzgada: Se da este nombre 'a toda cuestión que ha sido resuelta en juicio contradictorio por sentencia firme de los tribunales de justicia'. Manresa. En virtud de este principio a una persona que se le haya resuelto en juicio una situación jurídica, no puede cambiarse las normas de juego y juzgarse en otro juicio. De ahí sale el principio *'non bis in idem'*. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho. 'Situación según la cual una persona juzgada definitivamente por una infracción penal no puede ya constituir objeto de persecuciones por esa misma infracción, ni aún siquiera bajo una calificación diferente'.

disciplinario", no lo diferencia del principio de la Cosa juzgada, ya que este último incluye el principio del non bis in idem, que no aparece contenido dentro del término de ejecutoriedad.

Por lo demás, el principio de *ejecutoriedad,* le brindaba un mayor alcance al principio de la *cosa juzgada*, tal como se llamaba en el artículo 11 de la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*, el cual simplemente *se limitaba* a señalar que "*Nadie podrá ser investigado* más de una vez por una misma acción u omisión constitutiva de falta disciplinaria, *aún cuando a ésta se le de una denominación diferente*", lo cual no era suficiente y claro para enmarcar el principio en el contexto de "fallo ejecutoriado" o "decisión que tenga la misma fuerza vinculante".

Principio de la cosa juzgada. Excepción

También es importante advertir que la nueva disposición, contenida en el artículo 16 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[617], indica que el principio rector de la "cosa juzgada disciplinaria" sufre la *excepción* relacionada con la revocatoria directa establecida en la ley, cuándo a pesar de estar ejecutoriado el fallo o la decisión que tiene la misma fuerza legal, debe revocarse por infracción manifiesta de las normas constitucionales, legales o reglamentarias o por vulneración o amenaza manifiesta de los derechos fundamentales, de conformidad con lo señalado en los artículos 141 y siguientes de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[618] *o 122 y siguientes* de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[619] (normativa aplicable a los destinatarios de las Leyes 2196 del 18 de enero de 2022[620], 1015 del 7 de febrero de 2006[621], 1828 del 23 de enero de 2017[622] y 1862 del 4 de agosto de 2017[623]).

Principio de cosa juzgada y el principio del non bis in ídem

No podemos perder de vista que el *principio del non bis in ídem* (derecho a *no ser investigado dos veces por el mismo hecho*), que tendrá que considerarse dentro del "*principio de la cosa juzgada*", se condiciona a la prohibición de realizar más de una investigación, por el mismo hecho, dentro de un mismo régimen jurídico. Es decir que el indagado, investigado o disciplinado *no puede ser objeto de un nuevo proceso por la conducta o las conductas que están siendo investigadas* y cuyas decisiones aún no se han concretado en fallo o providencia de efectos similares. Por ello, el principio *non bis in ídem* recoge la exigencia constitucional relacionada con el *derecho que tiene el destinatario de la ley disciplinaria a no ser investigado dos veces por el mismo hecho,* mientras que el principio de la *cosa juzgada*, al cual se refiere de manera clara y expresa el *artículo 29 de la Carta*

617 Código General Disciplinario.

618 Código General Disciplinario.

619 Código Disciplinario Único.

620 Estatuto Disciplinario Policial, por mandato de los artículos 27 y 82.

621 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, por mandato de los artículos 20 y 58.

622 Código de Ética y Disciplinario del Congresista, por mandato del artículo 5 (m).

623 Código Disciplinario Militar, que a pesar de regular su trámite en los artículos 173 y siguientes, el artículo 142 del Código General Disciplinario le indica, que "el Procurador General de la Nación será la única autoridad competente que podrá revocar los fallos sancionatorios, los autos de archivo y el fallo absolutorio", disposición que entró en vigencia en forma posterior al Código Disciplinario Militar.

Política, recoge la *garantía de seguridad jurídica* que el *Estado* ofrece a sus asociados frente a la imposibilidad de investigación por *hechos ya juzgados*.

De lo anterior se concluye que el *principio del non bis in ídem* es un derivado del principio de *legalidad*, el cual extracta su connotación real del principio de la *cosa juzgada*, a partir del instante en que se finiquita el proceso mediante fallo o por acto administrativo que tenga la misma fuerza vinculante, momento en que *nace* la obligatoriedad por parte del *Estado* de abstenerse de someter a un *nuevo proceso* al disciplinado por la misma conducta investigada.

Por ello la expresión constitucional "*a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho*", se refiere a aquella *conducta humana y voluntaria*–positiva o negativa, de acción u omisión – que fue objeto de investigación o de juzgamiento y que la *Constitución* o la ley previó como falta disciplinaria, con identidad de acción, de sujeto y de imputación normativa. La decisión que da por *terminada la investigación disciplinaria*, por virtud de este principio rector, es *inmutable, intocable y definitiva*, toda vez que el principio de la *"cosa juzgada" o del superado principio de la "ejecutoriedad"* son garantes de los derechos del investigado y de la certidumbre jurídica al ejercicio de la *potestad* y de la *acción disciplinaria* del *Estado*. Por tanto, una vez *ejecutoriada* o en *firme* o declarada *definitiva* la decisión sancionatoria, el titular de la *potestad* y de la *acción disciplinaria* queda vinculado jurídicamente con los resultados finales de la misma, así lo absuelvan, lo sancionen o le archiven definitivamente la investigación.

De acuerdo con las consideraciones precedentes, la "cosa juzgada" o "ejecutoriedad", no es un requisito *sine qua non* para requerir la aplicación del *principio non bis in ídem*[624]. Si se analiza el artículo 29, inciso 4º de la *Constitución Política*, se observa como éste condiciona el principio *de la cosa juzgada* a no ser *"juzgado" dos veces por el mismo hecho*, mientras que el artículo 16 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[625] y el artículo 11 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero 5 2002*[626], lo condiciona a *"ser investigado"* más de una vez; el artículo 19 del de la derogada *Ley 600 del 24 de julio de 2000* a la situación procesal que *"haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante"*; el artículo 8º de la *Ley 599 del 24 de julio de 2000* a no poderse *"imputar más de una vez la misma conducta punible"* y el artículo 21 de la *Ley 906 del 31*

624 Para los efectos académicos y de acuerdo con las definiciones de los principios de "cosa juzgada"o "ejecutoriedad" y "non bis in ídem", es importante examinar la connotación jurídica de cada uno de los términos, así:

En la *cosa juzgada*, existe decisión de fondo;

En el *non bis in ídem*, no existe decisión de fondo;

En la *cosa juzgada*, se finiquita la investigación con terminación del proceso disciplinario, archivo, sanción o absolución;

En el *non bis in ídem*, existen dos procesos en curso sobre los mismos hechos;

En la *cosa juzgada*, existe noción sobre la imputación fáctica y jurídica (se cambia la denominación en otro proceso);

En el *non bis in ídem*, igual que la anterior, pero en los dos procesos la imputación jurídica es diferente.

Pese a lo anterior, es claro que el principio del *non bis in ídem*, opera cuando se impulsan dos o más procesos o indagaciones preliminares por los mismos hechos contra la misma persona y por la misma causa, sin que interesen si la autoridad disciplinaria es la misma o distinta, o pertenezca al control interno o externo. En estos eventos, lo procedente es *anexar, agregar, reunir, o suspender otras actuaciones* (como cuando no se reúnen los requisitos para acumular).

625 Código General Disciplinario.

626 Código Disciplinario Único.

de agosto de 2004 a cuya "situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante"[627], donde se concluye que la *ley disciplinaria* garantiza el principio *non bis in ídem* desde la *indagación preliminar o la apertura de la investigación*, esto es, que el *indagado, investigado o disciplinado* no puede ser objeto de varias *investigaciones* por los *mismos hechos*.

La conclusión anterior tiene su fundamento en la aplicación de los principios rectores de la *Carta Política*, del *Código de Procedimiento Penal* y del *Código Penal* para la interpretación del *régimen disciplinario*, ya que por esta vía se extiende el principio *non bis in ídem* a que el *indagado, investigado o disciplinado* no puede ser *"investigado" dos veces por el mismo hecho*, con lo cual el *Estado* pierde la potestad *investigadora y no puede iniciar por los mismos hechos otra investigación disciplinaria*. Igualmente, el *disciplinado* no puede ser *"juzgado"* dos veces por la misma conducta, es decir que una vez la administración haya impuesto una sanción disciplinaria y que la misma se encuentre en *firme* o *ejecutoriada*, ella hace tránsito a *cosa juzgada* con lo cuál el *Estado pierde la potestad sancionatoria* y le resulta prohibido el nuevo juzgamiento[628].

Principio de la cosa juzgada y el juzgamiento por regímenes jurídicos diferentes

Finalmente debe advertirse que es absolutamente *legal y procedente* que los destinatarios de la ley disciplinaria sean investigados y juzgados por regímenes jurídicos diferentes, dado que el inciso último del artículo 2º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019 o 3º del artículo 2º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, determina que *"La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta"* y de ello no puede sustraerse el *Derecho Penal, el Derecho Electoral* y cualquiera otro de naturaleza sancionatoria. El anterior planteamiento de orden legal, fue corroborado por la honorable *Corte Constitucional* mediante *Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996*, la cual declaró *exequible* el *inciso 2º del artículo 2º del reemplazado primer Código Disciplinario Único (Ley 200 del 28 de julio de 1995)*, para concluir que el principio de "cosa juzgada" o de "ejecutoriedad", se aplica *únicamente dentro del mismo régimen disciplinario* y no con relación a los demás regímenes sancionatorios[629]. Con relación a lo anotado en precedencia, la *Corte Constitucional* en *Sentencia C-554 del 30 de mayo de 2001*, con po-

---

627 En esta disposición del nuevo Código de Procedimiento Penal, además, se advierte:

"(...) salvo que la decisión haya sido obtenida mediante fraude o violencia, o en casos de violaciones a los derechos humanos o infracciones graves al Derecho Internacional Humanitario, que se establezcan mediante decisión de una instancia internacional de supervisión y control de derechos humanos, respecto de la cual el Estado colombiano ha aceptado formalmente la competencia".

628 La Corte Constitucional en Sentencia C-551 del 30 de mayo de 2001, con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, sobre el particular expresó:

"(...) Del principio de la 'cosa juzgada' se deriva el principio del *non bis in ídem*, por virtud del cual se sostiene que 'nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho'.

Y contra este principio se puede atentar porque dentro de un mismo proceso se descomponga la conducta punible en sus diferentes elementos típicos, en orden a hacer más gravosa la situación del reo, juzgándolo 'varias veces' por el mismo hecho; como porque pretenda ser adelantados dos procesos, en contra de una misma persona, en relación con una misma conducta, para juzgarlo así varias veces por el mismo hecho. (...)".

629 William René Parra Gutiérrez, en su obra *Derecho Administrativo Disciplinario*, primera edición, páginas 58 y 59, Editorial Ediciones Librería del Profesional, Bogotá D.C., 1995, señaló: "En cuanto al principio non bis in ídem, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, según el cual, nadie puede sr juzgado dos veces por el mismo hecho, dentro del mismo régimen jurídico, aunque sí podrá ser procesada y sancionada en vía de ejemplo por un mismo hecho en el derecho penal- un

nencia de Clara Inés Vargas Hernández, elaboró la jurisprudencia que a continuación se expone, la cual se encuentra contenida en el siguiente título, así:

> "(…) 3. Principio de la cosa juzgada y alcance del non bis in idem. Su relación con la cosa juzgada. Relatividad del principio".
>
> 3.1. Conforme a lo dispuesto en al canon 29 de la Ley Fundamental, quien sea sindicado tiene derecho, entre otras garantías, 'a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho', prohibición que implica la interdicción para las autoridades competentes de aplicar doble sanción por unos mismos hechos en los casos en que adviertan identidad de sujetos, circunstancias fácticas y fundamentos.
>
> 3.2. La consagración constitucional de este instituto es consecuente con la concepción del derecho punitivo de acto o de hecho y con el principio de la antijuridicidad material, lo cual significa, en la práctica, que la prohibición de una doble sanción no depende del rito procesal de la cosa juzgada, sino del concepto de imputación fáctica, es decir, de la conducta punible independientemente de su denominación jurídica.3.3. El non bis in idem se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético–disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas) (las negrillas fuera del texto).3.4. La prohibición del non bis in idem no acarrea la imposibilidad de que unos mismos hechos sean

---

régimen jurídico -, y procesada disciplinariamente y destituida del cargo público, pero dentro de otro régimen jurídico.

El principio comentado lo que pretende es que no se apliquen las normas correctivas de un mismo régimen jurídico dos veces por ese mismo hecho, como por ejemplo como antes se dijo, que ante el derecho penal se sancione a una persona dos veces por el mismo hecho punible (hoy conducta punible), o se multe al empleado oficial por la misma falta disciplinaria dos veces.

Pero se repite, si es posible que, por un mismo hecho, se le sancione doblemente bajo regímenes jurídicos diferentes.

El Consejo de Estado, con ponencia de la Consejera Clara Forero de Castro, expediente 4924, mediante Sentencia del 5 de junio de 1990, dijo lo siguiente:

'*En cuanto al argumento relativo a la incompetencia de la Procuraduría dirá la Sala lo siguiente: aún tratándose de los mismos hechos, una investigación penal no impide el adelantamiento del proceso disciplinario, pues que de tales hechos pueden derivarse sanciones penales y disciplinarias. La justicia penal establecerá si se configura o no el delito e impondrá la sanción penal, en tanto que la Procuraduría General de la Nación, resolverá acerca de las faltas disciplinarias y su correctivo. Siendo la propia Constitución la que atribuye esta facultad a la Procuraduría, lo la puede perder por circunstancia alguna*'".

El argumento de que los destinatarios de la ley disciplinaria **no podían ser juzgados dos veces por el mismo hecho, dentro del mismo régimen jurídico**, quedó completamente debatido, cuando la *Corte Constitucional* en decisión de *Tutela 544 del 28 de mayo de 2004*, siendo accionante el Padre Bernardo Hoyos Montoya, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, manifestó:

"(…)

Por lo anterior, la Sala considera que no es válido sostener que el mero hecho de promover una acción de pérdida de investidura de un congresista ante el Consejo de Estado, invocando una inhabilidad que no hace parte de las causales de pérdida de investidura, impida a la autoridad competente, en este caso al Procurador General de la Nación, adelantar la investigación disciplinaria para determinar las consecuencias que se desprendan por la violación de las inhabilidades para desempeñar funciones públicas que pesaba sobre el congresista en el momento de su posesión. (…)".

castigados por autoridades de distinto orden; tampoco que esos hechos sean apreciados desde perspectivas distintas vgr. como ilícito penal y como infracción administrativa o disciplinaria. Pero sí conlleva que autoridades del mismo orden y mediante procedimientos diversos sancionen repetidamente la misma conducta, como quiera se produciría una inadmisible reiteración del ius puniendi del Estado, y de contera, un flagrante atentado contra la presunción de inocencia (las negrillas fuera del texto).

En efecto, es posible que un mismo hecho pueda ser objeto de investigación y punición en forma independiente por parte de autoridades diferentes, puesto que la potestad sancionadora del Estado que se despliega en esos campos obedece a la necesidad de proteger bienes jurídicos de distinta naturaleza. Así, mientras la prohibición legal de la conducta delictiva tiene por objetivo la defensa de la sociedad, la falta disciplinaria persigue proteger el desempeño diligente y eficiente de la función pública; igualmente, mientras que las sanciones penales persiguen reprimir el reato, principalmente a través de medidas que comportan la privación de la libertad física, con la finalidad de obtener la reinserción del delincuente a la vida social, las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio oficial mediante llamados de atención, suspensiones o separación del cargo, todo lo cual le otorga al acto sancionatorio un carácter independiente. Por esta razón se admite que la sanción disciplinaria se imponga sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron (las negrillas fuera del texto).

3.5. No obstante, de antaño se viene cuestionando la aplicación del principio del non bis in idem en relación con regímenes jurídicos de diversa naturaleza, en la perspectiva de un derecho sancionatorio que comprende autoridades de distinto orden y con diferentes procedimientos, pero inspirados en un solo ius puniendi estatal. Los defensores de esta postura sostienen que todas las infracciones merecedoras de reproche comparten la misma naturaleza punitiva, no obstante provenir de autoridades distintas, dada la indivisibilidad de la conducta punible. Por tal razón, rechazan por inconstitucional el doble enjuiciamiento de los mismos hechos en la acción disciplinaria y penal (las negrillas fuera del texto).3.6. Aún cuando la jurisprudencia constitucional ha refrendado la validez del juzgamiento realizado por distintas autoridades respecto de unos mismos hechos, lo cierto es que el non bis in idem como principio fundamental está inmerso en la garantía constitucional de la legalidad de los delitos y de las sanciones (nullun crimen nulla poena sine lege), puesto que su efectividad está ligada a la previa existencia de preceptos jurídicos de rango legal que determinen con certeza los comportamientos punibles. De esta forma, dicho postulado se constituye en un límite al ejercicio desproporcionado e irrazonable de la potestad sancionadora del Estado.

3.7. En el campo del derecho penal el principio del non bis in idem se encuentra amparado bajo la fórmula procesal de la cosa juzgada, en los términos del artículo 19 de la Ley 600 de 2000 (Código de Procedimiento Penal):

"La persona cuya situación jurídica haya sido definida por sentencia ejecutoriada o providencia que tenga la misma fuerza vinculante, no será sometida

a una nueva actuación por la misma conducta, aunque a ésta se le dé una denominación jurídica distinta".

La Corte ha reconocido la estrecha relación del principio del non bis in idem con el de la cosa juzgada, al considerar que "la prohibición que se deriva del principio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial, equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de 'someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente de si fue condenada o absuelta', que se erige en el impedimento fundamental que a jueces y funcionarios con capacidad punitiva impone el principio de non bis in idem" (las negrillas fuera del texto).3.8. Objetivamente, la cosa juzgada se extiende sólo a los sucesos que son materia de investigación y juzgamiento, sin reparar en la calificación jurídica que se haga de la conducta investigada, ya que lo que importa son los hechos como objeto de acusación y posterior juicio. Por ello, el nomen iuris del reato que ha sido investigado y sancionado no acarrea per se la imposibilidad de una nueva investigación. Y subjetivamente, la res iudicata solo opera frente a los sujetos sindicados, acusados y juzgados.3.9. La vigencia del principio del non bis in idem supone la inmutabilidad e irrevocabilidad de la cosa juzgada. Empero, esto no significa de modo alguno que este postulado tenga carácter absoluto, puesto que la efectividad de los valores superiores de la justicia material y de la seguridad jurídica hacen necesaria la existencia de excepciones a la cosa juzgada.Tal es el caso del artículo 17 del nuevo Código Penal, que dispone que no tendrán el valor de cosa juzgada ante la ley colombiana las sentencias que se pronuncien en el extranjero, respecto de los eventos a que se refieren los artículos 15 y 16 numerales 1 y 2, a saber:(...)

3.10. Así pues, resulta claro que el principio constitucional del non bis in idem no tiene carácter absoluto, puesto que desde la perspectiva del derecho interno existen motivos de orden superior que justifican su atenuación, cuando se trata de defender intereses de inapreciable valor para la sociedad como son los relacionados con la soberanía nacional, la existencia y la seguridad del Estado, en cuya promoción está comprometido el mismo Estado. (...)".

16. Culpabilidad

Principio de culpabilidad. Ubicación y generalidades

Este principio se encuentra redactado en los los artículos 10, 28 y 29 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[630];13 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[631]; 11 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[632]; 5º y 21 de la *Ley 1123 del 22 de enero de*

630 Código General Disciplinario.

631 Código Disciplinario Único.

632 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

2007[633]; 10 (p) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[634]; 53 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[635] y 18 y 50 parágrafos 1º y 2º de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[636].

El principio de *culpabilidad* se encuentra detallado en las diferentes *Codificaciones Disciplinarias,* de la siguiente manera:

> *Artículo 10. Ley 1952/2019. 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.
>
> *Artículo 28. Ley 1952/2019*. "*Dolo*. La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización"[637].
>
> *Artículo 29. Ley 1952/2019*. "*Culpa (Modificado por el artículo 4º L. 2094/21. El nuevo texto es del siguiente tenor)*. 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 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"[638].

633 Código Disciplinario del Abogado.

634 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

635 Código Disciplinario Militar.

636 Estatuto Disciplinario Policial.

637 Esta disposición le atribuye al dolo disciplinario tres características, (el derecho penal tiene solo dos – conocimiento y voluntad). En el derecho disciplinario las características del dolo son: 1. el conocimiento de los hechos; 2. el conocimiento de la ilicitud y 3. la voluntad. ¿será que estas características convierten al derecho disciplinario en una materia más exigente en este aspecto que el derecho penal? ¿Será que esta teoría que yo llamo la "teoría tripartita del dolo graduado y agravado" le permite a la autoridad disciplinaria, imponer la sanción mínima, dado que de acuerdo con el artículo 50 numeral 2, literal e) de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, "el conocimiento de la ilicitud constituye una agravante de la conducta"? (Tomado de Mejía Ossman, Jaime. *Código General Disciplinario*. Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021 – Comparado, concordado, sentencias de constitucionalidad, jurisprudencia, notas, doctrina y conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios (1995-2023. Editorial Doctrina y Ley. En prensa. 2023).

638 Este artículo cuando estaba sancionada la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 contenía un parágrafo que fue eliminado por el artículo 4º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021. Ese parágrafo señalaba:

"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".

Artículo 13. Ley 734/2002. "*Culpabilidad*. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".

Artículo 44. Ley 734/2002. "*Clases de sanciones*. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones: (...)

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".

Artículo 11. Ley 1015/2006. "*Culpabilidad*. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".

Artículo 5°. Ley 1123/2007. "*Culpabilidad*. En materia disciplinaria sólo se podrá imponer sanción por faltas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva".

Artículo 21. Ley 1123/2007. "*Modalidades de la conducta sancionable*. Las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa".

Artículo 10. Ley 1828/2017. "*Parágrafo. 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.

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

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".

Lamentamos su desaparición porque ese parágrafo le daba muchísima claridad a la teoría de los *numerus apertus*, **pues evitaba que se transformaran en culposas aquellas descripciones típicas que tuvieran ingredientes subjetivos**, tales como: con el ánimo, con el fin, con el propósito, con la intención, con el fin, para, de buena fe, **los cuales no permiten transformar una conducta descrita como gravísima dolosa en culposa**.

> *Artículo 53. Ley 1862/2017*. "*Culpabilidad*. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".
>
> *Artículo 18. Ley 2196/2022*. "*Culpabilidad*. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, las faltas son sancionables a título de dolo o culpa".*Artículo 50. Ley 2196/2022*. "(…) *Parágrafo 1º*. Habrá dolo cuándo el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de la falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización".
>
> *Artículo 50. Ley 2196/2022*. "(…) *Parágrafo 2º*. Habrá *culpa gravísima* cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.
>
> *Artículo 50. Ley 2196/2022*. "(…) *Parágrafo 3º*. Habrá *culpa grave* cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier policía debe imprimir a sus actuaciones".

El principio de culpabilidad tiene su origen en el inciso 4º del artículo 29 de la *Constitución Política*, el cual anuncia que "(…) *Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable*[639] (…)".

La disposición de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, así como la de las demás *Codificaciones Disciplinarias*, se diferencia de las *Leyes 1952 del 28 de octubre de 2019*[640] y *1828 del 23 de enero de 2017*[641], en que en estas últimas se agregaron las frases *"en materia disciplinaria solo se podrá imponer sanción por conductas realizadas con culpabilidad"* y la definción del *"dolo y la culpa"*, conservándose la expresiones: "*en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva"* y "*las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa"*, lo que en nuestro parecer aclara que el dolo en materia disciplinaria es esencial para definir la responsabilidad y su consecuente sanción, pues la conducta endilgada al destinatario de la *Ley Disciplinaria* sólo será objeto de sanción si se logra probar el dolo o la culpa. Estos ingredientes normativos (dolo y culpa) serán objeto de interpretación de la mano del *Código Penal* por estar desarrollados gramatical y jurisprudencialmente en esa disciplina y por la integración normativa permitida en los artículos 22 y 5º (m) de las Leyes 1952 y 1828[642]. En conclusión, los artículos 10 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* y 10 (parágrafo) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*, fueron redactados en forma mucho más clara que en el artículo 13 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* y que en las demás *Codificaciones Disciplinarias*, pues *aquellas* hacen referencia a que las "conductas" solo son sancionables a "título de dolo o culpa", y las *otras* a las "faltas" a "título de dolo o culpa". Debe dejarse

639 Por interpretación sistemática léase también "administrativamente culpable".

640 Código General Disciplinario.

641 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

642 Esta última por remisión a la Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

constancia que la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[643], también define el *dolo* en el parágrafo 1º del artículo 50.

Por ello, como principio rector, *la culpabilidad* permite, como lo veremos cuando se analice la *culpabilidad* como *teoría de la falta disciplinaria*, concretar la *responsabilidad* del destinatario de la *Ley Disciplinaria*, siempre y cuando y de manera previa, se haya probado la ejecución de un comportamiento *típico,* con *ilicitud sustancial* (o antijurídico) y sin *justificación alguna*. No valorar la culpabilidad, es atribuir a quien se dirige el derecho disciplinario una responsabilidad de carácter objetiva[644], la cual está *proscrita* como lo establece este principio, ya que, en este campo sancionatorio, al igual que en el del *Derecho Penal*, es de vital trascendencia el estudio y análisis de la *responsabilidad subjetiva*, esto es la comprobación que la conducta *típica* y realizada con *ilicitud sustancial* (o antijurídica), se concretó a título de *dolo*[645] o culpa[646]. Por consiguiente, el principio de

643 Estatuto Disciplinario Policial.

644 La responsabilidad objetiva respecto del sujeto agente se pregona cuando se le impone una sanción con fundamento en el resultado material de la acción, aunque la misma no pueda remitirse a su voluntad. Es decir, se impone una sanción no por lo que la voluntad del sujeto ha querido, sino por el resultado causado con su comportamiento.

La *responsabilidad objetiva* considera al individuo como centro del derecho sancionatorio y lo identifica como más o menos *peligroso* para la sociedad, **con el solo hecho de exteriorizar sus actos**, sin consideración a lo planteado en su interioridad síquica.

Los criterios de la *peligrosidad y el determinismo* como fuentes de la *responsabilidad penal y disciplinaria* fueron "erradicados" en el *Código Penal* (Ley 599 del 24 de julio de 2000) y en todas las *Codificaciones Disciplinarias* existentes, como ya se anotó cuándo redactamos el principio de culpabilidad al principio de este título.

La capacitación en materia de *responsabilidad objetiva* debe ser una permanente inquietud en algunas entidades del Estado, sobre todo para algunos miembros de la fuerza pública que no han podido superar el paradigma anterior que sí permitía deducir la responsabilidad en materia disciplinaria por **el sólo resultado del actuar de los servidores públicos**, sin importarles si la conducta fue realizada con dolo o con culpa. Y decimos que es necesaria la capacitación, habida cuenta que en determinado momento **por un resultado que no es propio de la actividad psíquica,** se le anulan al *servidor público* todos los años de dedicación a una institución del *Estado*, por la *irresponsabilidad* de aquellos investigadores o autoridades disciplinarias a las cuales **sólo les importa el resultado de la conducta desplegada, sin interesarles que la misma pudo haber sido consecuencia de un actuar inconsciente, no querido y desprovista de cualquier asomo de negligencia, imprudencia, impericia o de la violación a los reglamentos establecidos**.

645 De conformidad con el contenido del artículo 28 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, la conducta es dolosa cuándo el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización".

646 El artículo 29 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (modificado por el artículo 4º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), expresa: "La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de la falta disicplinaria, 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".

Igualmente, el inciso 4º del artículo 29 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (modificado por el artículo 4º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021) – antiguo parágrafo del artículo 44 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*-, señala:

"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".

El inciso 4º del artículo 29 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, en cuanto a la *culpa grave* se aplica en la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* – Código Disciplinario Militar-, por mandato del artículo 64, **por no existir allí la culpa gravísima**. En el *Régimen Disciplinario para la Policía Nacional*, el

culpabilidad es fundamento de la responsabilidad y de la sanción de las conductas, en el que se emiten juicios de valor sobre la actividad intelectiva (cognoscitiva) y volitiva y de la actuación supeditada a los generadores de la culpa[647] y de la responsabilidad deducida simplemente por las condiciones personales[648] del autor de la falta[649]. Debe observarse que el concepto de culpa gravísima se desarrolla sin tener en cuenta que no se encuentra contemplado en la Carta Política de 1991 y en la Ley 1564 del 12 de julio de 2012[650]. Lo mismo sucede con el concepto de culpa grave, el cual tiene un significado diferente en el Derecho Civil, puesto que en el Derecho Disciplinario es sinónimo de "comportamiento culposo" y en la Codificación Civil es sinónimo de "dolo".

La presencia de los elementos anteriores (*conocimiento – voluntad y generadores de la culpa* [651] *o conocimiento – voluntad y condición personal*)[652], dará origen a la forma de *culpabilidad*, esto es a la *culpabilidad dolosa, culposa o con culpa (grave o gravísima)*. El no considerar los elementos de la culpabilidad es descartar la responsabilidad subjetiva y aplicar la *responsabilidad objetiva*.

---

inciso 4º se encuentra reproducido "en los mismos términos" en el *parágrafo* del artículo 39 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*. La *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* – Estatuto Disciplinario Policial-, contiene la *culpa gravísima* y la *culpa grave* en los parágrafos 2º y 3º del artículo 50.

647 Negligencia, impericia, imprudencia y violación de reglamentos.

648 Contrario al concepto de "responsabilidad de acto" que proclama el artículo 29 de la Constitución Política, cuando exige el juzgamiento "conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa". (las negrillas fuera del texto).

649 Cuando se predica en las faltas con "culpa gravísima": la "ignorancia supina" y la "desatención elemental", que como se expresará, esos componentes no forman parte del actuar de sus destinatarios, sino de su condición personal. Es decir, se responsabiliza por la condición personal y no por su acto.

Cuando se predica en las faltas con *"culpa gravísima"*: la *"ignorancia supina"* y la *"desatención elemental"*, entendiendo que al parecer esos componentes no forman parte del **actuar** de sus destinatarios, sino de su **condición personal**. Es decir, se responsabiliza por la **condición personal** y no por su **acto**, ¿se presenta alguna contradicción entre el **contenido legal de la culpa gravísima** y la *Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002*, en done la Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández, dijo:

"(…)

Adviértase además que los constituyentes de 1991 acogieron el criterio según el cual la persona **debe ser sancionada exclusivamente por los actos u omisiones que le sean imputables y no por lo que son como individuos** De tal suerte que resulta constitucionalmente válido desestimular los comportamientos lesivos para el correcto desempeño de la administración pública pero no recurriendo al expediente de erigir en sanción disciplinaria la simple reiteración de un determinado comportamiento *(las negrillas fuera del texto)*.

(…)".

¿será que la **"culpa gravísima"** *en su definición abarca la mayor parte de la descripción de conductas como consecuencia de una responsabilidad de* **"autor"** *y no de acto? en contravía de lo concluido por el artículo 29 de la Constitución Política de 1991?* (Tomado de Mejía Ossman, Jaime. *Código General Disciplinario. Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021* – Comparado, concordado, sentencias de constitucionalidad, jurisprudencia, notas, doctrina y conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios (1995-2023. Editorial Doctrina y Ley. En prensa. 2023).

650 Código General del Proceso.

651 Se cree que estas dos circunstancias de la culpabilidad se aplican cuando el comportamiento del destinatario de la ley disciplinaria no guarda relación con la función propia del cargo que se ejerce y si con los restantes deberes funcionales que se reportan en la ley disciplinaria como generales.

652 Se cree que estas dos circunstancias de la culpabilidad se aplican cuando el comportamiento del destinatario de la ley disciplinaria guarda estrecha relación con la función propia del cargo que se ejerce y con independencia de los restantes deberes funcionales que se reportan en la ley disciplinaria como generales.

Principio de culpabilidad y principio de la prevalencia de los principios o aplicación de principios e integración normativa (dolo y culpabilidad-culposa)

Para la comprensión del *principio de culpabilidad* y su concreción en las diferentes *Codificaciones Disciplinarias,* el intérprete debe auxiliarse con el principio rector de la "*prevalencia de los principios y aplicación de principios e integración normativa*[653]", con el fin de remitirse a la misma *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[654], a los *Códigos Penal, Penal Militar;* a su jurisprudencia como a su doctrina y, en ese entorno, encontrar el tratamiento que debe darse al *dolo* y a la *culpabilidad* (culposa), pues de todos es conocido que el *Derecho Disciplinario*, en la forma tan limitada e inconclusa como en los artículos 28 y 29 *idem* desarrolla sus *ingredientes normativos*, abre el espacio para complementar y concretar su significado en el *Derecho Disciplinario*, acogiendo las formulaciones doctrinarias establecidas por el *Derecho Penal*.

Así las cosas y como quiera que el *"dolo"* y la *"culpabilidad"* (culposa) contienen "ingredientes normativos" de *contenido jurídico,* definiciones que al no encontrar su concreción clara y expresa en la *doctrina disciplinaria,* habrá que remitirse complementariamente y por integración normativa, como ya lo advertimos, a la *doctrina penal* por su gran coincidencia con las definiciones propuestas por el legislador en los artículos 28 y 29 *ibidem*.

Por consiguiente, los procesos disciplinarios serán acompañados por lo establecido doctrinariamente para el dolo en materia penal[655]. El comportamiento culposo, que también se asimila a la culpa penal, de conformidad con el artículo 29 de la misma Ley

653 Ya desarrollados en precedencia.

654 Código General Disciplinario.

655 Es decir, se aplican los conceptos doctrinarios que sobre sus elementos se han establecido, así:

Elementos intelectivos o cognoscitivos, los cuales se traducen en el *conocimiento*, la representación mental y en la previsión de la conducta. El investigado conoce que su conducta es *típica y antijurídica* (antijuridicidad sustancial). En síntesis: sujeto pasivo, objeto material e ingredientes descriptivos deben ser *percibidos* por los sentidos. El objeto jurídico, los ingredientes normativos y subjetivos, deben ser *comprendidos* conforme a la experiencia común, a las normas culturales existentes o a su sencillo significado jurídico. El conocimiento de la *antijuridicidad* o de la *antijuridicidad sustancial* de la conducta será exigencia imperativa y valorativa del actuar *típico*.

Elemento volitivo, el cual significa la *actitud consciente* del agente que desea, que quiere, que anhela situarse al margen del derecho. Es la actitud que cristaliza un querer jurídicamente importante matizado en un comportamiento contrario a la ley. El elemento *volitivo* implica que lo conocido tiene que ser deseado, querido o voluntario.

Elemento ejecutivo, el cual se representa en el juicio práctico de la razón que surge como consecuencia del *querer* realizar la conducta *típica y antijurídica* (antijuridicidad sustancial). Es la materialización de la *acción u omisión típica* a la cual no se encuentra *exclusión de responsabilidad* alguna.

Además, y con el fin de diferenciar sus modalidades y establecer los diferentes **grados "de culpabilidad"** para los efectos sancionatorios y dentro de ellos los **criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta**, conforme al artículo 47 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* – modificado por el artículo 8º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021- (artículo 43 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002). La anterior disposición del Código General Disciplinario se aplica en la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* – Código Disciplinario Militar, conforme lo ordena su artículo 64 y en la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007* – Código Disciplinario del Abogado, de acuerdo con lo expresado en el artículo 16. En la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017* – Código de Ética y Disciplinario del Congresista – se remite al artículo 12 y en la Policía Nacional (Ley 2196 del 18 de enero de 2022 – Estatuto Disciplinario Policíal), se aplica el artículo 48 (parágrafo del artículo 37 de la reemplazada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006). El *dolo* dentro de las *codificaciones disciplinarias* se puede presentar tal como se destaca más adelante (ver en la teoría de la falta disciplinaria–la culpabilidad.

1952, deberá doctrinariamente asimilarse a la culpabilidad (culposa), esto es a la que se deduce de la imprudencia, impericia, negligencia o violación de reglamentos[656], también por no estar definidos esos ingredientes normativos en forma clara y entendible. La culpa gravísima o la culpa grave, son comportamientos culposos sui generis en el derecho disciplinario y por ende su interpretación y aplicación se hará conforme a las prescripciones contenidas en la Ley Disciplinaria, limitados eso sí a que en la aplicación de la teoría de los numerus apertus jamás se podrá aplicar la culpa gravísima, que es culposa y contempla la destitución y la inhabilidad de 8 a 10 años, sino la culpa grave[657] (que también es culposa), tal como se venía aplicando en vigencia de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002[658], con la sanción correspondiente a la suspensión en el ejercicio del cargo. No me refiero a las faltas por conductas gravísimas culposas porque su sanción desapareció de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, que también generaban suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial conforme lo prescrito en el numeral 2º del artículo 44 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002. Corresponderá a la Corte Constitucional dilucidar este espinoso tema en defensa de los principios de dignidad humana, legalidad y pro hominis.

Por lo señalado en el párrafo que precede y antes de continuar con el desarrollo de este importante tema, es menester dejar muy en claro que para la aplicación de este principio y en lo concerniente al comportamiento culposo de los destinatarios del Derecho Disciplinario, la conducta positiva o negativa, además de lo advertido respecto a la culpabilidad (culposa), seguimos pensamos que el ideal para cumplir con las expectativas de nuestro Estado constitucional, social y democrático de derecho, el comportamiento debe estar tipificado en la modalidad culposa por la respectiva disposición disciplinaria, ya que de acuerdo con nuestro pensamiento, con todo respeto, creemos que no es conveniente aceptar la posición jurisprudencial que de los números apertus tiene la honorable Corte Constitucional[659], que al parecer y por las razones ya explicadas en esta obra, contraría los principios de legalidad de las faltas[660] y de reserva legal[661], máxime que el artículo 3º de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011[662] en su artículo 3º inciso 2º y numeral 1º, expone:

---

656 Para mayor precisión, consultar en la teoría de la falta disciplinaria – la culpabilidad -: sus elementos, las clases y los generadores de la culpa.

657 El numeral 9º del artículo 43 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (actual numeral 9 del artículo 47 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – modificado por el artículo 8º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2022), señala: "La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave".

658 Código Disciplinario Único.

659 Libertad para que el fallador o la autoridad disciplinaria transforme una conducta descrita por el legislador como dolosa en culposa.

660 Recuérdese que este principio exige que "los destinatarios (…) solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización" y ello no es así por cuanto la conducta final que se imputa, la culposa, no estaba descrita o no era preexistente como falta "en la ley vigente al momento de su realización". Estar descrita una conducta significa la existencia de una oración gramatical en la cual se indique, (a traves de los sujetos, objetos jurídico y material, verbo rector y circunstancias modales), en qué consiste el comportamiento o conducta, con la finalidad de que el investigado pueda defenderse de algo muy concreto precisamente por estar "descrito" en la ley vigente al momento de la realización del acto.

661 Porque por mandato constitucional le corresponde al legislador, únicamente, describir los comportamientos que constituyen falta disciplinaria y no a otra autoridad diferente.

662 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

> "(...)
>
> Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso....
>
> 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, (...)" (las negrillas fuera del texto).

Principio de culpabilidad y culpas gravísima y grave.

Sobre estos conceptos, en algunos de los cuales se incluyen responsabilidades que nada tienen que ver con el "acto que se le imputa" (como ocurre dentro de la culpa gravísima) sino con la "manera de ser de los destinatarios de la ley disciplinaria", es difícil comprender como el *legislador* los admitió como soporte de *responsabilidad*, con distanciamiento del contenido del artículo 29 de la *Constitución Política* que los acepta únicamente, *dentro del terreno de la valoración de la culpabilidad*, cuando los comportamientos están conforme *"al acto que se le imputa"*[663].

663 Al respecto, Jaime Mejía Ossman, en sus Conferencias de Derecho Disciplinario, dictadas en la Universidad Santo Tomás, años 2012 y 2013, señaló:

> "(...) Con la inclusión de la definición legal de culpa gravísima y de culpa grave en la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, se ampliaron los grados de culpabilidad establecidos en el artículo 13, concluyéndose que la culpabilidad se desarrolla cuando el destinatario incurre en la comisión de faltas dolosas y culposas, así como en las realizadas con culpa gravísima y con culpa grave (artículo 44, parágrafo de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, hoy artículo 29 incisos 3º y 4º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019).Algunos doctrinantes piensan que los conceptos de *culpa gravísima* y de *culpa grave*, se aplican exclusivamente a las conductas realizadas con *ocasión o en ejercicio de la función* del destinatario de la ley disciplinaria, por estar definidos en ellos la *ignorancia supina, la desatención elemental, la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento y la inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común debe imprimir a sus actuaciones*. Concluyen, de igual manera, que ello permite al *juez disciplinario*, arbitrariamente, **reemplazar en equivalencia la sanción**, es decir la **falta gravísima dolosa por la culpa gravísima** (cuando con esta última se aprecia un comportamiento estrictamente culposo. Lo que acontecía en vigencia de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002) y la *falta gravísima* por la *falta grave* cuando el comportamiento se realice con *culpa grave*, dejando los conceptos de *falta culposa* únicamente para la aplicación de la sanción cuando el *juez disciplinario* establezca que la *falta gravísima* no se realizó con *ocasión o en ejercicio de la función* sino por razones diferentes a ella. Por tal motivo en materia sancionatoria la *autoridad disciplinaria* impondrá la sanción de **destitución e inhabilidad general** cuando el destinatario realice el comportamiento enmarcado en *falta gravísima* cometida a título de *dolo* o cuando lo realice con *culpa gravísima*; la *suspensión e inhabilidad especial*, cuando se incurra en falta gravísima culposa o en falta grave dolosa y la suspensión cuando se realice la falta gravísima con culpa grave o se cometa falta grave culposa (esto sucedía en vigencia de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002).
>
> Debe dejarse claro que lo querido por el legislador era la **previsión y descripción** de **conductas preexistentes** al momento de la comisión de la falta, como se ha venido sosteniendo, **y no fórmulas que explicaran** como una conducta **gravísima dolosa** significaba lo mismo al cometerse con **culpa gravísima** (como ocurría en la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), ni mucho menos que una **conducta gravísima dolosa cometida con culpa grave se transformara en falta grave**".

Principio de culpabilidad y responsabilidad objetiva

La *responsabilidad objetiva* respecto del sujeto agente se pregona cuando se le *impone* una sanción con fundamento en el *resultado material* de la acción, aunque la misma no pueda remitirse a su *voluntad.* Es decir, se impone una sanción no por lo que la *voluntad* del sujeto ha querido, sino por el resultado causado con su comportamiento.

La *responsabilidad objetiva* considera al individuo como centro del derecho sancionatorio y lo identifica como más o menos *peligroso* para la sociedad, con el solo hecho de *exteriorizar* sus actos, sin consideración a lo planteado en su interioridad síquica.

Los criterios de la *peligrosidad y el determinismo* como fuentes de la *responsabilidad penal y disciplinaria* fueron "erradicados" en la *Ley 599 del 24 de julio de 2000*[664] y en todas las Codificaciones Disciplinarias a las que nos estamos refiriendo en precedencia. Sobre este principio ellas expresan que "toda forma de responsabilidad objetiva queda erradicada", sentenciando que la responsabilidad debe ser subjetiva, es decir, que debe probarse por parte de la autoridad disciplinaria: el dolo o la culpa.

Como lo seguimos pregonando, la capacitación en materia de responsabilidad objetiva debe ser una permanente inquietud en algunas entidades del Estado, sobre todo para algunos miembros de la fuerza pública [665] y de otras entidades del Estado que no han podido superar el paradigma anterior que sí permitía deducir la responsabilidad en materia disciplinaria por el sólo resultado del actuar de los servidores públicos, sin importarles si la conducta fue realizada con dolo o con culpa. Y decimos que es necesaria la capacitación, habida cuenta que en determinado momento por un resultado que no es propio de la actividad psíquica, se le anulan al servidor público todos los años de dedicación a una institución del Estado, por la irresponsabilidad de aquellos investigadores o autoridades disciplinarias (como se les denomina actualmente) a los cuales sólo les importa el resultado de la conducta desplegada, sin interesarles que la misma pudo haber sido consecuencia de un actuar inconsciente, no querido y desprovista de cualquier asomo de negligencia, imprudencia, impericia o de la violación a los reglamentos establecidos.

664 Código Penal.

665 Conformada por las Fuerzas Militares (Fuerza Aérea, Ejército y Armada) y por la Policía Nacional.

La conducta culposa en materia disciplinaria

El *Código Disciplinario Úni*co expresa en su artículo 13 que: "*En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".

Con base en la definición contenida en la norma transcrita, es de vital importancia entender que, para deducir la *responsabilidad* del *indagado*, *investigado* o del *disciplinado* se *debe probar la culpa* como principio y elemento *subjetivo* de la culpabilidad. Por ello, es frecuente escuchar en los *medios académicos* que se está en presencia de una *conducta culposa* cuando la misma se encuentre de manera expresa descrita como tal en la *ley preexistente* al momento del *actuar típico*, como lo indica acertadamente el artículo 21 de la *Ley 599 del 24 de julio de 2000*[666], el cual en esa opinión se aplica en el campo disciplinario[667], de un lado por mandato del artículo 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (artículo 21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002); de otra parte por orden del artículo 375 del *Decreto 100 del 23 de enero de 1980* (Código Penal anterior), que quedó vigente por interpretación del artículo 474 de la *Ley 599 de julio 24 de 2000 (Código Penal actual)*, por no ser norma consagratoria "de prohibiciones y mandatos penales"; por otro lado por la posición que asumió la *Corte Constitucional* al considerar que el *derecho disciplinario* era parte del *derecho sancionatorio, penal o punitivo del Estado* y finalmente por lo expresado por el *Consejo Superior de la Judicatura, en ese entonces,* en su providencia del *24 de agosto de 1995* en la cual acepta que *las conductas disciplinarias son esencialmente dolosas*. En efecto, los *artículos 21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[668]*, 21 de la Ley 599 del 24 de julio de 2000*[669]*, 375 del Decreto 100 del 23 de enero de 1980*[670] y el *artículo 474 del Estatuto Penal de 2000*, señalan:

> *Artículo 21. Ley 599 de julio 24 de 2000 (Nuevo Código Penal). "(...) La* culpa y la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley" *(las negrillas fuera del texto).*
>
> *Artículo 22. Prevalencia de los principios rectores e integración normativa* (Código General DIsciplinario). En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta ley, además de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en los códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, General del Proceso, Penal y de Procedimiento Penal en lo que no contravengan a la naturaleza del derecho disciplinario[671]. (*Desaparece la remisión al Código de Procedimiento Civil y lo hace al Código*

666 Código Penal.

667 Coherencia que también la permiten los artículos 9 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019; 4º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002; 3ºde la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006; 3º de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007; 5 (c) de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017; 44 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 y 7º de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022, ya que sus destinatarios "sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización". (las negrillas fuera del texto).

668 Código Disciplinario Único.

669 Código Penal de 2000.

670 Código Penal de 1980.

671 El principio del efecto general inmediato de las normas procesales contenido en el artículo 7º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, fue eliminado de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

General del Proceso, quien lo reemplazó. De acuerdo con el artículo 85 de este Código, la naturaleza del derecho disciplinario es PÚBLICA).

Artículo 21. Ley 734 del 24 de julio de 2002 (Código Disciplinario Único). "Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario".

Artículo 375. Decreto 100 de enero 23 de 1980 (Código Penal anterior). "Aplicación extensiva de este Código. Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que estas no dispongan otra cosa".

Artículo 474. Ley 599 de julio 24 de 2000 (Nuevo Código Penal). "Deróganse el Decreto 100 de 1980 y demás normas que lo modifican y complementan, en lo que tiene que ver con la consagración de prohibiciones y mandatos penales" *(las letras inclinadas fuera de los textos)*.

Así mismo, *la Jurisprudencia de las Cortes, expresan*:

Corte Constitucional. Sentencia T-438 del 1º de julio de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

"(…) El peticionario fue sancionado por el Ministerio Público, en ejercicio del poder disciplinario. El derecho disciplinario que respalda este poder está compuesto por un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los servidores públicos cuando éstos violan sus deberes, obligaciones o incurren en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la ley.

Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada 'derecho administrativo disciplinario'. Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal (entre

---

Con este principio queda muy claro que para *"interpretar"* y *"aplicar"* esta codificación, se deben tener en cuenta los principios contenidos en la *Constitución Política*, en *esta ley* y en los *tratados internacionales" ratificados por Colombia"* y eso precisamente porque el *debido proceso* no solo se aplica a las actuaciones *judiciales* sino también a las *actuaciones administrativas* (una de ellas es el *derecho disciplinario*). Igualmente, la disposición destaca que en lo no previsto en la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, la autoridad disciplinaria está obligada a aplicar los códigos de procedimiento y de lo contencioso administrativo, general del proceso, penal y del procedimiento penal **en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario**.

Nos preguntamos a que *naturaleza* se refiere la disposición, si precisamente esta codificación advierte que la **naturaleza del derecho disciplinario es pública** al igual que la contencioso administrativa, la penal y la de procedimiento penal, conforme al artículo 85? (Tomado de Mejía Ossman, Jaime. *Código General Disciplinario. Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021* – Comparado, concordado, sentencias de constitucionalidad, jurisprudencia, notas, doctrina y conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios (1995-2023. Editorial Doctrina y Ley. En prensa. 2023).

ellos el de culpabilidad, desde el punto de vista de su concepción). Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación debe observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado, pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predican también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término 'derecho criminal' para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos (las negrillas fuera del texto).

Expertos como el profesor Juan Fernández Carrasquilla afirman:

'El derecho disciplinario amenaza sanciones administrativas a quienes violan los especiales deberes de lealtad y rectitud que por una investidura pública les vienen impuestos. Al aplicarlo (aunque sea por medio del otorgamiento de esta función administrativa a ciertos órganos de la jurisdicción), el Estado procede, dice algún autor, como un patrón especial, no como soberano. En general, el ilícito disciplinario se encuentra definido en tipos más abiertos y las sanciones pueden ser a veces discrecionales. En él no hay nada de peligrosidad. Por lo general, la sanción disciplinaria no es incompatible con la penal propiamente dicha, salvo cuando la deslealtad o deshonestidad del funcionario o empleado público es elemento del tipo penal, pues entonces se violaría el principio non bis in ídem.' (Fernández Carrasquilla, Juan. Derecho Penal Fundamental Tomo I).

Todo lo anterior lleva a la conclusión de que este derecho disciplinario, que es, en últimas un derecho penal administrativo, debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal común (las negrillas fuera del texto). Debe aplicarse directamente el art. 375 del Código Penal, que establece:

'Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa.'

En consecuencia, se debe entender que 'materias penales' no es equivalente a 'materias criminales', sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término 'penas' en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada. Si no se aceptare la aplicación directa de este precepto en el derecho disciplinario, cabría en todo caso la aplicación analógica del mismo, por la similitud en la naturaleza de las normas. En todo caso, la misma Constitución permite hacer esta interpretación, pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas.

Si al derecho disciplinario se le aplican los principios generales del derecho penal, es claro que en el caso concreto que hoy ocupa a esta Sala, la Procura-

duría violó uno de esos principios generales: el principio de la favorabilidad" (las negrillas fuera del texto).

Corte Constitucional. Sentencia T-581 del 11 de noviembre de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón (q.e.p.d.).

"(…) La Constitución del 91 extendió la garantía del debido proceso a todo tipo de actuaciones administrativas sancionatorias, que en la anterior Carta solo era propia de los procesos judiciales.

Lo anterior, obedece al ánimo del Constituyente de dotar a los colombianos de una Carta de derechos lo más completa posible, cuya finalidad en últimas, es convertir a la persona humana en el centro y principal protagonista del nuevo ordenamiento jurídico.

En consonancia con lo anterior, los principios que estructuran el debido proceso – legalidad de los delitos, las penas y el juez competente, la aplicación de la ley más favorable, aún cuando sea posterior, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia etc. —se constituyen en pilar fundamental de las actuaciones administrativas—.

En la Asamblea Nacional Constituyente se hizo claridad sobre este punto en los siguientes términos:

'El carácter del órgano que impone una sanción no altera la naturaleza del acto punitivo. Ciertamente, ninguna diferencia ontológica[672] se aprecia entre las sanciones impuestas por el órgano jurisdiccional y aquellas que son producto de una decisión administrativa, como quiera que unas y otras afectan intereses esenciales de las personas, como su libertad personal o su patrimonio económico.

No obstante, sin razón válida para ello, se ha venido planteando por un sector de la doctrina, que la responsabilidad que emana de las contravenciones administrativas es de carácter estrictamente objetivo y que, de otra parte, los principios fundamentales del derecho penal no se hacen extensivos al ejercicio de la actividad punitiva por parte de órganos diferentes a la Rama Jurisdiccional, cuando se ocupa de reprimir delitos.

(…)

Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene, como bien lo recuerda la Corte, una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provenga de una autoridad administrativa o jurisdiccionales o las formales diferencias en los trámites rituales. Por consiguiente, los principios que rigen el derecho punitivo de los delitos, incluyendo el de la culpabilidad, deben, necesariamente, hacerse extensivos a las restantes disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia. Que solo el derecho penal involucre intereses esenciales del individuo, es un postulado ampliamente rebatido, insuficiente hoy en día para justificar las diferencias en el tratamiento de las diversas clases de sanciones.' (Se subraya. Cfr. Gaceta

672 Sobre las propiedades trascendentales del derecho.

> Constitucional N.º 84, mayo 24 de 1991. Informe del Constituyente Hernando Londoño Jiménez)".

Corte Constitucional. Sentencia T-097 del 7 de marzo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

> "(…) El principio de legalidad que inspira el derecho penal y administrativo comprende una doble garantía: la seguridad jurídica y la preexistencia de preceptos jurídicos (lex previa) que establezcan de manera clara (lex certa) las conductas infractoras y las sanciones correspondientes. Así sean admisibles en el ámbito administrativo algunas restricciones en el ejercicio de los derechos, dada la especial relación de sujeción del particular frente al Estado – v. gr., existencia de facultades exorbitantes o poder disciplinario -, los principios constitucionales del debido proceso (C.P. art. 29) deben ser respetados en su contenido mínimo esencial, particularmente en lo relativo a los requisitos de legalidad formal y tipicidad.
>
> (…)
>
> Así lo expuso el constituyente Hernando Londoño en los debates previos a la aprobación del artículo 29 de la Carta. 'El carácter del órgano que impone una sanción no altera la naturaleza del acto punitivo. Ciertamente ninguna diferencia ontológica se aprecia entre las sanciones impuestas por el órgano jurisdiccional y aquellas que son producto de una decisión administrativa, como quiera que unas y otras afectan intereses esenciales de la persona, como su libertad personal o su patrimonio económico'. Sobre este particular expresó lo siguiente:
>
> 'Toda infracción merecedora de reproche punitivo tiene, como bien lo recuerda la Corte, una misma naturaleza, como idénticas son las consecuencias, no obstante que provengan de una autoridad administrativa o jurisdiccional o las formales diferencias en los trámites rituales. De consiguiente, los principios que rigen el derecho punitivo de los delitos, incluyendo el de culpabilidad, deben, necesariamente, hacerse extensivos a las restantes disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal sobre esta materia (Gaceta Constitucional, No. 84, p. 8)'" (el subrayado, y las negrillas fuera del texto).

Corte Constitucional. Sentencia C-310 del 25 de junio de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

> "(…) Esta Corporación ha reiterado (Sentencias C-195/93, C-280/96, C-306/96, entre otras) que 'el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandis en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado.'
>
> (…)
>
> Por otra parte, el artículo 14 del Código Disciplinario Único (hoy 10 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 y 13 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), del cual forma parte la norma impugnada, dispone que 'En materia

> disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.' Lo cual está acorde con la Constitución, que también 'proscribe las formas de responsabilidad objetiva y exige un derecho penal de culpabilidad, pues el hecho punible, para ser sancionable, debe ser imputable a la persona como obra suya no sólo de manera objetiva (autoría material) sino también subjetiva (culpabilidad), en cuanto sujeto dotado de dignidad y libertad (C.P. arts 1 y 16)' (Sentencia C-319/96). Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa) (...)".

Por todo lo anteriormente expuesto, se debe insistir en el pensamiento de algunos académicos, los cuales predicamos que, en materia disciplinaria, *no debe sancionarse un comportamiento culposo*, cuando no aparezca *tipificado* como tal en la *Ley DIsciplinaria*, so pena de violar los principios de *legalidad* y de *tipicidad*, los cuales exigen la *previsión* y *descripción* de la conducta y prohíben la sanción de un *comportamiento culposo* cuando el mismo no está *contemplado* en forma *expresa* en la ley[673].

Además y para brindar al lector más claridad sobre el tema, el legislador dejó plasmada su voluntad de respeto al principio de legalidad de las faltas y de las sanciones, al señalar que ***sólo*** serán investigados y sancionados disciplinariamente sus destinatarios "en los casos ***previstos***" y "por comportamientos que estén ***descritos***[674] como falta en la ***ley vigente*** al momento de su realización", como lo informan los artículos 4º de la *Ley*

673 Carlos Mario Isaza Serrano, en su obra *Derecho Disciplinario* – Parte General-. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá D.C., 1997, págs. 89 a 91, dice:

> "(...) Como formas de culpabilidad se adoptan el dolo y la culpa y se deja de lado la preterintención como propia, exclusivamente, del derecho penal. En cuanto a éstas como contenidos psicológicos de la culpabilidad, el Código Disciplinario Único no las define. Tomando en consideración el mandato de su *artículo 18* (hoy 21 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 y 22 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019), sobre prevalencia de las normas del Código Penal y Procedimiento Penal, entre otras, en la interpretación y aplicación de aquél, cabe tomar las definiciones que el *estatuto de las penas* trae, de una y otra, para fijar sus alcances en el delineamiento de las conductas disciplinarias... Sin embargo, el Código Disciplinario Único (al igual que los expedidos en forma posterior), no incluye norma alguna que disponga sobre el carácter general o excepcional de la sanción de las conductas consideradas como culposas, como sí lo hace el Código Penal. Esta omisión nos lleva al problema de buscar, doctrinalmente, una solución acertada a la configuración de la culpabilidad en la determinación de la responsabilidad disciplinaria para efectos sancionatorios, bajo el marco filosófico y jurídico que más se ajuste a la preceptiva de la Carta Política. ... En el presente caso por tratarse de la figura de la culpabilidad cabe hacer extensivo a la ley disciplinaria, el régimen excepcional de punición para las conductas culposas. Por consiguiente, los comportamientos de esta naturaleza sólo serán punibles en aquellos casos expresamente determinados en la ley disciplinaria. Como esta normatividad no trae una enunciación precisa de cuáles son los tipos contentivos de comportamiento culposo, el operador disciplinario (hoy a autoridad disciplinaria) debe colegir esta circunstancia del texto mismo del precepto prohibitivo. ... Cuando se exija una de las formas de la culpa: negligencia, impericia, imprevisión o imprudencia, como elemento subjetivo, el tipo será culposo, en los demás casos será doloso. Es decir, cuando el tipo disciplinario admita, expresamente, como una de las formas de culpabilidad, o como la única: la culpa, determinada esta circunstancia por la existencia de un elemento subjetivo que permita establecerlo así, se debe tomar la precaución de imputar al disciplinado, la comisión de la falta en la modalidad que corresponda, so pena de incurrir en irregularidades sustanciales que dificulten el ejercicio de su derecho a la defensa y vicien de nulidad el proceso (...)".

674 Recuérdese que los "comportamientos descritos" implican la elaboración de una oración gramatical, en la cual se describa la conducta que constituye falta disciplinaria, la cual debe contener: sujeto, objeto, verbo rector, ingredientes normativos o subjetivos, al igual que, en lo posible, circunstancias modales, temporales o espaciales, según la doctrina universal.

1952 del 28 de enero de 2019[675]; 4º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[676]; 3º de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[677]; 3º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[678]; 5 (c) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[679]; 44 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[680] y 7º de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[681], amén de que el artículo 26 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (23 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), aplicable a las demás *Codificaciones Disciplinarias,* impone el deber a los competentes de disciplinar cuando se adecue el comportamiento a una falta disciplinaria, la cual se concreta al incursionar "en cualquiera de las conductas o comportamientos ***previstos*** [682] en este código", sin dejar de desconocer que el artículo 47 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (43 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002) prevé que las ***faltas gravísimas*** están ***taxativamente señaladas en la ley o en este código*** [683] *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

En conclusión: algunos *tratadistas* de esta particular disciplina, pensamos que la autoridad disciplinaria al tener la autorización de la *Corte Constitucional* de que ella es "*quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición*", como se expresa en la sentencia de constitucionalidad, este *juez disciplinario* se convierte en un dispensador de justicia por autorización expresa del máximo ente rector constitucional, aspecto que rechazamos, por creer que esa decisión contraría nuestro *Estado social y democrático de derecho,* tal como atrás lo explicábamos, habida cuenta que, por respeto al principio del reconocimiento de la dignidad humana, elemento estructural de nuestra la *Carta Política,* no puede permitirse que de ***manera posterior*** a la realización del ***comportamiento descrito*** como falta disciplinaria, ***se creen tipos disciplinarios a gusto y capricho del sancionador***, pues, sus destinatarios, "sólo serán investigados (...) por comportamientos que estén descritos como falta en la ***ley vigente*** al momento de su realización" como lo pregona el principio de legalidad de cada una de las *Codificaciones Disciplinarias* actuales y de acuerdo con la "***ley preexistente***" como lo ordena nuestra *Carta Superior*.

675 Código General Disciplinario.

676 Código Disciplinario Único.

677 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

678 Código Disciplinario del Abogado.

679 Código de Ética y Disciplinario del Congresistas.

680 Código Disciplinario Militar.

681 Estatuto Disciplinario Policial.

682 Al estar "descrito" el comportamiento, obviamente se considera que se encuentra "previsto" en la ley disciplinaria".

683 Lo cual no es cierto, porque si se acepta la teoría de los numerus apertus, las tipicidades se aumentan en incalculable número, toda vez que la gran mayoría de las faltas gravísimas admiten modalidades culposas y la inmensa mayoría de los delitos dolosos se importarían como falta disciplinaria y podrían transformarse en comportamientos culposos, tal como lo acepta la Sentencia C-720 del 23 de agosto de 2006 con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández.

17. Fines o función de la sanción disciplinaria

Principio de los fines o función de la sanción disciplinaria. Ubicación y generalidades

Este principio se encuentra redactado en los los artículos 5º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[684]; 16 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[685]; 14 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[686], 11 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[687]; 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[688]; 58 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[689]; y 24 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[690].

Las *Codificaciones Disciplinarias* sobre estos principios, en su orden, prescriben:

> *Artículo 5°. Ley 1952/2019.* "*Fines de la sanción disciplinaria*. La sanción disciplinaria tiene finalidad preventiva y correctiva[691], para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales[692], que se deben observar en el ejercicio de la función pública".
>
> *Artículo 16. Ley 734/2002.* "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".
>
> *Artículo 14. Ley 1015/2006. "Función de la sanción disciplinaria.* El acatamiento a la ley disciplinaria garantiza el cumplimiento de los fines y funciones del Estado, en relación con las conductas de los destinatarios de esta ley.

---

684 Código General Disciplinario.

685 Código Disciplinario Único.

686 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

687 Código Disciplinario del Abogado.

688 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

689 Código Disciplinario Militar.

690 Estatuto Disciplinario Policial.

691 La única disposición que cumple con esta función es la descrita en el artículo 73 inciso 2º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, (artículo 56 inciso 2º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), que obliga a los particulares al pago del doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado por su conducta disciplinada en detrimento del patrimonio público.

692 Anticipadamente diremos que estas expresiones del legislador nos llevan a interpretar, como lo expondremos, que no se puede imponer una sanción disciplinaria, si no se han contrariado los principios y fines de la función pública. Es decir que la conducta investigada no contraría los deberes funcionales cuando sustancialmente no han afectado los artículos 209 y 2º de la Constitución Política; 3º de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998; 3º de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011; 23 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario); 22 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único); 20 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional); 16 de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 (Código Disciplinario del Abogado); 5 (m) de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista); 121 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar) y 27 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial). Entonces nos preguntamos: ¿al haberse eliminado el inciso segundo del artículo 9º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario), por parte del artículo 2º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, esa eliminación cambia en algo el principio rector de la ilicitud o antijuridicidad sustancial?

> La sanción disciplinaria, por su parte, cumple esencialmente los fines de prevención, corrección y de garantía de la buena marcha de la institución".
>
> *Artículo 11. Ley 1123/2007*. "*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 profesión de abogado".
>
> *Artículo 5º.* Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:
>
> (...).
>
> *m) Aplicación de principios e integración normativa.* En la aplicación del régimen ético disciplinario de los Congresistas, prevalecerán los principios rectores contenidos en este Código y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000 y Código General del Proceso y la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, siempre que no se contravenga la naturaleza del presente ordenamiento".
>
> *Artículo 58. Ley 1862/2017*. "*Fines y funciones de la sanción disciplinaria.* La sanción disciplinaria, tiene como fines el encauzamiento de la conducta de los destinatarios de este código, preservar la disciplina y los principios orientadores de la función administrativa. Cumple, además, una función preventiva y correctiva para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales aplicables en Colombia".
>
> *Artículo 24. Ley 2196/2022*. "*Finalidad de la sanción disciplinaria.* La sanción disciplinaria cumple esencialmente los fines de prevención y corrección para propender por la efectividad de los principios consagrados en los tratados internacionales de Derechos Humanos, la Constitución Política, la Ley y los reglamentos que se deben observar en el ejercicio de la función pública a cargo de la Policía Nacional".

Antes de abordar el tema en concreto, es preciso señalar que en la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*[693] (artículo 17[694]), también se "garantizaba el cumplimiento de los fines y funciones del Estado", tal como hoy se enuncia en las diferentes *Codificaciones Disciplinarias, sólo que en esa superada legislación se garantizaba ese puntual cumplimiento constitucional "en relación con las conductas de los servidores públicos que los* afecten o pongan en peligro", circunstancias que daban nacimiento al concepto de antijuridi-

693 Primer Código Disciplinario Único.

694 Cuyo nomen iuris correspondía a "Finalidades de la ley y de las sanciones disciplinarias", se refería a que "la ley disciplinaria garantiza el cumplimiento de los fines y funciones del Estado", lo cual es antitécnico, ya que no es la ley la que garantiza el cumplimiento de los fines y funciones del Estado respecto de los comportamientos disciplinarios sancionables, sino las "sanciones disciplinarias" que a través de su imposición, cumplen una función de doble fin: "preventiva y correctiva" y que por su intermedio, se garantiza la efectividad de los principios y fines previstos en la Carta Política, en la Ley y en los Tratados Internacionales, tal como correctamente lo informa la actual ley disciplinaria.

cidad material, pues era menester "afectar" o "poner en peligro" los principios, fines y funciones del Estado, para que la conducta típica pudiera devenir en antijurídica. Es decir, el primer *Código Disciplinario Único daba nacimiento a la institución del bien jurídico tutelado en materia disciplinaria, el cual además se respaldaba con el contenido de los artículos 209 y 2º de la Constitución Política*[695], hecho que hoy con las *Codificaciones Disciplinarias* existentes se sigue concretando, habida cuenta que la sanción disciplinaria garantiza "la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley[696] y los tratados internacionales", siempre y cuando ellos sean "afectados" por sus destinatarios "sin justificación alguna", tal como lo orientan los artículos 9º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*; 5º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002; 4º de la*

695 Estas disposiciones de la Carta Política señalan en su orden:

"*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".

"*Artículo 2º.* 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 afecten 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 del 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".

696 La ley en respuesta a la protección de la efectividad de los principios y fines del Estado los complementa, así:

"*Artículo 23. Ley 1952/2019. Garantía de la función pública.* Con el fin de salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, el sujeto disciplinable ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes".

"*Artículo 22. Ley 734/2002. Garantía de la función pública.* El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes".

Igualmente lo conservan las restantes *Codificaciones Disciplinarias*, tal como ya se constató.

"*Artículo 3º. Ley 1437/2011. Principios*. 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.*

(...)".

derogada Ley 1015 de febrero 7 de 2006[697]; 4º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[698]; 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[699]; 57 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[700] y 12 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[701].

Las desplazadas y nuevas *Codificaciones Disciplinarias*, en sus artículados, presentan el principio de los fines de la sanción disciplinaria como *conditio sine qua non* para que el advenimiento de la sanción correspondiente sea con el propósito de garantizar de manera cierta *"la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados"*, de lo cual no nos queda duda alguna. Es la razón por la cual la *autoridad disciplinaria*, en todas las *Codificaciones Disciplinarias* analizadas, deberá tener en cuenta la *contrariedad o afectación de los principios y fines del Estado,* conforme a lo ya normado en la *ilicitud sustancial; a lo establecido en los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta; a lo detallado en los criterios para la graduación de la sanción y a lo hecho explícito en la garantía de la función pública* en la forma como la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* lo soporta en sus artículos 9°[702], 23[703], 47[704] y 50[705], para dar cabal

697 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

698 Código Disciplinario del Abogado.

699 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

700 Código Disciplinario Militar.

701 Estatuto Disciplinario Policial.

702 Artículo 9º. Ilicitud sustancial (Modificado por el artículo 2º L. 2094/21. El nuevo texto es del siguiente tenor). "La conducta del sujeto disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna" (las negrillas fuera del texto).

703 Artículo 23. Garantía de la función pública. Con el fin de salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, el sujeto disciplinable ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y acatará el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes (las negrillas fuera del texto).

704 Artículo 47. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta disciplinaria (Modificado por el artículo 8º L. 2094/21. El nuevo texto es del siguiente tenor). 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 forma de culpabilidad (la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 había eliminado este criterio. La Ley 2094 del 29 de junio de 2021 lo incluyó nuevamente). 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. 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. 7. Los motivos determinantes del comportamiento. 8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave. (la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 había eliminado este criterio. La Ley 2094 (artículo 8º) del 29 de junio de 2021 lo incluyó nuevamente) (las negrillas fuera del texto).

705 Artículo 50. Criterios para la graduación de la sanción (Modificado por el artículo 11 L. 2094/21. El nuevo texto es del siguiente tenor). "La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterio.s:

1. Atenuantes: a). La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función o la ausencia de antecedentes; b). La confesión de la falta o la aceptación de cargos; c). Haber, por iniciativa propia, resarcido el daño o compensado el perjuicio causado, y d) Haber devuelto,

cumplimiento a los enunciados constitucionales de los artículos 209 y 2º. Es decir que sin la "contrariedad o afectación de los principios y fines del Estado", no puede inferirse responsabilidad alguna, pues de suyo la conducta no será jamás cometida con *ilicitud sustancial* o *antijuridicidad* ni mucho menos con *culpabilidad*, toda vez que los fines de la sanción disciplinaria, se insiste tienen la exclusiva misión o fueron confeccionados "para garantizan la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en ejercicio de la función pública".

Esta disposición demuestra la inocuidad del parágrafo eliminado por el artículo 2º de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2022* que señalaba:

"Habrá afectación sustancial del deber, cuándo se contrarién los principios de la función pública".

Otras finalidades de las sanciones disciplinarias

Además de la *garantía de la función pública* que sostienen las *sanciones disciplinarias* en las *Codificaciones Disciplinarias* que estamos estudiando, con relación a su *prevención* y *corrección*, ellas tienen como *finalidades*: la defensa y restablecimiento del orden social; el bienestar de sus asociados; la confianza que se logra en la colectividad; la aflicción y rehabilitación del disciplinado; la credibilidad nacional e internacional en la estructura estatal; la retribución de la afectación causada con la conducta del actor *(ilicitud sustancial y antijuridicidad)*, el buen ejemplo que se dá a la colectividad, el crecimiento económico de las estructuras estatales y la cultura anticorruptiva que se introduce dentro de la comunidad.

---

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. 2. Agravantes: a) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga. Salvo lo establecido para la multa y la amonestación que serán valorados si fueron impuestas en los últimos tres (3) años. Las sanciones y de multa y la amonestación se tendrán como agravantes si fueron impuestas en los tres (3) años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga. b) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero; c) El grave daño social de la conducta; d) La afectación a derechos fundamentales; e) El conocimiento de la ilicitud. f) Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad. g) Ejecutar la conducta constitutiva de falta disciplinaria por recompensa o promesa remuneratoria de un tercero. h). La naturaleza de los perjuicios causados" (las negrillas fuera del texto).

Finalidades específicas de las sanciones disciplinarias. Prevención general (sociedad) y especial (servidor público o destinatario de la ley disciplinaria) y garantía de la efectividad de los principios y fines previstos en la Carta Política, la ley y los tratados internacionales para la buena marcha y el adecuado ejercicio de la gestión pública[706].

Al señalarse que la *prevención* y la *corrección* es una función que cumple la *sanción disciplinaria*, necesariamente tenemos que entender que esos conceptos deben conducir a que todo el conglomerado social y a que los *destinatarios de la ley disciplinaria*, se *abstengan* de cometer faltas disciplinarias o de incurrir en nuevas conductas que puedan afectar el cabal desenvolvimiento de la *Administración Pública*. Es una medida *disuasiva* que permite mantener incólumes los *bienes estatales*; aumentar la credibilidad en las instituciones; afianzar la confianza internacional y culturizar a la colectividad para que el desarrollo del *Estado* siempre conserve una proyección ordenada, armónica, sosegada, tranquila y pacífica, lo cual resulta si *la sanción disciplinaria se impone de manera oportuna*, ya que las sanciones adoptadas a pocos días de la *caducidad* o de la *prescripción* de la acción o cuando el servidor público ha dejado de pertenecer a la institución, no garantizan la buena marcha de la gestión pública, *ni mucho menos su adecuado ejercicio*.

El concepto relacionado con la *garantía de la buena marcha y el adecuado ejercicio de la gestión pública*, además de ser un logro de la *responsabilidad disciplinaria*, a través de sus *sanciones oportunas*, es consecuencia de la actividad pulcra de las personas que de una u otra forma participan en la realización de los fines estatales y que con su vinculación directa o indirecta con la *Administración Pública*, desarrollan sus asuntos de manera honesta y leal con los servidores públicos, con los caudales y bienes del Estado. De todas maneras es muy importante destacar, que a lo anterior se llega con el *buen comportamiento de los asociados* y gracias a la medida *preventiva* que ofrecen las *sanciones disciplinarias*, las que sean de paso advertir, edifican un gran espíritu cultural y de conocimiento acerca de la existencia de la ley y la advertencia que su trasgresión resulta contraproducente a los intereses personales, sociales, políticos y patrimoniales, aspectos por los cuales, indudablemente la *sanción* se convierte en un *correctivo* para las formulaciones desviadas de los asociados.

Función de prevención de las sanciones disciplinarias

En relación con la *función de prevención*, esta debe entenderse en tres (3) sentidos, así:

1. General negativa: Cuando busca persuadir que los destinatarios de la ley disciplinaria no la infrinjan.
2. Especial negativa: Cuando busca persuadir al infractor para que no cometa

706 El doctor Carlos Mario Isaza Serrrano, ob. cit., págs. 96 y 97, al respecto manifiesta:

> "Desde esta óptica la finalidad de la sanción no se debe explicar por la sanción misma o como un objetivo en sí mismo, sino como un medio de prevención general y especial. **General**, porque se trata de motivar a los restantes servidores públicos a desplegar un comportamiento ajustado a derecho; de modo negativo, a través de la intimidación a éstos generada por la imposición de una sanción y de modo positivo, configurado la conciencia de los servidores públicos y determinando su comportamiento social y laboral; y **especial**, porque trata de evitar del concreto autor de una falta disciplinaria que cometa otras en el futuro. En uno y otro caso converge el propósito de garantizar la buena marcha de la gestión pública 'concebida ésta como un servicio que presta el Estado a los ciudadanos para garantizar su bienestar y desarrollo adecuado del hombre como tal, en una sociedad reglada y controlada' (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 9 de diciembre de 1992, M.P. Edgar Saavedra Rojas)".

nuevamente la falta sancionada, y

3. Especial positiva: Cuando pretende afirmar la vigencia de la norma, toda vez que el indagado, investigado o disciplinado cuando incurre en falta disciplinaria, con su comportamiento, pretende su derogatoria.

18. Proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria

Principio de la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria. Ubicación y generalidades

Este principio se encuentra redactado en los artículos 6º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[707]; 18 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[708]; 17 de la derogada *Ley 1015 de febrero 7 de 2006*[709]; 13 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[710]; 5º (j) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[711]; 59 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[712] y 19 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[713], cuyos textos son del siguiente tenor:

> *Artículo 6°. Ley 1952/2019. "Proporcionalidad y razonabilidad*[714] *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".
>
> *Artículo 18. Ley 734/2002*. "*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".
>
> *Artículo 17. Ley 1015/2006*. "*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".
>
> *Artículo 13. Ley 1123/2007*. "*Criterios para la graduación de la sanción*. La imposición de cualquier sanción disciplinaria deberá responder a los principios de

707 Código General Disciplinario.

708 Código Disciplinario Único.

709 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

710 Código Disciplinario del Abogado.

711 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

712 Código Disciplinario Militar.

713 Estatuto Disciplinario Policial.

714 Como la sanción disciplinaria en la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) es una decisión de fondo, este artículo exige no solo la proporcionalidad de la misma, sino las razones acerca del porqué se impone y el tiempo de inhabilidad, lo cual también se alimenta del principio de motivación de que trata el artículo 19 idem, para reflejar que la sanción no puede ser producto de la subjetividad sino que ella también "debe corresponder a la clasificación de la falta y a su graduación" de acuerdo con el artículo 50 ibídem (criterios para la graduación de la sanción). (Tomado de Mejía Ossman, Jaime. Código General Disciplinario. Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021 – Comparado, concordado, sentencias de constitucionalidad, jurisprudencia, notas, doctrina y conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios (1995-2024. Editorial Universidad La Gran Colombia. Cuarta Edición. 2024).

razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley".

Artículo 46. Ley 1123/2007. "*Motivación de la dosificación sancionatoria*. Toda sentencia deberá contener una fundamentación completa y explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la sanción".

Artículo 5º. Ley 1828/2017. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:

(...)

j) Proporcionalidad. La sanción que se imponga al Congresista, debe corresponder a la gravedad de la falta cometida".

Artículo 59. Ley 1862/2017. "*Proporcionalidad.* De conformidad con el principio de legalidad, la sanción disciplinaria debe corresponder a la clasificación de la falta. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley".

Artículo 19 .Ley 2196/2022. "*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".

El principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria en la nueva ley disciplinaria con relación a las Leyes 200 del 28 de julio de 1995[715] *y 734 del 5 de febrero de 2002* [716]

En la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*, y dentro de los *principios rectores* de la *Ley Disciplinaria*, no existía norma similar. Simplemente en los artículos 28 al 30 se refería a las *"clases de sanciones"*, lo cual no era suficiente para forzar al competente a *tazar una sanción* con la exigencia de la *"proporcionalidad"* que hoy se determina en forma expresa y contundente en el artículo 50 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (modificado por el artículo 11 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2022) con su concreción no solamente en la "proporcionalidad", sino en la "razonabilidad" y con fundamento en las circunstancias de *atenuación* y de *agravación* correspondientes, lo cual precisa que este principio rector reforzó los artículos 47 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*; 40 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*; 45 y 46 de la *Ley 1123 de enero 22 de 2007;* 15 de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*; 83, 84 y 85 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 y 51 de la Ley 2196 del 29 de junio de 2022*[717]*, disposiciones que contienen "los criterios para graduar la sanción", así:*

Artículo 50. Ley 1952/2019. "Criterios para la graduación de la sanción (Modificado por el artículo 11 L. 2094/21. El nuevo texto es del siguiente tenor). La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:

Atenuantes:

715 Primer Código Disciplinario Único.

716 Segundo Código Disciplinario Único.

717 Este artículo del Estatuto Disciplinario Policial remite a los criterios contemplados en el "código vigente".

a. La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función o la ausencia de antecedentes;

b. La confesión de la falta o la aceptación de cargos;

c. Haber, por iniciativa propia, resarcido el daño o compensado 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.

Agravantes:

a. Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga. Salvo lo establecido para la multa y la amonestación que serán valorados si fueron impuestas en los últimos tres (3) años. Las sanciones y de multa y la amonestación se tendrán como agravantes si fueron impuestas en los tres (3) años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;

b. Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;

c. El grave daño social de la conducta;

d. La afectación a derechos fundamentales;

e. El conocimiento de la ilicitud, y

f. Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

g. Ejecutar la conducta constitutiva de falta disciplinaria por recompensa o promesa remuneratoria de un tercero;

h. La naturaleza de los perjuicios causados".

Artículo 47. Ley 734/2002. "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:

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;

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;

g. El grave daño social de la conducta;

h. La afectación a derechos fundamentales;

i. El conocimiento de la ilicitud;

j. Pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

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:

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

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

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

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

Si las sanciones a imponer para cada una de las faltas son la multa o la amonestación, se impondrán todas"[718].

Artículo 40. Ley 1015/2006. "Criterios para determinar 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:

Haber sido sancionado disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;

La diligencia y eficiencia demostradas en el desempeño del cargo o de la función;

Obrar por motivos nobles o altruistas;

Cometer la falta en el desempeño de funciones que ordinariamente corresponden a un superior, o cuando consista en el incumplimiento de deberes inherentes a dichas funciones;

La buena conducta anterior;

La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;

Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;

Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o separación no se hubieren decretado en otro proceso;

La trascendencia social e institucional de la conducta;

La afectación a derechos fundamentales;

Eludir la responsabilidad o endilgarla sin fundamento a un tercero[719];

718 Este literal en negrillas fue demandado por Carlos Mario Isaza Serrano el día 25 de febrero de 2002 y la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002 lo declaró inexequible, siendo Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3955.

719 Lo subrayado fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-258 de abril 6 de 2011, con ponencia de Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, "en el

Cometer la falta para ocultar otra;

Cometer la falta en circunstancias de perturbación del orden público, de calamidad pública o peligro común;

Cometer la falta contra menores de edad, ancianos, discapacitados o personas con trastorno mental, contra miembros de su núcleo familiar, de la Institución o persona puesta bajo estado de indefensión;

Cometer la falta aprovechando el estado de necesidad de la víctima o depósito necesario de bienes o personas;

Cometer la falta encontrándose en el exterior o en comisión en otras entidades;

Cometer la falta hallándose el personal en vuelo, navegando o en transporte terrestre, y

Cometer actos delictivos utilizando uniformes, distintivos, identificación o insignias de carácter policial, así como elementos o bienes de propiedad de la Policía Nacional o puestos bajo su custodia.

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:

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;

---

entendido de que dicha elusión se refiere a las conductas dolosas orientadas de manera positiva a obstruir la investigación" (las negrillas fuera del texto).

En la sentencia de constitucionalidad, la Corte, dijo:

"En la acepción más amplia del vocablo **eludir**, se podría entender que **elude** su responsabilidad disciplinaria quien, siendo culpable, omite declararse como tal, o se declara inocente. Con este alcance, la disposición acusada resultaría claramente contraria a la garantía de la no autoincriminación, puesto que implicaría establecer una consecuencia gravosa al disciplinado por el ejercicio de un derecho que, como el de guardar silencio, está protegido por la Constitución. Sin embargo, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, el vocablo **eludir** no sólo tiene la acepción de '**esquivar una dificultad, un problema**', sino también, '**evitar algo con astucia o maña**'. Cabría entonces interpretar que **eludir** la responsabilidad implica, en un primer enfoque, la mera omisión de declararse culpable, o incluso, de declarar dentro de la investigación y en segundo sentido, el despliegue de conductas positivas orientadas, o a esquivar la responsabilidad, o a evitarla con astucia o con mañas. En el segundo sentido quedaría comprendida, por un lado, toda estrategia defensiva distinta de la de guardar silencio desplegada por el disciplinado. Con este alcance, la disposición resultaría contraria a la Constitución.

(…)

De otro lado, sin embargo, en ese segundo sentido en el que es susceptible de interpretarse la disposición demandada, la misma podría tener otro alcance, en cuanto el vocablo **eludir** remite a las conductas desplegadas con maña o con astucia, expresiones que pueden comprender maniobras orientadas a desviar la atención, a ocultar los hechos o a endilgar la responsabilidad a un tercero, con connotaciones claramente fraudulentas u obstructivas. Para la Corte, tales conductas resultan contrarias al deber de probidad que tienen los funcionarios, a la moralidad pública y a la lealtad procesal y pueden ser susceptibles de valoración al momento de fijar la sanción, sin que en ello se advierta una violación del artículo 33 de la Constitución.

En consecuencia, la Corte procedió a declarar la exequibilidad condicionada de la expresión acusada del literal k) del numeral 1º del artículo 40 de la Ley 1015 de 2006, de manera que se entienda que la **elusión** de la responsabilidad disciplinaria allí prevista, **se refiere a las conductas dolosas orientadas de manera positiva a obstruir la investigación**" *(las negrillas fuera del txto).*

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

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

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

Artículo 45. Ley 1123/2007. "Criterios de graduación de la sanción. Serán considerados como criterios para la graduación de la sanción disciplinaria, los siguientes:

A. Criterios generales.

1. La trascendencia social de la conducta.

2. La modalidad de la conducta.

3. El perjuicio causado.

4. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación.

5. Los motivos determinantes del comportamiento.

B. Criterios de atenuación.

1. La confesión de la falta antes de la formulación de cargos. En este caso la sanción no podrá ser la exclusión siempre y cuando carezca de antecedentes disciplinarios.

2. Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado. En este caso se sancionará con censura siempre y cuando carezca de antecedentes disciplinarios.

C. Criterios de agravación.

1. La afectación de Derechos Humanos.

2. La afectación de derechos fundamentales.

3. Atribuir la responsabilidad disciplinaria infundadamente a un tercero.

4. La utilización en provecho propio o de un tercero de los dineros, bienes o documentos que hubiere recibido en virtud del encargo encomendado.

5. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.

6. Haber sido sancionado disciplinariamente dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga.

7. Cuando la conducta se realice aprovechando las condiciones de ignorancia, inexperiencia o necesidad del afectado".

Artículo 46. Ley 1123/2007. "Motivación de la dosificación sancionatoria. Toda sentencia deberá contener una fundamentación completa y explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la sanción".

Artículo 15. Ley 1828/2017. "*Graduación de la sanción.* El término de la suspensión se fijará de acuerdo a los siguientes criterios:

Haber sido sancionado disciplinariamente en ejercicio de funciones congresionales, dentro de los cinco (5) años anteriores a la comisión de la falta que se investiga.

Atribuir infundadamente la responsabilidad de la conducta a un tercero.

La confesión de la falta antes de la formulación de cargos.

Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado.

Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la falta.

El grave daño social de la conducta.

La afectación a derechos fundamentales.

Parágrafo. Al Congresista que con su conducta infrinja varias disposiciones de esta ley, se le impondrá la máxima sanción para las faltas previstas en la misma".

Artículo 83. Ley 1862/2017. "*Graduación.* En la graduación de las sanciones se tendrán en cuenta las circunstancias de atenuación y agravación consagradas en la presente Ley".

Artículo 84. Ley 1862/2017. "*Circunstancias de atenuación.* Son circunstancias de atenuación las siguientes:

1. Confesar la falta antes de la iniciación de la audiencia.
2. Haber sido inducido por un superior a cometerla.
3. Procurar por iniciativa propia resarcir el daño o compensar el perjuicio causado antes de que le sea impuesta la sanción.
4. Demostrar diligencia y eficiencia en el desempeño del servicio.
5. Cometer la falta por motivos nobles o altruistas. 6. No tener antecedentes penales o disciplinarios.
7. Estar en desempeño de funciones que ordinariamente corresponden a un militar de mayor grado, si la falta consiste en un incumplimiento de deberes inherentes a dichas funciones.

Artículo 85. Ley 1862/2017. Circunstancias de agravación. Son circunstancias de agravación las siguientes:

1. Cometer la falta en la planeación, desarrollo y ejecución de operaciones militares.
2. Cometer la falta en situación de desastre o calamidad pública.
3. Cometer Ia falta con el concurso o ayuda de otras personas.
4. La evidenfe preparación de la falta.
5. Cometer la falta aprovechando la confianza que se le hubiere dispensado.
6. Cometer la falta para ocultar otra.
7. La reincidencia en la conducta demostrada mediante decisión debidamente ejecutoriada o anotación en el folio de vida u hoja de vida.
8. La jerarquía, antigüedad o mando que ejerza el militar.
9. Cometer la falta encontrándose en comisión en el exterior o en repre-

sentación de la Fuerza ante cualquier entidad.
10. Afectar gravementelos servicios esenciales a que esté obligado.
11. Cometer la falta utilizando uniformes, distintivos, identificación o insignias de carácter militar, así como elementos o bienes de propiedad o al servicio del Ministerio de Defensa o de la Fuerza Pública.
12. La trascendencia social e institucional de la conducta.
13. La afectación a derechos fundamentales.
14. Endilgar sin fundamento la responsabilidad a un tercero.

Artículo 51. Ley 2196/2022. Criterios para determinar la graduación de la sanción. Serán los contemplados en el código disciplinario vigente *(o sea la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, artículo 50)*.

La sanción disciplinaria y su correspondencia de acuerdo con la gravedad de la falta cometida con los criterios para graduarla

Las *sanciones disciplinarias,* de acuerdo con el principio rector que se analiza, deben *ser* correlativas a la *gravedad y magnitud* de la afectación (ilicitud sustancial o antijuridicidad) en que se sitúe el *interés, objeto* o *bien jurídicamente protegido,* así como a la *gravedad y magnitud* de la conducta que produce la falta disciplinaria, toda vez que así lo advierten los criterios con los cuales el legislador pondera el *daño* y que guardan relación con los artículos 50 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*; 47 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*; 40 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*; 45: de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*; 15 de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*; 84 y 84 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* y 51 de la *Ley 2196 del 29 de junio de 2022* que equivale al artículo 50 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, cuando las diferentes *Codificaciones Disciplinarias,* en su orden, se refieren: al grave daño *social de la conducta; a la* afectación *de derechos fundamentales; a la naturaleza de los* perjuicios *causados; a la* trascendencia social e institucional *de la conducta; a la* afectación *de derechos humanos; al* ***perjuicio*** *causado,* entre otros. Por consiguiente, podemos afirmar, como lo hemos hecho insistentemente, que *la sanción disciplinaria* debe guardar *proporcionalidad* con la afectación *de los principios y fines del Estado*, ya reseñados y además con relación a los *criterios* que sirven para atenuar la conducta endilgada.

La proporcionalidad de la sanción disciplinaria es una condición de respeto a la dignidad humana y un límite a los poderes del Estado

Es de esencia de la *conducta* erigida como *falta disciplinaria*, que la misma conlleve, como lo hemos dicho, a la *afectación o contrariedad* del *objeto, interés* o *bien jurídico tutelado* en los artículos 209 y 2º de la *Constitución Política*. En ese orden de ideas, el legislador, por la claridad misma de la *afectación o contrariedad* del *objeto, interés* o del *bien jurídico estatal*, ha querido señalar en la *ley disciplinaria* unos *criterios de graduación* de la *falta* y otros que deben ser exigencia para su concreción final en una *sanción*, precisamente para que la *autoridad disciplinaria* no *se exceda* y tenga así unos *parámetros* que no le permitan ser *desproporcionado* en la *tasación* de la sanción por *afectación* de la buena marcha de la *administración pública*. Esto para que en señal de respeto de la *dignidad del disciplinado,* se le *proyecte* la *sanción* que verdaderamente le corresponde y que su imposición sea un correctivo justo de acuerdo con el grado de afectación del objeto, interés o bien jurídico tutelado. Considerar que la *sanción* no debe guardar *relación con el daño ocasionado* con la falta, es desconocer claros principios del *derecho sancionatorio*;

es conculcar el *principio de igualdad constitucional*, toda vez que en los demás regímenes sancionatorios la afectación o contrariedad es fundamento de ilicitud o antijuridicidad sustancial de la conducta como fuente de construcción de fórmulas punitivas, lo que innegablemente le abre las puertas al principio garantizador de la *proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria*, que sea de paso advertir, *siempre debe ser aplicado* en la realización de las conductas contrarias al orden establecido, precisamente para fortalecer el respeto a la dignidad humana.

Principio de la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria y la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Con relación al tema, la *Corte Constitucional en Sentencia Nº T-167 del 2 de abril de 1997*. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, se anotó:

> "(…).
>
> La falta cometida por (…), considerada por (…) como un atentado contra la moral, fue calificada como 'gravísima', de conformidad con lo dispuesto en el artículo (…) que, respecto a las mismas, dispone que adquieren esa categoría aquellas conductas dirigidas a (…) Sin embargo, dentro del mismo artículo (…) aparece descrita como falta 'grave' 'Realizar y participar en actos que atenten contra la moral pública (…)', circunstancia que al parecer fue ignorada (…) a la hora de imponer la sanción.
>
> Por otro lado, en punto a la graduación de las faltas, el artículo (…) del mismo ordenamiento dispone que: 'Para efectos de la sanción, las faltas disciplinarias se calificarán como gravísimas, graves y leves determinando su naturaleza y sus efectos, las modalidades y circunstancias del hecho, los motivos determinados y los antecedentes personales del alumno'. Asimismo, el propio numeral (…) señala que son circunstancias atenuantes o eximentes de responsabilidad, entre otras, 'la buena conducta anterior' y 'confesar la falta oportunamente (…)'. En estos términos, para calificar una falta disciplinaria como leve, grave o gravísima, no sólo se requiere que el comportamiento del disciplinado se ajuste a la conducta reglada como tal, sino, además, para efectos de clasificar la misma e imponer la sanción, deben observarse las circunstancias de tiempo modo y lugar que rodearon la actuación y, también, aquellas circunstancias atenuantes o agravantes de la conducta que, a la postre, conducirán a graduar la falta y su sanción.
>
> (…)
>
> Atendiendo a las circunstancias descritas se pregunta la Sala ¿porque razón (…) calificó el comportamiento de (…) como falta 'gravísima' y no como 'grave'?
>
> No encuentra la Sala explicación satisfactoria que fundamente tal decisión; por el contrario, los argumentos expuestos en concordancia con las normas citadas constituyen elementos de juicio suficientes para considerar que (…) incurrió en una falta disciplinaria que lo hacía acreedor a una sanción, pero no lo suficiente para calificarla como 'gravísima' (…) Es claro que la decisión no se ajustó al reglamento disciplinario (…) pues se ignoraron, fuera de las circunstancias que rodearon los hechos, aquellas que lo atenuaban -ausencia de antecedentes disciplinarios y confesión-.

> Además, el hecho de que el reglamento señale como faltas graves y gravísimas las que atentan contra la moral, lleva a la Sala a concluir que (…) al calificar la conducta de (…), no sólo le dio una connotación exagerada, sino que también desconoció el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política según el cual 'la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable'. Siguiendo la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, este principio es aplicable tanto en el campo penal como en el disciplinario. Así entonces, de haberse aplicado debidamente el reglamento, tomando en consideración la realidad de los hechos y las circunstancias de favorabilidad, la sanción no hubiera sido (…) sino una menos severa, a lo sumo, la consagrada en el numeral (…) para las faltas graves, cual es, la suspensión de los derechos (…) en los términos allí señalados.
>
> (…).
>
> En virtud de lo anterior, la Sala habrá de revocar el fallo de segunda instancia que negó la tutela invocada y, en consecuencia, procederá a tutelar el derecho (…)" (Las negrillas y las letras inclinadas fuera del texto). [fe de cita]

Igualmente la Corte Constitucional, en Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, advirtió

> "(…).
>
> En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. 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. Sobre este particular el artículo 18 del mismo Código Disciplinario Único define lo siguiente:
>
> "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".
>
> 6. De todo lo anterior se concluye que el derecho disciplinario, como modalidad del derecho administrativo sancionador, pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública, y que, para tal 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 los principios citados- (las negrillas fuera del texto) (…)".

Nuevos principios de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario)

19. Investigación integral

Este principio se encuentra redactado en los artículos 13 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[720], 129 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[721]; 16 de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 (Remite CDU)[722]; 5º (m) de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Remite CDU)[723]; 135 y 178 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017[724]; 26 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022[725] (17 de la derogada Ley 1015 de febrero 7 de 2006[726] [que remite C.D.U.]) y cuyos textos son del siguiente tenor:

> *Artículo 13. Ley 1952/2019. 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.
>
> *Artículo 129. Ley 734/2002. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba*. El funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio.
>
> *Artículo 16. Ley 1123/2007. Aplicación de principios e integración normativa*. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta ley. En lo no previsto en este código se aplicarán los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y deontología de los abogados, y lo dispuesto en los Códigos Disciplinario Unico, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario.
>
> *Artículo 5º (m). Ley 1828/2017*. "Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:
>
> (…)
>
> *m*). *Aplicación de principios e integración normativa*. En la aplicación del régimen ético disciplinario de los Congresistas, prevalecerán los principios rectores contenidos en este Código y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000 y Código General del Proceso y la Ley 734 de 2002,

720 Código General Disciplinario.

721 Código Disciplinario Único.

722 Código Disciplinario del Abogado.

723 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

724 Código Disciplinario Militar.

725 Estatuto Disciplinario Policial.

726 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

> Código Disciplinario Único, siempre que no se contravenga la naturaleza del presente ordenamiento.
>
> *Artículos 135. Ley 1862/2017. Investigación integral.* Se deben investigar tanto los hechos y circunstancias favorables como desfavorables a los intereses del disciplinable.
>
> *Artículo 178. Ley 1862/2017. Investigación integral.* En la actuación disciplinaria se buscará la verdad material. Para ello se deberán investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria, la responsabilidad del investigado y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto se podrán decretar pruebas de oficio.
>
> *Artículo 26. Ley 2196/2022. 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, así como aquellos que tiendan a demostrar su inexistencia o eximan de responsabilidad.
>
> *Artículo 17. Ley 1015/2006.* "*Proporcionalidad.* La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley".

En relación con este principio Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta, en nuestra obra "Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas del Derecho Disciplinario- Principios Rectores del Derecho Disciplinario- N.º 1", sobre el particular expresamos:

> "5.1. Principio de investigación integral
>
> En el artículo 13 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, se establece el principio rector de investigación integral, cuyo tenor literal es el siguiente:
>
> *Artículo 13. Investigación integral: Las autoridades disciplinarias tienen la obligación de investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado y las que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad.*
>
> Como pudimos verificar, la concepción actual que tiene identidad con este principio la encontramos, como antecedente, en el Libro IV (Procedimiento Disciplinario), Título VI (Pruebas) del Código Disciplinario Único.
>
> La disposición se encuentra redactada en la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, de la siguiente manera:
>
> '*Artículo 129. Imparcialidad del funcionario en la búsqueda de la prueba. El funcionario buscará la verdad real. Para ello debera´investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad. Para tal efecto, el funcionario podrá decretar pruebas de oficio*'.
>
> Ahora bien, es importante señalar que, a pesar de que existe identidad en cuanto a la redacción de las dos normas, estas tienen su propia significancia

> y aplicación, no en vano lo que se consigno´ en el artículo 129 del C.D.U[727], se conserva en el artículo 148 del Código General Disciplinario. Veamos.
>
> El principio de investigación integral tiene una dimensión definida por el proceso de naturaleza inquisitiva que gobierna la actuación disciplinaria, demandando de la autoridad disciplinaria la obligación de investigarlo todo, despojándose de cualquier acto que denote un sesgo en contra del disciplinado. Su labor le demanda un arduo ejercicio instructivo, la imposibilidad de trasladar la carga probatoria a los sujetos procesales.
>
> De otra parte, el principio de imparcialidad, complemento del anterior, tiene que ver con la neutralidad de la autoridad en la incorporación de los medios probatorios, determinado que el instrumento útil para su preservación es, precisamente, el decreto oficioso de pruebas.
>
> Estos dos principios tienen concordancia y armonía con el actual artículo 11 del C.G.D.[728] (artículo 20 del C.D.U.[729]), ya que solo se hará justicia, se buscará la verdad, se aplicará el derecho sustancial y se respetarán las garantías de quienes intervienen en el proceso disciplinario, *si la autoridad disciplinaria investiga con igual rigor* la existencia de la falta y la responsabilidad del investigado, así como su inexistencia y las circunstancias que lo eximan de responsabilidad"[730].

20. Principio de congruencia

Este principio se encuentra redactado en los artículos 20 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[731] y 16 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022[732] y cuyos textos son los siguientes:

> *Artículo 20. Ley 1952/2019. 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[733] pliego de cargos, sin perjuicio de la posibildad de su variación.
>
> *Artículo 16. Ley 2196/2022. Congruencia.* El disciplinado no podrá ser declarado responsable por hechos ni faltas que no consten en el auto de citación a audiencia y formulación de cargos o el que hiciese sus veces, sin perjuicio de la posibilidad de su variación.

727 Código Disciplinario Único.

728 Código General Disciplinario.

729 Código Disciplinario Único.

730 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. Principios Rectores de la Ley Disciplinaria- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C. 2023, págs. 92 a 94.

731 Código General Disciplinario.

732 Estatuto Disciplinario Policial.

733 La expresión tachada y en negrillas se entenderá pliego de cargos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 72 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, ley que reformó a la Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

Las demás *Codificaciones Disciplinarias* se remitirán a la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario), por mandato de sus correspondientes principios de integración normativa de las *Leyes 1123 del 22 de enero de 2007*–Código Disciplinario del Abogado, art. 16 y *1828 del 23 de enero de 2017* (Código de Ética y Disciplinario del Congresista, art. 5m., y quienes, por principio de legalidad o favorabilidad, estén sujetos a las reemplazadas *Leyes 734 del 5 de febrero de 2002* (Código Disciplinario Único); *836 del 16 de julio de 2003* (Reglamento del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Militares) y 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional).

Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta, al referirser a este principio en nuestra obra "Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas del Derecho Disciplinario- Principios Rectores del Derecho Disciplinario- N.º 1, anotamos:

> "5.2. Principio de congruencia
>
> El artículo 20 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 consagra este nuevo principio en su Título I, el cual permite que se tenga absoluta claridad que lo que no conste como falta disciplinaria en el auto de formulación de cargos, no podra´ ser objeto de responsabilidad y, por ende, de una sanción disciplinaria.
>
> El principio fue redactado de la siguiente manera:
>
> '***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*'[734].
>
> De su tenor literal debemos destacar que su vocación como principio se refiere a la sintonía o identidad que debe existir entre la imputación y el fallo con responsabilidad, constituyéndose en una garantía de defensa para el disciplinado, ya que esta se hará a partir de los hechos y las faltas endilgadas en el auto de formulación de cargos, evitando con ello que se le sorprenda con hechos o faltas que no fueron objeto de imputación y, a su vez, le marca el parámetro a la autoridad disciplinaria para emitir la decisión sancionatoria.
>
> Un antecedente respecto del desconocimiento de este principio, lo constituye la declaratoria de nulidad del fallo disciplinario emitido por la Procuraduría General de la Nación en contra del exministro Sabas Pretelt de la Vega. En dicha decisión el Consejo de Estado manifestó:
>
> '*3. Falta de congruencia entre el fallo y el auto de formulación de cargos, porque la sanción se impuso por una falta que no se le imputó, situación que vulnera sus derechos al debido proceso y a la defensa, así como el artículo 163 numerales 1 y 2 del Código Disciplinario Único, según los cuales el auto de cargos debe contener la descripción de la conducta investigada, el señalamiento de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fue cometida la falta, las normas violadas, el concepto de la violación y la modalidad de la conducta, entre tanto, en el fallo se debe realizar el análisis y valoración de los cargos formulados, es decir, el primero limita la decisión del segundo.*

734 La expresión tachada se entenderá pliego de cargos, de acuerdo con lo previsto en el artículo 72 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, ley que reformó a la Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

En estas condiciones, el fallo no podía sustentarse en los efectos y actuaciones derivadas de la conducta, pues la única falta que se le imputó consistió en el ofrecimiento que le habría hecho a Teodolindo Avendaño Castellanos. *Además, por la falta consistente en otorgar la Notaría en cita no se invocó como violada norma alguna, no obstante que entre el pliego de cargos y el fallo debe existir armonía jurídica en lo que respecta a normas trasgredidas, lo cual no ocurrió, por ese motivo se quebrantaron las bases fundamentales del debido proceso*'[735].

Nótese como el tribunal de lo Contencioso Administrativo reconoce este principio como expresión de garantía del debido proceso. De ahí el cuidado que debe tener la autoridad disciplinaria al momento de correr el traslado para que los sujetos procesales presenten sus *alegatos de conclusión*, revisando si la imputación se mantiene o por el contrario deberá variarse, y así conjurar la posibilidad de trasgredir el principio de congruencia, sustentando una decisión sancionatoria sobre hechos o faltas que no fueron objeto de la formulación de cargos"[736].

21. Principio de cláusula de exclusión

Este principio se encuentra redactado en los artículos 21 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[737], 140 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[738]; 95 de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007[739]; 5º (m) de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Remite C.D.U.)[740-741]; 188 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017[742]; 14 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022[743] (20 de la Ley 1015 de febrero 7 de 2006[744] [Remite C.D.U.])[745], los cuales se transcriben, así:

Artículo 21. Ley 1952/2019. 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".

735 Consejo de Estado. Sección Segunda, Subsección A. Sentencia del 30 de junio de 2016. Radicación N.º. 11001 03 25 000 2011 00170 00 (0583-11) C.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

736 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Principios Rectores de la Ley Disciplinaria-* Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C. 2023, págs. 94 a 95.

737 Código General Disciplinario.

738 Código Disciplinario Único (inexistencia de la prueba).

739 Código Disciplinario del Abogado (inexistencia de la prueba).

740 Código Disciplinario Único.

741 Código de Ética y Disciplinario del Congresista. (hoy Código General Disciplinario).

742 Código Disciplinario Militar.

743 Estatuto Disciplinario Policial.

744 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

745 Código Disciplinario Único.

> Artículo 140. Ley 734/2002. Inexistencia de la prueba. La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente.
>
> Artículo 95. Ley 1123/2007. Inexistencia de la prueba. La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente.
>
> Artículo 5º. Ley 1828/2017. Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:
>
> (...)
>
> m) Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen ético disciplinario de los Congresistas, prevalecerán los principios rectores contenidos en este Código y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Penal Ley 600 de 2000 y Código General del Proceso y la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, siempre que no se contravenga la naturaleza del presente ordenamiento.
>
> Artículo 188. Ley 1862/2017. Cláusula de exclusión. Toda prueba obtenida con violación de las 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.
>
> Artículo 14. Ley 2196/2002. 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.
>
> Artículo 20. Ley 1015/2006. Aplicación de principios e integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley, se aplicarán los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los Códigos Disciplinario Unico, Contencioso Administrativo, Penal, Penal Militar, Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil, en lo que sea compatible con la naturaleza del derecho disciplinario.

Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta, al referirser a este principio en nuestra obra "Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas del Derecho Disciplinario- Principios Rectores del Derecho Disciplinario- N.º 1, indicamos:

> "5.3. Principio de cláusula de exclusión
>
> Este principio refuerza la parte sustantiva del Código General Disciplinario. Invita al sumo cuidado en el manejo de la prueba, ya que para su aplicación parte del respeto por la dignidad humana y del debido proceso constitucional en aras a la protección absoluta de la "actuación procesal". Este nuevo principio determina la invalidez absoluta de la *"prueba obtenida con violación de los derechos y garantías fundamentales"* y *obliga a la autoridad disciplinaria a su total exclusión del proceso*. Lo mismo ordena respecto de *"las pruebas que*

sean consecuencia de las pruebas excluidas o las que solo pueden explicarse en razón de su existencia", obviamente con las excepciones fuente independiente, vínculo atenuado y el descubrimiento inevitable.

Para más información, el nuevo principio advierte:

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 conse- cuencia de las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse en razón de su existencia. Se deben conside- rar, al respecto, las siguientes excepciones: la fuente independiente, el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Sin embargo, ha de decirse que a pesar de que no existiera regulación al interior del C.D.U., referida a la regla de exclusión, en atención del artículo 29 de la Carta Política, las autoridades disciplinarias ya lo aplicaban en sus decisiones.

La Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública en radicación 162-136665-2006, sostuvo:

"En el derecho disciplinario el tratamiento a la regla de exclusión no puede apartarse de la aplicación e interpretación del art. 29 de la C.P. Así, deberá excluirse del proceso disciplinario la prueba obtenida con violación de los derechos fundamentales y los requisitos esenciales en su recaudo. Por eso, en cada caso concreto deberá el operador verificar si las pruebas han sido recaudadas en consonancia con los axiomas constitucionales y las formalidades legalmente dispuestas, de lo contario deberá proceder a su exclusión".

De acuerdo con lo que se viene exponiendo, la concepción de este principio en el ámbito del derecho disciplinario obedece al desarrollo de la parte final del artículo 29 de la Constitución Política. Determinando la ineficacia e invalidez de aquellos medios probatorios que se incorporan a la actua- ción desconociendo las garantías fundamentales, demandando su exclusión.

La garantía que aquí se instituye se da a partir de la necesidad de contener las actuaciones de las autoridades en lo que tiene que ver con la actividad probatoria, cerrando la posibilidad de que se busque la verdad bajo posturas de que *todo se vale, todo se puede, o que el fin justifica los medios*. El verdadero sentido de justicia, en un Estado social de derecho, es que esta se ejerza bajo presupuestos de legalidad y no de arbitrariedad.

Así las cosas, se demanda de las autoridades el respeto de las garantías y derechos fundamentales, así como de las ritualidades de orden legal que se han dispuesto para el recaudo probatorio. Dicha garantía nos permite distinguir las fuentes de la regla de exclusión probatoria, la prueba ilícita y la prueba ilegal, clasificación esta que ha sido la que ha tenido una mayor aceptación por la jurisprudencia y la doctrina. Veamos:

En la *Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002*[746] en el conocido caso del "miti miti", la Corte Cons- titucional, en un juicioso estudio, sentó un precedente respecto de este principio, cuando señaló:

El artículo 29, inciso final, de la Carta consagra expresamente una regla de exclusión de las pruebas practicadas con violación del debido proceso. Así lo señala en su inciso final cuando afirma que "[e]s nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso". El aparte citado establece el remedio constitucional para evitar que los derechos de quienes participan en actuaciones judiciales o administrativas, sean afectados por la admisión de pruebas practicadas de manera contraria al debido proceso. Dada la potestad de configuración de la cual goza el legislador para desarrollar esa regla general, éste puede determinar las condiciones y requisitos bajo los cuales pueden ser válidamente obtenidas las distintas pruebas. El desarrollo legal, por ahora parcial, de esta regla se encuentra principalmente en los códigos de procedimiento penal y civil, en especial en las normas que regulan las nulidades procesales y la obtención de pruebas. Esta regla constitucional contiene dos elementos: Las fuentes de exclusión. El artículo 29 eñala de manera general que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho. Esta disposición ha sido desarrollada por el legislador penal para indicar dos grandes fuentes jurídicas de exclusión de las pruebas: la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. La primera se refiere a la que ha sido obtenida violando derechos fundamentales y la segunda guarda relación con la adoptada mediante actuaciones ilícitas que representan una violación de las garantías del investigado, acusado o juzgado (...) En todo caso, lo fundamental es que la prueba no puede ser valorada ni usada cuando se adoptan decisiones encaminadas a demostrar la responsabilidad[747].

En este orden de ideas, podemos definir que se toma postura por la prueba inconstitucional y la prueba ilícita. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia refiere como fuentes de exclusión probatoria a la prueba ilegal y a la prueba ilícita. Veamos:

"Si bien se admite que la cláusula de exclusión opera respecto de la prueba ilícita y la ilegal (CSJ AP 14 sept. 2009. Rad. 31500) y que el citado mandato constitucional exige al funcionario judicial señalar de manera expresa la prueba viciada que debe ser marginada de la actuación, lo cierto es que media distinción entre ambas, pues aquella es obtenida con vulneración de derechos esenciales del individuo, por ejemplo, de la dignidad humana por la utilización de tortura, constreñimiento ilegal, violación de la intimidad, quebranto del derecho a la no autoincriminación, etc., mientras que la otra, la prueba ilegal, es consecuencia del irrespeto trascendente de las reglas dispuestas por el legislador para su recaudo, aducción o aporte al proceso[748] *"*

En posterior decisión reiteró dicha postura:

En este sentido, en las sentencias CSJ.SP. de 31 de julio de 2009, Rad. 30830; SP. de 23 de junio de 2012, Rad. 37434; SP. de 26 de octubre de 2011, Rad. 37432, SP. de 23 de abril de 2008, rad. 24102 y SP. de 29 de julio de 2015, Rad. 42307,

746 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

747 Corte Constitucional. Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

748 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Radicado 45619.

entre otras, la Sala delimitó el concepto de prueba ilícita y el de prueba ilegal, afirmando que, la primera, es aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal y, la segunda, se refiere a la que transgrede el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales[749]*".*

Ahora bien, igual que sucedió con los principios de investigación integral e imparcialidad, analizados en precedencia, existe una relación entre el principio de exclusión probatoria y el de inexistencia de la prueba que se consagra en el artículo 158 del C.G.D[750].

Si analizamos estas dos normas (artículos 21 y 158 del C.G.D.[751]), podemos observar que cuando se hace alusión al principio de exclusión probatoria este se predica de aquella prueba obtenida con violación de los derechos y garantías fundamentales, esto es, de la prueba ilícita. Sin embargo, al analizar el contenido del segundo precepto, la inexistencia se reclama de los medios probatorios recaudados sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, es decir, tanto de la prueba ilícita como el de la ilegal.

A manera de conclusión, frente a este primer análisis, debemos decir que la exclusión probatoria disciplinaria aplica para aquellas pruebas que se han incorporado a la actuación sin el lleno de los requisitos de orden legal (falta de publicidad, contradicción, amonestación y juramento, traslado del dictamen pericial, etc.). También deberán excluirse aquellas que atentaron contra derechos y garantías fundamentales (tortura, desaparición forzada, derecho a la intimidad, autoincriminación, etc.).

Acorde con lo anteriormente expuesto, debemos determinar cómo opera la exclusión de los medios probatorios viciados en la actuación disciplinaria dentro de un esquema procesal inquisitivo y con permanencia de la prueba como principio.

Si tomamos como referente la manera en que se incorporan lo elementos materiales de prueba y evidencia física en los procesos penales del sistema acusatorio, y la posibilidad de ser introducidos posteriormente al juicio, es claro que allí se ha establecido una oportunidad procesal para ejercer un control de licitud probatoria en la audiencia preparatoria. En dicha diligencia, el juez de conocimiento verifica el apego estricto al respeto de los derechos y garantías fundamentales en el recaudo del material probatorio y en el evento de verificar su trasgresión procederá a su exclusión material.

Contrariamente, ha de decirse que bajo el esquema del procedimiento disciplinario y principalmente en el hecho de que una vez incorporado el medio probatorio adquiera la condición de prueba, en razón a que por regla general la contradicción se da concomitante con el recaudo, se corre un mayor riesgo de que estemos en presencia de algún vicio, bien por vía del desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado o por no haberse atendido las formalidades sustanciales exigidas para su práctica.

749 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. Sentencia de 17 de febrero de 2017. Radicado N° 34099 AP642-2017.

750 Código General Disciplinario.

751 Código General Disciplinario.

Como consecuencia de lo anterior, somos del criterio que la verificación que hace la autoridad disciplinaria de la licitud y validez del material probatorio será al momento de su valoración. Si las pruebas no superan dicho examen deberán ser excluidas, pero no material sino racionalmente, esto en razón a que a las voces de lo consignado en el artículo 158 del C.G.D.[752], en ellos *se establece su consecuencia, que no es otra que la inexistencia de dichos medios de convicción*[753].

Corresponde ahora ocuparnos de las excepciones a la regla de exclusión probatoria que consagra este principio: la fuente independiente, el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable. Para lo cual acudiremos a lo manifestado por la Corte Constitucional,

"*En tal sentido, el artículo 455 del nuevo C.P.P. establece determinados criterios para analizar si una prueba realmente deriva o no de otra. Al respecto de los criterios determinados por el legislador en el artículo acusado, en el derecho comparado han conocido tales criterios, en el sentido de que por vínculo atenuado se ha entendido que si el nexo existente entre la prueba ilícita y la derivada es tenue, entonces la segunda es admisible atendiendo al principio de la buena fe, como quiera que el vínculo entre ambas pruebas resulta ser tan tenue que casi se diluye el nexo de causalidad; (iv) la fuente independiente, según el cual si determinada evidencia tiene un origen diferente de la prueba ilegalmente obtenida, no se aplica la teoría de los frutos del árbol ponzoñoso; y (v) el descubrimiento inevitable, consistente en que la prueba derivada es admisible si el órgano de acusación logra demostrar que aquélla habría sido de todas formas obtenidas por un medio lícito. En tal sentido, los criterios que señala el artículo 455 de la Ley 906 de 2004 para efectos de aplicar la regla de exclusión se ajustan a la Constitución por cuanto, lejos de autorizar la admisión de pruebas derivadas ilegales o inconstitucionales, apuntan todos ellos a considerar como admisibles únicamente determinadas pruebas derivadas que provengan de una fuente separada, independiente y autónoma, o cuyo vínculo con la prueba primaria inconstitucional o ilegal sea tan tenue que puede considerarse que ya se ha roto*[754]".

De igual manera, respecto de estas excepciones, nos ilustra de mejor manera lo analizado por esa Corporación en el ya referido caso del "miti miti", cuando indicó:

"*Tal y como se ha expuesto atrás (ver 4.2.3) a la luz del derecho comparado, son múltiples las teorías sobre los efectos y alcances de la doctrina de la prueba derivada de una prueba viciada. Entre los criterios utilizados para distinguir cuándo una prueba se deriva de una primaria viciada es posible distinguir criterios formales –si el vínculo es directo o indirecto, mediato o inmediato, próximo o lejano–, criterios de gradualidad –si el vínculo es tenue, de mediano impacto o manifiesto–, criterios de conducta –si se explota intencionalmente la prueba primaria viciada o si la llamada prueba derivada tiene origen en una fuente independiente– o criterios materiales –si el vínculo es necesario y exclusivo o si existe una decisión*

752 Código General Disciplinario.

753 Tomado de Ortiz Peralta, José Omar. *El Nuevo régimen Probatorio Disciplinario. Reflexiones Académicas en Derecho Disciplinario y Contratación Estatal*. Volumen VII. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá 2016, pág. 193.

754 Corte Constitucional. Sentencia C-591 del 9 de junio de 2005. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.

autónoma o un hecho independiente que rompe, disipa o atenúa el nexo puesto que la prueba supuestamente derivada proviene de una fuente independiente y diversa. Así, son claramente pruebas derivadas ilícitas las que provienen de manera exclusiva, directa, inmediata y próxima de la fuente ilícita. En cambio, no lo son las que provienen de una fuente separada, independiente y autónoma o cuyo vínculo con la prueba primaria se encuentra muy atenuado en razón de los criterios anteriormente mencionados.

(...)

En consecuencia, en concepto de esta Corporación no es atendible la tesis del tutelante en el sentido de que las pruebas que sirvieran de fundamento a las decisiones judiciales, ahora impugnadas por vía de la acción de tutela, estuvieran viciadas por derivarse de la grabación ilícita tantas veces referida. Como anteriormente se ha mostrado, se trató de pruebas separadas e independientes cuyo vínculo con la grabación se revela o bien inexistente, o bien roto por la ocurrencia de decisiones libres o hechos autónomos, o bien muy tenue y lejano. Además, como se demostró, las pruebas impugnadas como derivadas no lo fueron realmente y tampoco fueron determinantes para fundar la resolución de acusación o la sentencia condenatoria, lo cual lleva inevitablemente a la conclusión de que ni la Fiscalía General ni la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia incurrieron en vías de hecho por defecto fáctico[755]".

Por último, y en lo que se refiere a la aplicación de estas excepciones en el ámbito disciplinario, la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, puntualmente en lo que se refiere a la fuente independiente, señaló:

"*En el presente caso, la información allegada al proceso, producto de los hallazgos encontrados en los computadores incautados y que pertenecían al abatido guerrillero* Raúl Reyes*, no son los que dan origen a esta investigación, sino los recortes de prensa que dan cuenta de la relación del disciplinado con* Raúl Reyes *y la aparición de varios documentos en la USB decomisada al disciplinado en los que aparecen algunas actividades de colaboración con el grupo armado al margen de la ley FARC, siendo la información hallada en tales computadores, incorporada a la presente actuación una vez se dispuso el adelantamiento de la indagación preliminar en contra del encausado, de lo cual fue enterado, teniendo todas las oportunidades procesales para controvertirlas, aún más, dichas pruebas no han sido utilizadas por la primera instancia, de manera directa como lo expone el impugnante sino que sirvieron de concordancia para establecer la coherencia entre las informaciones obtenidas de la fuente independiente USB incautada al investigado, con lo encontrado en el computador del líder guerrillero abatido, respecto de alias* Cienfuegos *y el señor disciplinado y así llegar al convencimiento de los hechos que le fueron imputados al investigado. En tal sentido, la admisibilidad de las pruebas allegadas al proceso, consistentes en las encontradas en los computadores de* Raúl Reyes*, está soportada en las derivadas que provienen de la fuente separada, independiente y autónoma, cuyo vínculo con las encontradas en la operación «Fénix», es sutil, pese a que a través de una u otra se establecen los mismos hechos.*

De otra parte, esta dependencia disciplinaria encuentra acertada la postura de la primera instancia frente a la aplicación, desde el auto de cargos, de la teoría

755 Ibíd. Sentencia SU-159 del 6 de marzo de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

de la fuente independiente, pues esta tesis es clara y totalmente aplicable al caso en concreto, de cara a la legalidad de las pruebas obtenidas en la Operación Fénix, y proceder reconociendo la existencia de las evidencias recopiladas en tal operación, valorando como fuente independiente los elementos de juicio que fueron allegados al expediente y que provienen de otra fuente, y ello, para la Sala, es ajustado a derecho, en la medida en que el operador disciplinario debe, al tomar la decisión de excluir o no una prueba, considerar su incidencia, no sólo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa del implicado, sino, además, en la protección de la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública, en tal sentido, al ponderar los intereses en juego, debe prevalecer el interés general, en tanto que con el debido proceso disciplinario se asegure la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos, juzgando el comportamiento del servidor público frente a normas administrativas de carácter ético, destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública, para lograr los fines del Estado y esto sería inane si no funcionara bien la justicia disciplinaria y esta se condujere a la impunidad o a fallos arbitrarios[756]".

Como se puede ver, el precepto constitucional referido a que la prueba obtenida con violación del debido proceso *es nula de pleno derecho*, encuentra su desarrollo legal en el ámbito disciplinario como principio rector a partir del artículo 21 del C.G.D.[757] y su correspondencia con el artículo 158 de esa misma normatividad, demandando que cuando se verifique algún vicio de ilicitud o de ilegalidad en la incorporación de un medio probatorio, este debe ser excluido del raciocinio del juez, es decir, no puede ser tenido en cuenta como sustento de la decisión, salvo que la irregularidad pueda solventarse por vía de las excepciones que la misma norma concibió"[758].

Principio rector eliminado de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario)

22. Efecto general inmediato de las normas procesales

Efecto general inmediato de las normas procesales. Ubicación y generalidades

Este principio, en *materia disciplinaria*, se encontraba redactado únicamente en el artículo 7º de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[759], el que se aplicaba a las *Leyes 836 del 16 de julio de 2003*[760] *y a la Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[761], tal como lo permitían sus artículos 13 y 20, respectivamente, disposición que enunciaba el momento en que

756 Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Fallo de segunda instancia del 24 de julio de 2014. Radicación No IUS- 9282 – 2011/IUC- D 2011-787-345017. Presidente Delegado Ponente Juan Carlos Novoa Buendía.

757 Código General Disciplinario.

758 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Principios Rectores de la Ley Disciplinaria*- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C. 2023, págs. 96 a 109.

759 Código Disciplinario Único.

760 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

761 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

entraban a regir las normas *adjetivas, formales, procesales* o *instrumentales* sobre algunos *temáticas* de esta compleja disciplina.

Es la razón por la cual el *artículo 7º de la Ley 734 del 5 de febrero 5 de 2002* señalaba:

> Artículo 7º. Efecto general inmediato de las normas procesales. La ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la misma ley determine[762-763]".

El artículo 7º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 repetía exactamente lo señalado en el artículo 9º de la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*. Cambió el título que precede al contenido de la norma, por cuanto en esa derogada ley recibía el nombre de "efecto general inmediato de las normas procesales" lo que en la *ley disciplinaria anterior* se denominaba "aplicación inmediata de la ley", con cuyo nombre *se pretende revivir* el contenido del artículo 40 de la *Ley 153 del 15 de agosto de 1887*, lo que a todas luces era, en nuestro parecer, contrario al *principio de favorabilidad* contenido en el *artículo 29 de la Carta Política*, como ya se reseñó cuando se analizaba el principio de *favorabilidad*. Por ello la redacción contenida en el artículo 8º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[764], hace que pierda interés el principio referido y muy probable por ello desapareció de la nueva Codificación Disciplinaria. No Ocurre lo mismo en la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[765] en el que se revivió el principio del "efecto general inmediato de las normas procesales", pero se sujetó al principio constitucional de favorabilidad, evitando de esta manera, incómodas interpretaciones.

Efecto general inmediato de las normas procesales o norma técnica que gobierna la aplicación de la ley disciplinaria. Interpretación

Este principio, de manera incuestionable, debe ser objeto de una *interpretación adecuada* en armonía con los *principios constitucionales del debido proceso y de favorabilidad* ya estudiados, toda vez que aunque *la aplicación de la ley es inmediata* en asuntos de

762 Lo subrayado fue demandado por Carlos Mario Isaza Serrano el día 15 de febrero de 2002 y la Corte Constitucional mediante Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, siendo Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, expediente D-3937, ordenó estarse a lo resuelto en la Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002, que declaró la exequibilidad de esta similar disposición contenida en el artículo 9º de la Ley 200 del 28 de julio 28 1995, por demanda que presentara el mismo Carlos Mario Isaza Serrano en el expediente D-3676. Esta decisión le correspondió a Marco Gerardo Monroy Cabra.

763 Carlos Mario Isaza Serrano presentó con la demanda el siguiente concepto de violación:

> "El artículo 7 de la Ley 734 de 2002, es consagratorio del principio de aplicación inmediata de la ley, concebido éste como un mandato a cumplir frente a las leyes que fijen la jurisdicción y competencia o determinen lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso, desde el momento en que entren a regir, salvo lo que la misma ley determine.
>
> En los términos en que fue consagrada esta disposición, viola el artículo 29 Superior, en cuanto hace extensivas las reglas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, lo cual presupuesta su extrapolación al campo disciplinario en lo atinente, para el caso sub examine, a la exigencia de que la ley aplicable al momento de la comisión de la falta, sea la que se encuentre vigente.
>
> La ley disciplinaria por virtud de este mandato constitucional no puede ser ultractiva, ni retroactiva, y cualquier excepción a estos imperativos instrumentales de las leyes sancionatorias, debe fundamentarse en el principio de favorabilidad."

764 Código General Disciplinario.

765 Código Disciplinario Militar.

jurisdicción, competencia, sustanciación y ritualidad del proceso, *ella no puede*, como lo dijimos claramente, *agravar o empeorar la situación del indagado, investigado o disciplinado*, de tal manera que se encuentre por la sola determinación de la norma *desprotegido* en su *derecho de defensa*, consagrado en la *Carta Política*, pues el *debido proceso Constitucional* exige la aplicación de la *"ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior"*, de preferencia *"a la restrictiva o desfavorable"*, sin que haga distinciones entre una *ley sustantiva o una ley adjetiva*.

Como se viene afirmando, este principio desapareció de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[766], para dar campo con mayor extensión al *principio de favorabilidad* ya estudiado, pues es claro que al advertir el artículo 8º de a nueva *Codificación Disciplinaria General* que "*la ley permisiva o favorable, sustancial o procesal de efectos sustanciales, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable"*, genera muy grata comprensión, pues el artículo 14 de la *Ley 734 del 5 de junio de 2002*[767] dejaba muchas preocupaciones al no dimensionar y tener en cuenta expresamente el campo del derecho formal, instrumental, adjetivo o procesal.

Este principio en época de su vigencia, estaba sujeto a una *interpretación adecuada*, cuando se armonizaba con los *principios constitucionales del debido proceso y favorabilidad* ya estudiados, toda vez que aunque la *aplicación de la ley* era inmediata en asuntos de jurisdicción, competencia, sustanciación y ritualidad del proceso, *ella no podía*, como lo dijimos claramente, *agravar o empeorar a situación del indagado, investigado o disciplinado*, de tal manera que se encontrara por la sola determinación de la norma *desprotegido* en su *derecho a la defensa*, consagrado en la *Carta Política*, pues el *debido proceso constitucional* exige la aplicación de "la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior", de preferencia a la "restrictiva o desfavorable", sin que haga distinciones entre una *ley sustantiva* y una *ley adjetiva*.

Como ya se advirtió en precedencia y cuando hicimos referencia al principio del *debido proceso constitucional* del artículo 29, se señalaba que este *derogó* al artículo 40 de la *Ley 153 del 15 de agosto de 1887*[768], ley esta última que señala: "*Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir*", toda vez que el mencionado artículo 29 de la *Carta Política*, vuelve y se repite, *permite la aplicación de la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, de preferencia a la restrictiva o desfavorable* y el artículo 14 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[769] hace lo mismo al expresar que "*en materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplica de preferencia a la restrictiva o desfavorable* (...)", normas que , insistimos, no distinguen entre *ley sustantiva* y *ley adjetiva*.

Por consiguiente el *artículo 7º* en la actualidad sin vigencia ("*efecto general inmediato de las normas procesales*"), *no podía tener una* interpretación en la *Ley Disciplinaria* que desconociera los principios de *legalidad* y de *favorabilidad*, pues de ser así se contrariaba la *Constitución Política y las mismas Codificaciones Disciplinarias,* razones que se extendían a la *laxa aplicación* de los *artículos 223 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[770] *y 198 de la Ley 836 de 16 de julio de 2003*[771] cuando señalaban que: "*Los procesos disciplinarios que*

766 Código General Disciplinario.

767 Código Disciplinario Único.

768 Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

769 Código Disciplinario Único.

770 Código Disciplinario Único.

771 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con auto de cargos continuarán su trámite hasta el fallo definitivo, de conformidad con el procedimiento anterior", pues *"los procesos"* no estaban supeditados a un *"auto de cargos"* sino, como ya se dijo, a los *principios de legalidad y de favorabilidad* ya estudiados a la luz del *artículo 29* de la *Constitución Política de 1991 y de los artículos 14, 5º y 12* de las *Leyes 734 de febrero 5 de 2002, 836 de julio 16 de 2003 y 1015 de febrero 7 de 2006*, hoy sustituidas por las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019*[772], *1862 del 4 de agosto de 2017*[773] y *2196 del 18 de enero de 2022*[774].

Efecto general inmediato de las normas procesales de la ley sancionatoria en el tiempo. La no retroactividad y la no ultractividad

Es conveniente recordar el *principio de legalidad* para el análisis del tema planteado, ya que en consonancia con el mismo, *toda ley sancionatoria debe regir para el futuro*; la ley aplicable a una falta disciplinaria ha de ser la vigente al tiempo de su comisión. Aquí es dable establecer, que *la ley sancionatoria no puede ser ultractiva* es decir comprender hechos futuros ocurridos con posterioridad a su derogatoria o extinción. Por lo tanto, las excepciones a los anteriores presupuestos de *no retroactividad y de no ultractividad de la ley sancionatoria* se fundamentan en los principios de *legalidad* y *favorabilidad*, los cuales son de extirpe constitucional y legal.

Efecto general inmediato de las normas procesales. Antecedentes legales

Lo constituye el artículo 40 de la *Ley 153 del 15 de agosto de 1887*[775], al señalar:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación"[776].

En su vigencia, la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, ampliaba los conceptos a la jurisdicción y competencia, comprendiendo por lo tanto "las normas regulatorias de la potestad disciplinaria en cabeza de los órganos del Estado, el conocimiento de los asuntos disciplinarios a estos, los nuevos mecanismos de impulsión procesal y las ritualidades y actos que se deben observar, en el entendido de que el legislador obra movido por la defensa y protección de los derechos humanos y el deseo de procurar una pronta y eficaz administración de la justicia material"[777].

Principio de favorabilidad. Excepción

La ley más *favorable* es aquella que suprime la conducta en cuanto desaparece como falta disciplinaria; impone una sanción más benigna; desarrolla o crea causales de

772 Código General Disciplinario.

773 Código Disciplinario Militar.

774 Estatuto Disciplinario Policial.

775 **Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.**

776 Ortega Torres, Jorge. Código Civil. Editorial Temis, ed., Decimoséptima, págs. 1176 y 52. Bogotá, 1984.

777 Isaza Serrano, Carlos Mario. Ob. cit., pág. 80.

exclusión de responsabilidad o de inculpabilidad o crea condiciones de procedimiento de gran favorabilidad. En general, *es aquella que produce consecuencias menos rigurosas para el indagado, investigado o disciplinado* y que por mandato imperativo constitucional y legal, debe *aplicarse* de manera inmediata.

Retroactividad de la ley más favorable

Si una nueva ley es más *favorable* al *indagado, investigado o disciplinado*, se le debe aplicar de manera *retroactiva* a los hechos cometidos durante la vigencia de una ley anterior y que le resulta evidentemente *desfavorable*. Por consiguiente y a manera de ejemplo: la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, se aplicará a hechos acaecidos con anterioridad y dentro de su vigencia, siempre y cuando sea más *favorable*, pues de lo contrario se aplicará la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* o la que corresponda y pueda ser aplicada a sus destinatarios.

Favorabilidad y ultractividad

Cuando una conducta ha sido realizada durante la vigencia de una ley, que posteriormente ha sido *derogada* por otra ley que le resulta *desfavorable* al *indagado, investigado o disciplinado*, se aplica la *primera*, bajo la indiscutible premisa que la *falta disciplinaria* se haya realizado con los efectos de la l*ey que le favorece*. Un ejemplo lo constituye la *prescripción*, la cual en la *Ley 1474 del 12 de julio de 2011* se cuenta *a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria*, y con la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, desde el día de su *consumación* para las faltas instantáneas y desde la *realización del* útimo *acto* para las faltas de carácter permanente o continuado, siendo esta última más *favorable* a las pretensiones del destinatario. Lo mismo sucede en la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* que elimina de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* (modificada por el artículo 132 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011) el tema de la *caducidad*, que convierte en desfavorable su aplicación con relación a la nueva codificación que en su artículo 33 cuenta los términos de prescripción (5 años) a partir "de su consumación" o de la "realización del último acto y para las omisivas, desde cuando haya cesado el deber de actuar".

La ley temporal y excepcional. Definición y alcance

Reciben el nombre de *ley temporal o excepcional*, aquellas leyes que tienen sus *efectos limitados en el tiempo*. Un ejemplo de ello lo constituye la legislación de *excepción* o comúnmente llamada en la *Constitución de 1886, Estado de sitio*. Con relación a estas leyes temporales o transitorias, el derecho colombiano conserva la *aplicabilidad de los principios de ultractividad y de retroactividad* de la ley sancionatoria más *favorable.*

> "El ordenamiento italiano adopta postura diferente al nuestro en este aspecto: frente a leyes excepcionales y temporales no rige el principio de retroactividad de la ley más favorable, a los hechos previstos por una de estas leyes se aplicará siempre la disposición que regía al momento de cometerse el hecho, aunque la disposición subsiguiente fuese más favorable al reo. El carácter temporal y excepcional se considera razón suficiente para que no se aplique el principio de favorabilidad"[778].

778 Aspecto destacado por el doctor Pedro Alfonso Pabón Parra, en sus exposiciones académicas.

Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta, al referirse a este principio en nuestra obra "Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas del Derecho Disciplinario–Principios Rectores del Derecho Disciplinario- N.º 1, indicamos:

> "6. Principio rector eliminado del Código General Disciplinario
>
> El Código General Disciplinario no contiene el texto del artículo 7º de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[779]*, el cual enunciaba:*
>
> *Artículo 7º. C.D.U.*[780]*. "Efecto general inmediato de las normas procesales: La ley que fije la jurisdicción y competencia o determine lo concerniente a la sustanciación y ritualidad del proceso se aplicará desde el momento en que entre a regir, salvo lo que la misma ley determine".*
>
> Pensamos que el legislador con la eliminación del "*efecto general inmediato de las normas procesales*", desapareció el malentendido que existía con la aplicación de este "mal llamado principio", que no tiene origen constitucional sino legal (Ley 153 del 24 de agosto de 1887).
>
> La anterior consideración, según nuestro criterio, surge precisamente del hecho de que este principio tendría la virtud de negar otros principios de naturaleza constitucional como lo son los de legalidad y favorabilidad, al punto que nos direcciona a dejarlos de lado para preferir aspectos formales, instrumentales, procedimentales o adjetivos del derecho disciplinario. Es así como los artículos 198 del Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares (Ley 836 del 16 de julio de 2003), derogado por el 251 del Código Disciplinario Militar (Ley 1862 del 4 de agosto de 2017); 59 del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional (Ley 1015 del 7 de febrero de 2006), derogado por el 84 del Estatuto Disciplinario Policial (Ley 2196 del 18 de enero de 2022) y el 223 del Código Disciplinario Único (Ley 734 del 5 de febrero de 2002), derogado por el 263 del Código General Disciplinario, dejan ver lo expresado en precedencia, pues *ellos prefieren un auto de cargos o un auto de apertura* de la investigación disciplinaria, para *elegir el procedimiento a aplicar*. Para comprobar lo anotado, las disposiciones citadas, en su orden, expresan:
>
> "*Artículo 198. L. 836/03. Vigencia y derogatoria. La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las normas que le sean contrarias. Para lo no previsto en el presente ordenamiento deberá remitirse a la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único. Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con* ***auto de cargos*** *continuarán su trámite hasta el fallo definitivo de conformidad con el procedimiento anterior.*
>
> *"Artículo 251. L.1862/17. Transitoriedad. Los procesos que se encuentren con auto de cargos al entrar en vigencia la presente ley, continuarán tramitándose de conformidad con las ritualidades consagradas en el procedimiento anterior. En caso contrario, la actuación se adecuará al procedimiento previsto en esta ley.*
>
> *Artículo 59. L.1015/06. Transitoriedad. Las actuaciones disciplinarias que se encuentren en trámite en las distintas dependencias de la Policía Nacional al momento de entrar en vigencia la presente ley se remitirán inmediatamente a los funcionarios competentes, de acuerdo con las normas aquí establecidas.*

779 Código Disciplinario Único.

780 Código Disciplinario Único.

No obstante, las actuaciones disciplinarias que adelanten las dependencias de la Institución, en las cuales se haya proferido pliego de cargos, continuarán su trámite con la norma vigente.

"Artículo 84. L.2196/22. Transitoriedad. Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley, se encuentren con pliego de cargos o auto de citación a audiencia debidamente notificados continuarán su trámite hasta el fallo definitivo con el funcionario con atribuciones para el juzgamiento, de conformidad con los preceptos de las Leyes 734 del 5 de febrero de 2002, 1015 del 7 de febrero de 2006 y demás normas que los modifiquen o adicionen".

Artículo 223. L.734/02. Transitoriedad. Los procesos disciplinarios que al entrar en vigencia la presente ley se encuentren con ***auto de cargos*** *continuarán su trámite hasta el fallo definitivo, de conformidad con el procedimiento anterior.*

Artículo 263.C.G.D.[781]*. Artículo Transitorio. A la entrada en vigencia de esta ley, los procesos en los cuales se haya surtido la notificación del pliego de cargos o instalado la audiencia del proceso verbal, continuarán su trámite hasta finalizar bajo el procedimiento de la Ley 734 de 2002. En los demás eventos se aplicará el procedimiento previsto en esta ley.*

Por fortuna, la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios en sus conceptos: C-174/11; C-003/12 (las normas procesales tienen efecto general inmediato, siempre que se respete el principio de favorabilidad); C-025/12; C-026/12[782] C-126/12; C-13/15 (efecto general inmediato de las normas procesales y principio de favorabilidad), antepone en su interpretación y aplicación de los citados artículos al principio de favorabilidad y ello es lo adecuado y lo que impera en respeto del Estado social de derecho, de la dignidad humana y del debido proceso.

Así mismo la Procuraduría Delegada para la Vigilancia Judicial y la Policía Judicial, en la radicación 20010113-2001, anotó:

"*PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD–Aplicación de normas procesales con efectos sustanciales*".

"(…) *La suscrita agencia del Ministerio Público ha sostenido en situaciones como la que en este momento se estudia, que si bien la regla general es que las normas procesales que fijan jurisdicción, competencia, ritualidades, formalismos o sustanciación en materia disciplinaria, son de cumplimiento inmediato, se debe tener en cuenta que en virtud de la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los artículos 40 y 43 de la Ley 153 de 1887, y acudiendo en estos casos a la normatividad procesal penal en virtud de la aplicación de principios e integración normativa,* ***las normas procesales de efectos sustanciales en materia disciplinaria también pueden legar a tener efectos retroactivos o ultractivos, en el evento en que resulten favorables a los procesados*** *(las negrillas inclinadas fuera del texto).*

Igualmente, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia T-233 del 25 de mayo de 1995 con ponencia de José Gregorio Hernández Galindo, *anotó:*

781 Código General Disciplinario.

782 Conceptos emitidos por José Omar Ortiz Peralta en su condición de Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios.

"*Por lo pronto me permito transcribir el siguiente aparte:* '(…) *Pero,* ***en materia sancionatoria, el principio de irretroactividad de la ley es inseparable del de favorabilidad, plasmado en el artículo 29 de la Constitución, según el cual, en ese campo, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable*** (…)' '(…) ***en el terreno disciplinario, el principio de favorabilidad es también obligatorio****, toda vez que la actuación correspondiente culmina con una decisión en torno a la responsabilidad del incriminado y a la aplicabilidad de una sanción por la conducta imputada.* ***Allí militan las mismas razones en que se funda la Constitución para exigir la aplicación del postulado en materia penal****. Entonces,* ***si la autoridad encargada de resolver sobre un proceso disciplinario desconoce la norma favorable, atendiendo tan sólo al tiempo de vigencia de la ley, vulnera el debido proceso****'* (…)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

Al estudiar el artículo 176 transitorio de la Ley 200 del 28 de julio de 1995 (primer Código Disciplinario Único), la Corte Constitucional admitió:

"*En este orden de ideas, se concluye que,* ***tanto en materia sustantiva como procesal, las disposiciones más favorables al inculpado deben aplicarse de manera preferente, aunque el régimen transitorio determine en principio cosa diversa***" (*Sentencia C-625 del 28 de noviembre de 1997*[783]).

Al analizar el contenido y alcance de las normas procedimentales plasmadas en la Ley 200 de 1995 y en la Ley 734 de 2002, resulta evidente que la aplicación del procedimiento ordinario señalado en la primera de las legislaciones anotadas presenta condiciones que pueden ser más favorables a los implicados, dada la existencia de etapas claramente diferenciadas, las cuales conceden mayores términos para que el funcionario investigado pueda preparar su defensa. (…)

Entonces, teniendo en cuenta que la conducta presuntamente irregular que se atribuye a los doctores (…)***, tuvo ocurrencia en vigencia de la Ley 200 de 1995, ésta es la normatividad que, en opinión del Ministerio Público, debe aplicarse de manera preferente a la señalada en la Ley 734 de 2002, en virtud del principio de favorabilidad*** (…)" *(las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto)*.

Por consiguiente el artículo 7º que se analiza ("efecto general inmediato de las normas procesales"), en la óptica de algunos doctrinantes, no pudo tener vigencia en la ley disciplinaria, esto porque el mismo contradice la Constitución Política, razones por las cuales rechazan igualmente la aplicación del artículo 263 del Código Disciplinario Único, cuando señala que: "A la entrada en vigencia de esta ley, los procesos en los cuales se haya surtido la notificación *del pliego de cargos o instalado la audiencia del proceso verbal, continuarán su trámite hasta finalizar bajo el procedimiento de la Ley 734 de 2002. En los demás eventos se aplicará el procedimiento previsto en esta ley*", habida cuenta que "los procesos" no están supeditados a un "auto de cargos" sino, al principio de legalidad o en su defecto al principio de favorabilidad a la luz del artículo 29 de la Constitución Política de 1991.

Sobre el particular, queridos lectores los invitamos a consultar las Sentencias C-948 del 6 de noviembre de 2002. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis;

783 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

T-272 del 17 de marzo de 2005. Magistrado Ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra, C-512 del 31 de julio de 2013. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo"[784].

784 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Principios Rectores de la Ley Disciplinaria*- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 1. Bogotá D.C. 2023, págs. 109 a 115.

Capítulo V

La acción disciplinaria

1. Concepto jurisprudencial de la Honorable Corte Constitucional

> "(...) La acción disciplinaria, en cambio, es una acción pública[1] que se orienta a garantizar la efectividad de los fines y principios previstos en la Constitución y en la ley para el ejercicio de la función pública[2]; cuya titularidad radica en el Estado; que se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, las personerías, las oficinas de control disciplinario interno, los funcionarios con potestad disciplinaria y la jurisdicción disciplinaria[3]; que es independiente de las acciones que puedan surgir de la comisión de la falta[4] y que permite la imposición de sanciones a quienes sean encontrados responsables de ella (...)"[5] (Corte Constitucional, Sentencia C-391 del 22 de mayo de 2002. Demandante: Vladimir Ariza Cardozo. M.P. Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-3791)[6].

Como lo podemos observar, la definición enmarcada en las *Codificaciones Disciplinarias* pertinentes (artículos 85, 23, 2º, 83 y 5º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019–artículos 68, 22, 2º, 67, 1º y 16 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), en su orden, condensan el concepto pronunciado en la *Sentencia C-391 del 22 de mayo de 2002*, el cual también se debe tener en cuenta en las restantes *Codificaciones Disciplinarias*, ya sea porque lo contienen parcialmente o por aplicación del *principio de integración normativa*, veamos:

> "*Artículo 85. Ley 1952/2019. Naturaleza de la acción disciplinaria.* La acción disciplinaria es pública".

---

1 Artículos 85 y 68 de las Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) y de la reemplazada 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único).

2 Artículos 23 y 22 de las Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) y de la reemplazada 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único).

3 Artículos 2º, 83 y 1º y 67 de las Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) y de la reemplazada 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único); 54 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional); 2º de las Leyes 1123 del 22 de enero de 2007 (Código Disciplinario del Abogado); 2º de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista); 54 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar) y 2º de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial).

4 Artículos 2º y 1º (últimos incisos) de las Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) y de la reemplazada 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único); 2º de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 (Código Disciplinario del Abogado); 3º (3) de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista); 53 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar) y 5º de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial).

5 Artículos 5º y 16 de las Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) y de la reemplazada 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único).

6 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 9.

"Artículo 23. Ley 1952/2019. Garantía de la función pública. Con el fin de salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, el sujeto disciplinable ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y acatará el régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes"[7].

"Artículo 2º. Ley 1952/2019. Titularidad de la potestad disciplinaria, funciones jurisdiccionales de la procuraduría general de la nación e independencia de la acción. (el nuevo texto quedó redactado, así:).

Se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular y adelantar

7 Norma que es compatible con los artículos 9º y 5º ídem para que el juez o la autoridad disciplinaria pueda determinar si con la conducta del destinatario de la ley disciplinaria se afectaron sustancialmente los deberes funciones que son precisamente los principios y fines de la función pública, disposiciones que deben ser confrontadas al pie de la letra con los artículos 209 y 2º de la Constitución Política; 3º de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998 (por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional), y 3º de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). Cabe destacar que en el parágrafo del artículo 3º de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998, se precisa:

"***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". (las negrillas fuera del texto).

De la misma manera el artículo 3º de la *Ley 1437 del 18 de enero de 2011*, concreta:

"***Artículo 3º.*** **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** ...". *(las negrillas fuera del texto).*

Lo anterior para comprobar una vez más que la **ilicitud o antijuridicidad sustancial** encuentra respaldo en la **afectación** o **contrariedad de los principios y fines de la función pública**, tal como lo destacara en su obra: **"Justicia Disciplinaria"**, el doctor Alejandro Ordóñez Maldonado y cuyo texto impuesto inicialmente por el legislador en el inciso 2º del artículo 9º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario), fuera **eliminado** por el mismo legislador con ocasión de la expedición de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021*, sin que el mismo se percatara, como ya lo hemos destacado, que el **artículo 5º** de la actual codificación había dejado en forma muy clara que la **sanción disciplinaria garantiza la efectividad de los principios y fines previstos** en la *Constitución Política*, en la *ley* y en los *tratados internacionales* por *inobservancia sustancial del ejercicio de la función pública*, tal como lo ordena la disposición que se analiza.

las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la ley.

Las decisiones sancionatorias que pongan fin a la actuación disciplinaria y producto de las funciones jurisdiccionales que se le reconocen a la Procuraduría General de la Nación serán susceptibles de ser revisadas ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo, en los términos establecidos en esta Ley[8].

Para los servidores públicos de elección popular, la ejecución de la sanción se supeditará a lo que decida la autoridad judicial.

Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las personerías distritales y municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

A la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial les corresponde ejercer la acción disciplinaria contra los funcionarios y empleados judiciales, incluidos los de la Fiscalía General de la Nación, así como contra los particulares disciplinables conforme a esta ley y demás autoridades que administran justicia de manera temporal permanente.

La competencia de la Procuraduría General de la Nación es privativa para conocer de los procesos disciplinarios contra los servidores públicos de elección popular y de sus propios servidores, salvo los que, tengan fuero especial y el régimen ético disciplinario en el ejercicio de la función de conformidad con el artículo 185[9] de la Constitución Política.

La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta"[10].

---

8 Con relación a este inciso debe tenerse en cuenta, además de la inexequibilidad declarada por la Corte Constitucional respecto a las funciones jurisdiccionales de la Procuraduría General de la Nación, que la Sentencia C-030 del 16 de febrero de 2023 también declaró la exequibilidad condicionada del artículo 54 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, que adicionó el artículo 238A (Procedencia del recurso extraordinario de revisión), "en el entendido de que el recurso extraordinario de revisión operará solamente cuando se impongan sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad a servidores públicos de elección popular, por ministerio de la ley, de manera automática e inmediata"; que "en todo caso el disciplinado podrá ejercer todas las actividades procesales que estime pertinentes a su defensa propias del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho" y que "las sanciones impuestas a los funcionarios de elección popular se suspenderán en su ejecución durante el trámite judicial de revisión, el cual finiquitará con una sentencia que determinará de manera definitiva la sanción aplicable" (las negrillas fuera del texto). (Tomado de Mejía Ossman, Jaime. Código General Disciplinario. Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021 – Comparado, concordado, sentencias de constitucionalidad, jurisprudencia, notas, doctrina y conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios (1995-2024. Cuarta Edición, Editorial Doctrina y Ley. 2024).

9 Artículo 185. Constitución Política. "Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo".

10 Lo tachado y en negrillas, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad en contra del inciso segundo del artículo 1º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021 que reformara al artículo 2º

~~*"Artículo 83. Ley 1952/2019. Ejercicio de la acción disciplinaria.* La acción disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación; la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, o quienes hagan sus veces;[11] la Superintendencia de Notariado y Registro; los Personeros Distritales y Municipales; las Oficinas de Control Disciplinario Interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado; y los nominadores.~~

El poder disciplinario de los Personeros Distritales y Municipales no se ejercerá respecto del Alcalde y de los Concejales. Tal competencia corresponde a la Procuraduría General de la Nación".

"Artículo 5°. Ley 1952/2019. Fines de la sanción disciplinaria[12]. 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[13], que se deben observar en el ejercicio de la función pública".

---

de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, fue demandado por los ciudadanos Jomary Ortegón Osorio, Ángela María Robledo Gómez, Gustavo Gallón Giraldo, Julián González Escallón, David Fernando Cruz Gutiérrez, Reinaldo Villalba Vargas, Juan David Romero Preciado, Alexander López Maya, Néstor Manuel Castro Acevedo y Miguel Ángel Buitrago Martín y la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-030 del 16 de febrero de 2023 lo declaró inexequible, con ponencia de los magistrados Juan Carlos Cortés González y José Fernando Reyes Cuartas, expediente D-14503. En esa decisión la Corte Constitucional dijo: "Las funciones jurisdiccionales asignadas a la procuraduría general de la nación son contrarias a la constitución". (las negrillas fuera del texto)

Igualmente, la Corte Constitucional, en esa misma decisión declaró la ***exequibilidad condicionada*** del artículo 1º de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021*, que modificó el artículo 2º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* **"en el entendido de que la determinación de las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad a servidores públicos de elección popular corresponde al juez contencioso administrativo, conforme lo establece el inciso 4º de esta misma norma"**. *(las negrillas fuera del texto).* (Tomado de Mejía Ossman, Jaime. *Código General Disciplinario. Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021* – Comparado, concordado, sentencias de constitucionalidad, jurisprudencia, notas, doctrina y conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios (1995-2024. Editorial Universidad La Gran Colombia. 2024).

11 El aparte tachado fue eliminado por el artículo 72 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021 que reformó la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario).

12 Este principio rector cuando se refiere a los "fines de la sanción disciplinaria", no deja duda que es "para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados", razón por la cual la autoridad disciplinaria deberá tener en cuenta la contrariedad o afectación de los mismos conforme a lo normado en los artículos 9°, 47, 50 y 23 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, para dar cabal cumplimiento a los enunciados constitucionales y legal de los artículos 209 y 2º; así como los artículos 3º de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998 y 1437 del 18 de enero de 2011. Entonces nos preguntamos, como ya lo hicimos con ocasión al estudio de los "principios rectores": ¿al eliminarse el segundo inciso del artículo 9º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, por parte del artículo 2º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, esa eliminación cambia en algo el principio rector de la ilicitud o antijuridicidad sustancial?

Es decir que **sin la contrariedad o afectación de los principios, fines y funciones del Estado,** como lo venimos aseverando al aplicar otros principios rectores, **no puede inferirse responsabilidad alguna, pues de suyo la conducta no será jamás cometida con ilicitud sustancial o antijuridicidad ni mucho menos con culpabilidad**. (Tomado de Mejía Ossman, Jaime. *Código General Disciplinario. Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021* – Comparado, concordado, sentencias de constitucionalidad, jurisprudencia, notas, doctrina y conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios (1995-2024. Cuarta Edición. Editorial Universidad La Gran Colombia. 2024).

13 Estas expresiones del legislador nos llevan a interpretar que no se puede imponer una sanción disciplinaria, si no se han contrariado los principios y fines de la función pública. Es decir que la

A la definición anterior sólo se le resta agregar el contenido de los artículos 32 (parágrafo), 84, 86, 87, 88 y 89 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[14] (artículos 29 – parágrafo -, 66, 69, 70, 71 y 72 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[15]), esto es adicionarle que el procedimiento disciplinario establecido en el Código General Disciplinario (y Código Disciplinario Único respectivamente), "deberá aplicarse" por los competentes; que la acción disciplinaria "se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, y no procederá por anónimos, salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados en los artículos 38 de la *Ley 190 del 6 de junio de 1995*[16] y 27 de la *Ley 24 del 15 de diciembre de 1992*[17]"; que "la Procuraduría General de la Nación, previa decisión motivada del funcionario competente, de oficio o a petición del disciplinado, cuando éste invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso, podrá asumir la investigación disciplinaria iniciada por otro organismo, caso en el cual éste la suspenderá y la pondrá a su disposición, dejando constancia de ello en el expediente, previa información al jefe de la entidad. Una vez avocado el conocimiento por parte de la Procuraduría, éste agotará el trámite de la actuación hasta la decisión final"; que los personeros tendrán competencia preferente frente a la administración distrital o municipal"; que "las denuncias y quejas falsas o temerarias, una vez ejecutoriada la decisión que así lo reconoce, originarán responsabilidad patrimonial en contra del denunciante o quejoso exigible ante las autoridades judiciales competentes"; que la acción disciplinaria es obligatoria; que "si los hechos materia de la investigación disciplinaria pudieren constituir delitos investigables de oficio, deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad competente, enviándoles las pruebas de la posible conducta delictiva"; que el servidor público no está obligado a formular queja contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, ni por hechos que haya conocido por causa o con ocasión del ejercicio de actividades que le impongan legalmente el secreto profesional"; que la acción disciplinaria es procedente aunque el servidor público ya no esté ejerciendo funciones públicas", debiéndose registrar la sanción en la Procuraduría General de la Nación y en su hoja de vida y que en "cualquier etapa de la actuación" en que aparezca plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse, el

conducta investigada no contraría los deberes funcionales cuando sustancialmente no han afectado los artículos 209 y 2º de la C.P.; 23 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019; 3º de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998 y 3º de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011. Entonces nos preguntamos: ¿al eliminarse el segundo inciso del artículo 9 del Código General Disciplinario, por parte del artículo 2º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, esa eliminación cambia en algo el principio rector de la ilicitud o antijuridicidad sustancial? (Tomado de Mejía Ossman, Jaime. Código General Disciplinario. Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021 – Comparado, concordado, sentencias de constitucionalidad, jurisprudencia, notas, doctrina y conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios (1995-2024. Cuarta Edición. Editorial Universidad La Gran Colombia. 2024).

14 Código General Disciplinario.

15 Código Disciplinario Único.

16 "Por la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la administración pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa".

17 "Por la cual se establecen la organización y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo y se dictan otras disposiciones en desarrollo del artículo 283 de la Constitución Política de Colombia".

funcionario del conocimiento, mediante decisión motivada, así lo declarará y ordenará el archivo definitivo de las diligencias, la que será comunicada al quejoso".

Con los elementos normativos anteriores, podríamos intentar el siguiente concepto:

"(...) La acción disciplinaria es una acción estatal, pública, indesistible, oficiosa, independiente de las acciones que puedan surgir de la comisión de la falta, obligatoria, con excepción de los anónimos (sin fundamento probatorio) y los vínculos de afinidad y consanguinidad (establecidos en la ley), interpuesta por servidor público o por queja formulada por cualquier persona o por información de medio que amerite credibilidad (respecto de las cuales se predica responsabilidad patrimonial ante las autoridades judiciales competentes en caso de demostrarse mediante decisión ejecutoriada su temeridad o falsedad), orientada "a garantizar la efectividad de los fines y principios previstos en la Constitución y en la ley para el ejercicio de la función pública"; que a través de los procedimientos establecidos en las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021*[18] *(o en las restantes Codificaciones Disciplinarias)* es ejercida por la Procuraduría General de la Nación y las personerías (quienes tienen el poder disciplinario preferente en las investigaciones iniciadas por otros organismos y frente a las administraciones distritales y municipales); las oficinas de control disciplinario interno, los funcionarios con potestad disciplinaria y la jurisdicción disciplinaria; que a través del procedimiento establecido en la *Ley Disciplinaria* (con las modificaciones que se realicen) se dirige contra sus destinatarios, aunque ya no se encuentren ejerciendo funciones públicas, permitiendo la terminación del proceso, la absolución y la imposición de sanciones a los servidores públicos y a los particulares señalados en el *Código General Disciplinario y en las Codificaciones existentes* a quienes sean encontrados responsables de ellas, sanciones que se registrarán en la Procuraduría General de la Nación y en la hoja de vida del sancionado, amén de que en el evento en que "los hechos materia de la investigación disciplinaria pudieren constituir delitos investigables de oficio, deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad competente, enviándoles las pruebas de la posible conducta delictiva".

En la doctrina nacional se tiene como acción disciplinaria, entre otros, los siguientes conceptos:

> Es la facultad del Estado para poner en funcionamiento su aparato jurisdiccional o, en términos más comprensibles, es la autoridad que la ley confiere a quienes ejercen en nuestro país el poder público para iniciar una averiguación o investigación con el objeto de descubrir la verdad, con base en ella, impartir justicia o dar a cada quien lo que merece, lo que justamente le corresponde[19].
>
> Es, la puesta en movimiento del mecanismo previsto para examinar las que puedan ser faltas disciplinarias[20].

18 Código General Disciplinario.

19 Cruz Patiño, Fernando. Derecho disciplinario Práctico. Editorial Universidad Cooperativa de Colombia. 1º ed. Bogotá, 2007, pág. 19.

20 Brito Ruiz, Fernando. Procedimiento Disciplinario. Editorial Instituto de Estudios del Ministerio Público. 3º ed. Bogotá, 2010, pág. 28.

2. Naturaleza

Como lo relacionamos en los conceptos que anteceden, el artículo 85 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[21] (artículo 68 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002[22]), establece que la "naturaleza de la acción disciplinaria" es *pública*[23], lo que implica la existencia de una comunidad con interés de hacerla efectiva a través de la denuncia, de la queja o de su oficiosidad y un Estado que la represente con el deber funcional de investigar y sancionar las conductas que afecten los principios y fines de su estructura orgánica. Es *pública* porque su ejercicio no depende de la decisión del particular, ni del titular de la potestad disciplinaria, quien no puede *motuo proprio* optar por iniciarla o no, y cuando la inicia no puede revocarla, ni suspenderla a voluntad de los sujetos procesales y de él como su autoridad competente por ministerio de la *Constitución Política* y de la *Ley*, salvo los eventos en que *Ley Disciplinaria* así lo permitan.

"Se concluye, pues, que la naturaleza jurídica de la acción disciplinaria se identifica con la penal, y que se diferencia sustancialmente de la civil"[24]. Argumento que Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta complementa reconociendo y admitiendo "un acentuado acercamiento filosófico entre tales instituciones", ya que tanto el derecho disciplinario como el derecho penal "proceden de un mismo origen socio-político con altas repercusiones jurídicas: el poder coercitivo del Estado, generador en una de sus modalidades del llamado en algunos sectores Derecho Sancionador, universo normativo del cual forma parte el Derecho Penal, y el Derecho Administrativo Sancionador, una de cuyas ramificaciones es el Derecho Disciplinario en su versión restrictiva"[25], trayendo de la mano la *Sentencia T-438 del 1º de julio de 1992*, cuya ponencia pertenece al magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz y la cual, más adelante, se extracta en forma resumida.

Como se destaca en precedencia, la *naturaleza de la acción disciplinaria*, por mandato del artículo 85 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (artículo 68 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), debe enmarcarse dentro del concepto de *acción pública*, para lo cual deberá aceptarse que le son aplicables los *principios* que orienta nuestra *Carta Política de 1991*, la *Ley 1437 del 18 de enero de 2011*[26], la *Ley 599 del 24 de julio de 2000*[27]; la *Ley 906 del 31 de agosto de 2004*[28], sin que por ello sea menester concluir que al aplicarlos le proyecten al *Derecho Disciplinario* una *naturaleza administrativa, penal, sancionatoria o punitiva* o *administrativa disciplinaria,* ni mucho menos una *naturaleza penal administrativa*, al punto que como lo afirmábamos:

21 Código General Disciplinario.

22 Código Disciplinario Único.

23 Ver: Concepto de la Procuraduría Auxiliar C-008-2011, Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios Juan Carlos Novoa Buendía.

24 Rodríguez, Gustavo Humberto. Derecho Administrativo Disciplinario – Doctrina – Legislación– Jurisprudencia. Editorial Ediciones Librería del Profesional. 1º ed. Bogotá, 1985, pág. 94.

25 Ostau De Lafont Pianeta, Rafael. Naturaleza Jurídica del Derecho Disciplinario. Ed. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 1998, págs. 48 y 49.

26 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

27 Código Penal.

28 Código de Procedimiento Penal.

> "no encasillamos, (...) al *Derecho Disciplinario* en ninguna exclusividad *Administrativa o Penal o Penal Administrativa o Administrativa Disciplinaria o Sancionatoria,* pues simplemente tomamos como referencia el *artículo 29 de la Constitución Política* y en aras de preservar los derechos fundamentales del *implicado, investigado* o *disciplinado*, aplicamos la disposición que *garantice el respeto* a su *dignidad humana y que mejor se acomode a su derecho de defensa*, sin conculcar los demás derechos que devienen del *debido proceso* constitucional. Es tan clara la *Norma Superior* referida que de manera inequívoca sentencia en su inciso primero: *'El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas'.*

Por ello no podemos sostener que al *Derecho Disciplinario* lo direccione el *Derecho Administrativo,* de manera absoluta, pues sería absurdo sostener que el *artículo 29 de la Carta Fundamental* admita los principios de **'oportunidad y conveniencia'** que siempre han campeado dentro de la estructura del *Derecho Administrativo,* toda vez que ellos contrarían, en materia disciplinaria, el derecho fundamental al *debido Proceso,* **por ser ellos base de arbitrariedad** con la cual **se manejaban caprichosamente y de manera discrecional los procesos disciplinarios en vigencia de la mayoría de estatutos disciplinarios anteriores**, como lo recuerdan las disposiciones de la derogada *Ley 13 del 9 de marzo de 1984*[29] y su *Decreto Reglamentario 482 del 19 de febrero de 1985*, que entre otras cosas **también admitían la aplicación de la responsabilidad objetiva**[30] para el análisis y juzgamiento a los *destinatarios* de la *Ley Disciplinaria*, por encontrarse ellos a merced del *Estado,* pues *sus normas solamente se interpretaban con referencia al Derecho Administrativo*.

Con estas precisiones podemos afirmar que **las garantías procesales** del *indagado, investigado* o *disciplinado* no pueden ser cubiertas por el *Derecho Administrativo*, habida cuenta que el *proceso disciplinario* se reafirma con el respeto pleno al principio constitucional del *debido proceso...*, **descartando los principios de oportunidad y conveniencia**, que **desestiman el principio de legalidad y varios principios de exigencia penal**, los cuales imperaban cuando el *derecho disciplinario* no estaba completamente *reglado*; cuando era *potestad exclusiva del rey su aplicación* y cuando en las *decisiones discrecionales del monarca no podía irrumpir lo jurídico*. Hoy por hoy en las *relaciones especiales de sujeción* respecto del destinatario de la ley disciplinaria, **tienen plena aplicación para él todos los principios de naturaleza penal y administrativa que protejan sus garantías individuales** (siempre y cuando estén acordes con la naturaleza del derecho disciplinario); el *poder disciplinario* no está libre de control.

Tampoco **podemos sostener que al Derecho Disciplinario lo direccione el Derecho Penal,** de manera también absoluta, toda vez que **el Derecho Disciplinario es administrativo en cuanto a la forma; sus disciplinadores son administrativos; sus decisiones igualmente y las consecuencias únicamente interesan a ese derecho**. Igualmente **el objeto, interés o bien, jurídico tutelado del derecho disciplinario**

29 El artículo 1º señalaba: "El régimen disciplinario... la interpretación de sus normas se hará con referencia al derecho administrativo, con preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico".

30 El artículo 18, inciso 2º de la Ley 13 del 9 de marzo de 1984 expresaba: "Para aplicar una sanción disciplinaria bastará una declaración de testigo bajo juramento que ofrezca serios motivos de credibilidad y un indicio grave de que el inculpado es responsable disciplinariamente".

importa únicamente a la Administración pública[31] y la conducta *típica* viene referida exclusivamente al encuadramiento de los comportamientos en las faltas disciplinarias descritas previamente por el legislador, que deben afectar el deber funcional, soportado en los principios, fines y funciones del Estado, conforme a las precisiones contenidas en los artículos 2º y 209 de la *Constitución Política*, que a su vez se valoran en el artículo 9º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[32] (artículo 5º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[33]), con los elementos propios de la *ilicitud* o *antijuridicidad sustancial*, tal como lo denominó el doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, (…) en su obra *Justicia Disciplinaria* – de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud- Editada por IEMP ediciones, Bogotá noviembre de 2009.

Por consiguiente el *Derecho Disciplinario no puede confundirse con el Derecho Penal*, es un derecho que forma parte del derecho punitivo o sancionador del Estado, que **conforme a lo señalado por la honorable Corte Constitucional debe acudir 'a los principios y garantías propias del derecho penal'** '(…) La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general sean aplicables también a ese otro derecho, más especializado pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario (…) **Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predican también del disciplinario** (…)[34]. Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que este derecho disciplinario, que es, en últimas un derecho penal administrativo, debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal común. Debe aplicarse directamente el artículo 375 del Código Penal, que establece: 'Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que estas no dispongan otra cosa'[35]. En consecuencia, se debe entender que 'materias penales' no es equivalente a 'materias criminales', sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término 'penas' en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada. Si no se aceptare la

31 Mejía Ossman, Jaime y Quiñones Ramos, Silvio Sanmartín. Procedimiento Disciplinario. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2004, págs. 141 y 142.

32 Código General Disciplinario.

33 Código Disciplinario Único.

34 La Corte Constitucional en Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998. Demandante: Carlos Fernando Muñoz Castrillón. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-2086), citando la Sentencia C-310 del 25 de junio de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), dijo:

"(…) el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, *mutatis mutandi* (cambiando lo que se debe cambiar) en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado (…)".

Igualmente, en *Sentencia C-431 del 6 de mayo de 2004*. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. *Expediente D-4857*, expresó: "(…) Por último, debe recordarse que reiteradamente la Corte ha sostenido que en el ámbito de la potestad disciplinaria tienen aplicación, *mutatis mutandi*, los principios que dominan la actividad sancionadora del Estado, cuales son los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad. (Cf., entre otras, las Sentencias T-438/92, C-195/93, C-244/96 y C-280/96). (…)". (Corte Constitucional, *Sentencia C-431 del 6 de mayo de 2004*. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. *Expediente D-4857*).

Los anteriores apartes nos permiten entender que **no todos los principios del derecho penal se pueden aplicar en el derecho disciplinario**. Ej. El principio de oportunidad no forma parte de la ley disciplinaria.

35 Se refiere al Decreto 100 del 23 de enero de 1980.

aplicación directa de este precepto en el derecho disciplinario, cabría en todo caso la aplicación analógica del mismo, por la similitud en la naturaleza de las normas. En todo caso, la misma Constitución permite hacer esta interpretación, pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones *judiciales o administrativas*"[36].

Así mismo la *Corte Constitucional*, en otras sentencias, con relación a la remisión a los *principios del derecho penal* por parte del intérprete y aplicador de la norma disciplinaria, dijo:

>] "(...) Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, entre otros, se muestran como rectores del proceso disciplinario en general (ver la Sentencia C-310/97, M.P. Dr. Carlos Gavoria Díaz). Así mismo, dada la utilización extensiva de algunos de los elementos singulares del derecho penal sustantivo y procesal, **resultan aplicables en el derecho disciplinario los principios atinentes a la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y proporcionalidad de la sanción**, con las adaptaciones convenientes a la finalidad ya señalada de este régimen. (...)". *(las negrillas fuera del texto)*- (Corte Constitucional, *Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999*. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: **Álvaro Tafur Galvis**. Expediente D-2329)[37].
>
> _____
>
> "(...) 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 fuera del texto)*- (Corte Constitucional, *Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999*. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: **Álvaro Tafur Galvis**. Expediente D-2329)[38].
>
> _____
>
> "...el ejercicio del derecho del Estado a sancionar *(ius punendi)* las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, **lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios, particularmente, en lo que hace al derecho penal** (ver la Sentencia T-438/92, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la medida en que ambos participan de elementos comunes. Sinembargo, la remisión a los institutos de ese derecho sólo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta que el derecho disciplinario constituye una disciplina autónoma e

36 Sentencia T-438 del 1º de julio de 1992. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

37 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 49.

38 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 49.

independiente de orden jurídico (ver la Sentencia C-769/98, M.P. Antonio Barrera Carbonell, antes citada.) (...)". *(las negrillas fuera del texto)*- (Corte Constitucional, *Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999*. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: **Álvaro Tafur Galvis**. Expediente D-2329)[39].

_____

"(...) 2.3. Indudablemente, **existen principios, que son comunes tanto al derecho penal como al derecho disciplinario**, v.gr. los de legalidad, tipicidad, derecho de defensa, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, non bis in ídem, etc. (...)". *(las negrillas fuera del texto)*- (Corte Constitucional, *Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998*. Demandante: Carlos Fernando Muñoz Castrillón. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-2086)[40].

_____

"(...) 3.3.3 Ahora bien, debe recordarse que reiteradamente la Corte ha sostenido que en el ámbito de la potestad disciplinaria tienen aplicación los principios que dominan la actividad sancionadora del Estado (ver entre otras, las Sentencias T-438/92, C-195/93, C-244/96 y C-280/96, C-818/05). **Estos principios comunes a todos los procedimientos que evidencian el *ius puniendi* del Estado -legalidad, tipicidad, prescripción, culpabilidad, proporcionalidad, *non bis in ídem*-, resultan aplicables a los diferentes regímenes sancionatorios establecidos -penal, disciplinario, fiscal, civil, administrativo no disciplinario**-, o que se establezcan por el legislador **para proteger los diferentes bienes jurídicos ligados** al cumplimiento de los fines del Estado y el ejercicio de las funciones públicas (ver al respecto la *Sentencia C-233/02* M.P. Álvaro Tafur Galvis).

La Corte ha precisado que debido a las particularidades de cada uno de los regímenes sancionatorios, que difieren entre sí por las consecuencias derivadas en su aplicación y por los efectos sobre los asociados, dichos principios adquieren matices dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate, siendo en todo caso en materia penal, que los presupuestos son los más estrictos (ver *Sentencia C-406/04* M.P. Clara Inés Vargas Hernández. A.V. **Álvaro Tafur Galvis** A.V. Manuel José Cepeda Espinosa, S.P.V. Jaime Araújo Rentería).

En ese orden de ideas, la Corte ha expresado que 'entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como

39 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 80.

40 Mejía Ossman, Jaime y Mejia Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 1028.

los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal.' (Sentencia C-597 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero). Esta orientación, de otra parte, coincide con líneas doctrinarias generalmente aceptadas, como pone de presente Ramón Parada cuando expresa que en materia penal el principio imperante debe ser el de reserva absoluta de ley mientras que en materia sancionatoria administrativa debe imperar el principio llamado de 'cobertura legal' que 'sólo exige cubrir con ley formal una descripción genérica de las conductas sancionables y las clases y cuantías de las sanciones, pero con la posibilidad de remitir a la potestad reglamentaria la descripción pormenorizada de las conductas ilícitas es decir la tipicidad. Obra citada en la nota 17).

Así ha señalado la jurisprudencia que si bien hay elementos comunes a los diversos regímenes sancionadores es lo cierto que las características específicas de cada uno de ellos exigen tratamientos diferenciales (ver Sentencia C-827/01 M.P. **Álvaro Tafur Galvis** S.V. Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Jaime Araújo Rentería).

En ese orden de ideas, es claro que el régimen disciplinario especial reconocido por la Carta a los miembros de la Fuerza pública, en tanto hace parte integral del concepto de derecho disciplinario debe atender los principios rectores del debido proceso que gobiernan y orientan de forma general y específica el *ius puniendi* o potestad punitiva del Estado (ver Sentencia C- 827 de 2001 M.P. **Álvaro Tafur Galvis** S.V. Rodrigo Escobar Gil y Jaime Araújo Rentería) pero sometidos a unos determinados matices (ver entre otras las Sentencias T-438 de 1992, C-195 de 1993, C-244 de 1996, C-280 de 1996, C-124 de 2003 y C-431 de 2004) que la Corte pasa ahora a examinar concretamente en relación con el alcance del principio de legalidad a que se refiere específicamente el actor en su demanda. (...)". (Corte Constitucional, *Sentencia C-507 del 6 de julio de 2006*. Demandante: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro. Magistrado ponente: **Álvaro Tafur Galvis.** Expediente D-6063)[41].

"(...) Así, el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y *non bis in ídem*, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza. (...)". (Corte Constitucional, *Sentencia C-252 del 25 de marzo de 2003*. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-4180)[42].

41 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 1045.

42 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 1056.

_____

> "... Los principios rectores del proceso disciplinario -debido proceso, principio de legalidad, principio de favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, etc.- **deben necesariamente identificarse, cualquiera que sea el régimen al que se pertenezca, pues se han instituido para garantizar al servidor público, objeto de investigación**, el respeto de sus derechos constitucionales en el adelantamiento del proceso respectivo. (...)". *(las negrillas fuera del texto)*- (Corte Constitucional, *Sentencia C-310 del 25 de junio de 1997*. Demandante: Carlos Mario Isaza Serrano. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1515)[43].

De esta manera, es necesario expresar que la Ley Disciplinaria recibe del Derecho Administrativo las formalidad que lo informa, los fines que persigue y los principios que lo estructuran, **con independencia de los de oportunidad y conveniencia**; y **del Derecho Penal, extracta los principios que están conforme a su naturaleza sancionatoria y aquellos que sirven de garantía al destinatario de la Ley disciplinaria como manifestación Constitucional y legal**[44] y en cumplimiento a las directrices trazadas por la honorable Corte Constitucional. Pensar diferente sería desconocer el comentado artículo 29 de la Constitución Política, el artículo 22 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[45] (artículo 21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[46]) **y sería no comprender al legislador quien impuso muchos ingredientes normativos en los principios rectores de la comentada Ley 1952**, **frente a los cuales la interpretación únicamente se encuentra en el Estatuto Penal Ordinario Colombiano, como por ejemplo** "la proscripción de la responsabilidad objetiva"; la decisión que "las conductas sólo son sancionables a título de dolo o culpa" (artículo 10); la enunciación del in dubio pro "disciplinado" (artículo 14); la presunción de inocencia (artículo 14); la cosa juzgada (artículo 16) y la favorabilidad (retroactividad y ultractividad de la ley – artículo 8º), amén de muchas precisiones normativas que su sustento puede apoyarse en el Derecho Penal, como lo son la autoría (artículo 30); el concurso; las causales de exclusión de responsabilidad (artículo 31); la mayoría de los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, dentro de ellos el grado de culpabilidad (artículo 47, numeral 1º); la oficiosidad y preferencia (artículo 86); la obligatoriedad de la queja (artículo 87); la exoneración del deber de formular quejas (artículo 88); la terminación del procedimiento (artículo 90); la acumulación (artículo 63 de la Ley 200 del 28 de julio de 1995); los derechos del disciplinado (artículo 112); los requisitos formales del pliego de cargos (artículo 223); la redacción de los fallos (artículo 231); la prueba para sancionar (artículo 160); las causales de nulidad (artículo 202); la indagación previa (artículo 208); la versión voluntaria o exposición espontánea; la investigación disciplinaria (artículo 211); la formulación de cargos (artículo 222); el archivo definitivo (artículo 224); la variación del pliego de cargos

43 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 1058.

44 Recuérdese el artículo 22 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), cuando establece: "En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta ley, además de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en los códigos (...) General del Proceso, Penal y de Procedimiento Penal en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario" (las letras inclinadas y negrillas fuera del texto).

45 Código General Disciplinario.

46 Código Disciplinario Único.

(artículo 229); los alegatos precalificatorios (artículo 220); el juzgamiento del ausente (artículo 15), así como lo relacionado con la ilicitud o la antijuridicidad sustancial (artículo 9º); reconocimiento de la dignidad humana (artículo 1º); la gratuidad en la actuación disciplinaria (artículo 17); la culpabilidad (artículo 10); fines de la sanción disciplinaria (artículo 5º); derecho a la defensa (artículo 15); la porporcionalidad (artículo 6º); motivación (artículo 19); aplicación de principios e integración normativa (artículo 22); la falta disciplinaria (artículo 26); causales de extinción de la acción disciplinaria (artículo 32); prescripción e interrupción de la acción disciplinaria (artículo 33); renuncia a la prescripción (artículo 34); términos de prescripción de la sanción disciplinaria (artículo 36); Inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses (artículo 40 y ss.); criterios para la graduación de la sanción (artículo 50); descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo (artículo 65); naturaleza pública de la acción disciplinaria (artículo 85); obligatoriedad de la acción disciplinaria (artículo 87); la competencia (artículo 91 y ss.); la conexidad (artículos 91 y 98); impedimentos y recusaciones (artículo 104 y ss.); facultades de los sujetos procesales (artículo 110); principios que rigen la actuación procesal (artículo 114); reserva de la actuación disciplinaria (artículo 115); requisitos formales de la actuación (artículo 116); motivación de las decisiones disciplinarias y términos para adoptar decisiones (artículo 117); utilización de medios técnicos (artículo 118); reconstrucción de expedientes (artículo 119); corrección, aclaración y adición de los fallos (artículo 140); las pruebas (artículos 147 y ss.); los medios de prueba (artículo 149 y ss.); prueba trasladada (artículo 154); la certeza de la prueba sobre la existencia de la falta y de la responsabilidad del investigado (artículo 160), atribuciones de policía judicial (artículo 200 y ss.); indagación previa (artículo 208); decisión inhibitoria (artículo 209); investigación disciplinaria (artículo 211 y s.s.) cierre de la investigación (artículo 220); traslado para alegatos de conclusión (artículo 225E); contenido del fallo (artículo 231); segunda instancia (artículo 234 y s.s.); ejecución y registro de las sanciones (artículo 236 y s.s.); recurso extraordinario de revisión (artículo 238A y ss.) y la necesidad y carga de la prueba (artículo 147), entre otros.

3. Titularidad

Con gran claridad el artículo 2º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[47] (artículo 2º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[48]), aplicable a todas las Codificaciones Disciplinarias, indica que la titularidad de la acción disciplinaria le "**corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado**", para que ellos conozcan los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de las respectivas dependencias. La disposición sujeta la titularidad de la acción disciplinaria al ejercicio del poder preferente por parte de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales. Con relación a los funcionarios de la rama judicial, señala que el titular de la acción disciplinaria "es la jurisdicción disciplinaria".

Igualmente, el artículo 76 ídem expresa que "el régimen especial"[49] para los notarios se aplica por la Superintendencia de Notariado y Registro como órgano de control especial

47 Código General Disciplinario.

48 Código Disciplinario Único.

49 En las voces del artículo 75 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, el régimen disciplinario especial es el de los particulares.

con todos sus requisitos y consecuencias, sin perjuicio del poder preferente que podrá ejercer la Procuraduría General de la Nación".

4. Características

La acción disciplinaria tiene las siguientes características: Pública: Quiere esto decir que es la sociedad la que tiene interés en promoverla y por lo tanto debe iniciarse y proseguirse hasta su culminación; el Estado tiene el derecho y a la vez el deber de investigar los hechos que presumiblemente constituyen faltas disciplinarias. Oficiosa: Porque la Administración tiene el deber de empezarla por iniciativa propia, cuando tiene conocimiento de que se cometieron unos hechos que pueden ser violatorios de las normas disciplinarias. Indesistible: Como consecuencia de la publicidad de la acción. **Una vez iniciada no puede desistirse** y por lo tanto debe culminar por terminación del proceso disciplinario y su correspondiente archivo o con fallo favorable o desfavorable a los investigados o excepcionalmente por extinción, por caducidad[50] o por prescripción. Obligatoria: La Administración está en su deber de adelantar la acción: no es para ella opción hacerlo o no; esta característica también se conoce como indispensable, porque ni el Estado ni los particulares pueden disponer el adelantarla o no. Indivisible: La acción es una sola, así haya uno o varios investigados y por lo tanto debe dirigirse contra todos ellos. La publicidad de la acción disciplinaria trae como consecuencia que sea única e indivisible frente al fenómeno de la coparticipación; imperativa en cuanto a la obligatoriedad de su ejercicio para el funcionario competente e irrenunciable e irrevocable pues una vez se inicie no puede suspenderse, desistirse, renunciarse o revocarse. Popular: Por cuanto cualquier persona que tenga conocimiento de la conducta constitutiva de una conducta contraria a la ley disciplinaria debe obligatoriamente dar el aviso correspondiente. Sin embargo, es conveniente aclarar que por el hecho de dar el aviso a la autoridad, no se es parte en el proceso disciplinario; se es simplemente denunciante o quejoso[51], pero como tal, se es un tercero en el proceso[52], salvo en el evento de que el quejoso tenga la calidad de víctima o perjudicado, evento en el cual se tendrá como sujeto procesal y por lo tanto, según la Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, titular de las facultades conferidas por la Ley Disciplinaria a los sujetos procesales en el artículo 110 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[53], "cuando se trate de faltas disciplinarias que constituyen violaciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario", pudiendo reclamar la revocatoria

50 Cuándo se aplicaba o que por favorabilidad aún se llegue a aplicar.

51 De acuerdo con lo señalado en el parágrafo 1º del artículo 110 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, "la intervención del quejoso, que no es sujto procesal, a excepción de lo establecido en el artículo anterior, se limita únicamente a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento, a aportar las pruebas que tenga en su poder y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio —apelación Art. 134 ídem—. Para estos precisos efectos podrá conocer el expediente en la secretaría del despacho que profirió la decisión" y se le deberá comunicar la decisión de archivo y el fallo absolutorio, según las voces del artículo 129-2.

De la misma manera el parágrafo del artículo 32 ibidem señala que "el desistimiento del quejoso no extingue la acción disciplinaria".

52 Mejía Ossman, Jaime y otros. Régimen Administrativo Disciplinario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Editorial Minhacienda. 2ª ed., Bogotá 1990, págs., 27 y 28 y Mejía Ossman, Jaime. Código Disciplinario Único–Parte General –. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 1999, pág. 35.

53 Código General Disciplinario.

directa del "fallo absolutorio y del archivo de la actuación por parte del Procurador General de la Nación"[54].

5. Indesistibilidad

Dentro de las características de la acción disciplinaria, se encuentra la de su "indesistibilidad", lo cual se concluye al revisar de manera detenida los artículos 2º[55], 86[56],

54 Paragrafo 1º del artículo 141 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Parágrafo 1º del artículo 122 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002).

55 "Artículo 2º. Ley 1952/2019. Titularidad (...) y autonomía de la acción (...) Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, los partculares y demás autoridades que administran justicia de manera temporal o permanente es la jurisdicción disciplinaria.

La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta."

56 Artículo 86. Oficiosidad y preferencia. La acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, y no procederá por anónimos, salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados en los artículos 38 de ley 190 de 1995 y 27 de la ley 24 de 1992".

Los artículos en su orden, expresan:

"Artículo 38. Ley 190 del 6 de junio de 1995. Lo dispuesto en el artículo 27 numeral 1º de la Ley 24 de 1992 se aplicará en materia penal y disciplinaria, a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito o infracción disciplinaria que permitan adelantar la actuación de oficio".

"Artículo 27. Ley 24 del 15 de diciembre de 1992. Para la recepción y trámite de quejas esta Dirección se ceñirá a las siguientes reglas:

1. Inadmitirá quejas que sean anónimas o aquellas que carezcan de fundamento. Esta prohibición será obligatoria para todo el Ministerio Público.

2. Las quejas que involucren a algún servidor del Estado serán remitidas a la entidad respectiva para que en un plazo no mayor a cinco días informe por escrito al solicitante, con copia a la Defensoría remitente, el trámite y la gestión cumplida.

3. La negativa o negligencia a responder constituye falta grave, sancionada con destitución del cargo y será tomada como entorpecimiento de las labores del Defensor. En estos casos el Defensor podrá incluir el nombre del funcionario renuente en el informe al Congreso o divulgar a la opinión pública, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que haya lugar.

4. Cuando las circunstancias lo aconsejen se podrá mantener bajo reserva la identidad del quejoso, salvo las excepciones legales".

La Procuraduría General de la Nación, previa decisión motivada del funcionario competente, de oficio o a petición del disciplinado, cuando éste invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso, podrá asumir la investigación disciplinaria iniciada por otro organismo, caso en el cual éste la suspenderá y la pondrá a su disposición, dejando constancia de ello en el expediente, previa información al jefe de la entidad. Una vez avocado el conocimiento por parte de la Procuraduría, ésta agotará el trámite de la actuación hasta la decisión final.

o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, y no procederá por anónimos, salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados en los artículos 38 de ley 190 de 1995 y 27 de la ley 24 de 1992. La Procuraduría General de la Nación, previa decisión motivada del funcionario competente, de oficio o a petición del disciplinado, cuando éste invoque debidamente sustentada

109[57] y 110 (parágrafo)[58] de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[59] (1º, 69, 89 y 90 -parágrafo- de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), para significar que al Estado no le es permitido abstenerse de ejercer su potestad disciplinaria, ni mucho menos el poder de desistir de la acción que hubieren incoado a los sujetos procesales y a quienes legalmente puedan intervenir en la investigaciones. **Es decir ni el Estado puede renunciar a la investigación oficiosa o a solicitud de parte; ni esa manifestación puede ser obligatoria para las autoridades disciplinarias o jueces disciplinarios**. Sobre el particular, la Procuraduría Auxiliar de la Procuraduría General de a Nación en Consulta Nº C-5226 (PA-164) del 29 de enero de 1996, siendo su Procurador Auxiliar Henry Joya Pineda, así se expresó:

---

la violación del debido proceso, podrá asumir la investigación disciplinaria iniciada por otro organismo, caso en el cual éste la suspenderá y la pondrá a su disposición, dejando constancia de ello en el expediente, previa información al jefe de la entidad. Una vez avocado el conocimiento por parte de la Procuraduría, ésta agotará el trámite de la actuación hasta la decisión final."Tomado de Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único.* Concordado – Sentencias de constitucionalidad – doctrina y conceptos de la Procuraduría General de la Nación. Editorial Instituto de Estudios del Ministerio Público. 1º ed. Bogotá, 2012.

57 "Artículo 109. Sujetos procesales en la actuación disciplinaria. Podrán intervenir en la actuación disciplinaria, como sujetos procesales, el investigado y su defensor, el Ministerio Público, cundo la actuación se adelante en la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, o quien haga sus veces, o en el Congreso de la República contra los funcionarios a que se refiere el artículo 174 de la Constitución Política. Esta misma condición la ostentarán las víctimas de conductas violatorias de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitaripo, así como de acoso laboral.

En ejercicio del poder de supervigilancia administrativa y cuándo no se ejerza el poder preferente por la Procuraduría General de la Nación, ésta podrá intervenir en calidad de sujeto procesal". *(la expresión tachada fue eliminada del texto, según el artículo 72 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2022, que reforma a la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario).*

El artículo 174 de la Constitución Política, señala: "Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el Presidente de la República, o quien haga sus veces; contra los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura *(actualmente Comisión Nacional de Disciplina Judicial)*, el Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, conocerá por hechos u omisiones ocurridas en el desempeño de los mismos".

Nota: El artículo 109 fue demandado por Javier Alejandro Acevedo y la *Corte Constitucional* mediante *Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004* lo declaró ***exequible***, siendo magistrado ponente por Jaime Córdoba Triviño, expediente D-4560, "*en el entendido que las víctimas o perjudicados de las faltas disciplinarias que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario también son sujetos procesales y titulares de las facultades a ellos conferidos por la ley".*

De la misma manera, este artículo fue demandado por Nélson Jiménez Calvache y la *Corte Constitucional* mediante *Sentencia C-487 del 22 de julio de 2009* decidió ***estarse a lo resuelto*** en la *Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004*, cn ponencia de Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, expediente D-7449.

Tomado de Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único. Concordado – Sentencias de Constitucionalidad – Doctrina y Conceptos de la Procuraduría General de la Nación.* Editorial Instituto de Estudios del Ministerio Público. 1º ed. Bogotá, 2012.

58 "Artículo 110. Facultades de los sujetos procesales. Los sujetos procesales podrán:

(...)

Parágrafo 1º. La intervención del quejoso, **que no es sujeto procesal**, **a excepción de lo establecido en el artículo anterior, se limita únicamente a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento, a aportar las pruebas que tenga en su poder y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio**. Para estos precisos efectos podrá conocer el expediente en la Secretaría del Despacho que profirió la decisión" *(las negrillas fuera del texto).*

59 Código General Disciplinario.

"(...) Una concepción armónica de los contenidos normativos plasmados en los artículos 2º[60], 47[61] y 71[62] de la Ley 200 de 1995, nos indica que **en materia disciplinaria no es posible dar aplicación** a la figura del **desistimiento de la acción**.

En efecto, el titular de la acción disciplinaria es el Estado (art. 2º)[63] quien si bien puede ser despojado de su poder sancionador por el transcurso del tiempo al operar la prescripción de ésta, no se encuentra habilitado para renunciar[64] a su deber, de investigar y sancionar disciplinariamente cuando a ello hubiere lugar.

A términos del artículo 47 citado, prevalece la oficiosidad en la acción disciplinaria, aun cuando no se descarta que ella pueda iniciarse y proseguirse a instancias de un servidor público, 'de queja formulada por cualquier persona' o por cualquier otro medio convincente.

Sin duda, el artículo 71 ibídem, pero específicamente su inciso segundo, dejan claro que ni el informador ni el quejoso son parte en el proceso disciplinario[65] y

60 El artículo señalaba: "Titularidad de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria corresponde al Estado. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, corresponde a las ramas y órganos del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.

La acción disciplinaria es independiente de la acción penal."

61 La disposición expresaba: "Oficiosidad y preferencia. La acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, por información proveniente de servidor público, de queja formulada por cualquier persona o por cualquier otro medio siempre y cuando éste amerite credibilidad.

En cualquier momento, la Procuraduría General de la Nación, previa decisión motivada de funcionario competente podrá asumir una investigación iniciada por cualquier organismo, en cuyo caso el competente la suspenderá y pondrá a su disposición, dejará constancia de ello en el expediente y dará información al jefe de la entidad. Igual trámite se observará, cuando sea la Procuraduría la que determine remitir el trámite al control disciplinario interno de los organismos o entidades.

Los Personeros tendrán frente a la administración distrital o municipal competencia preferente".

62 La norma advertía: "Intervinientes en el proceso disciplinario. En el proceso disciplinario solamente pueden actuar el acusado y su apoderado, sin perjuicio de la intervención que en razón de la vigilancia superior pueda realizar la Procuraduría General de la Nación.

Ni el informador ni el quejoso son parte en el proceso disciplinario. Su actuación se limita a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento con el deber de aportar las pruebas que tenga en su poder".

63 Hoy con mayor amplitud dispositiva y según el artículo 2º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, la titularidad de la acción disciplinaria, sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, "corresponde a las oficinas de control interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas , órganos y entidades del Estado...

El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, los particulare y demás autoridades que administran justicia de mnera temporal o permanente es la jurisdicción disciplinaria" y "la acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta".

64 El artículo 87 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, nos precisa que la acción disciplinaria es obligatoria para el servidor público que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria y el numeral 25 del artículo 38 ídem, tipifica la conducta de quien ignore su denuncia, como incumplimiento a sus deberes que podrá sancionarse como falta grave o leve.

Debe igualmente señalarse, que por mandato del parágrafo del artículo 32 *idem*: "El desistimiento del quejoso no extingue la acción disciplinaria".

65 A raíz de la Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), se incluyó como sujetos procesales a las víctimas o perjudicados, cuando las faltas disciplinarias constitu-

que su actuación se limita a la presentación y ampliación de la queja. De lo anterior se infiere que tales intervinientes no tienen poder dispositivo alguno para desistir de la acción que han propuesto[66] y que su manifestación en tal sentido no puede ser vinculante para el organismo de control respectivo (...)" *(las negrillas fuera del texto)*.

6. Finalidad

De acuerdo conla Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996 proferida por la Corte Constitucional con ponencia de Carlos Gaviria Díaz, expediente D-1058, la finalidad de la acción disciplinaria "(...) es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo (...)", **a través de la preservación de los principios, fines y funciones previstos en la Constitución Política**, todo lo cual se obtiene cuando a través de la potestad disciplinaria se realiza una adecuada investigación, ajustada al respeto, reconocimieno de la dignidad humana y al debido proceso, que debe culminar con una decisión justa. **Decisión que cuando es sancionatoria, mantiene incólumes la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la armonía, la disciplina, la celeridad, la buena marcha de la administración**, así como la sanción, indudablemente, previene conductas infractoras al deber funcional, que puedan alejar a sus destinatarios de la efectividad de los principios y fines constitucionales y legales que les es obligatorio observar en el ejercicio funcional.

7. Apertura de la acción disciplinaria

Antes de la modificación dispuesta por la Ley 1474 del 12 de julio de 2011[67], teníamos la convicción que **la acción disciplinaria se iniciaba con el auto de indagación preliminar**, pero al leer detenidamente el artículo 132 del "Nuevo Estatuto Anticorrupción", que modificó al artículo 30 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (vigente para ese momento) el concepto cambió radicalmente, toda vez que allí se leía: "la acción disciplinaria **caducará** si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria". Y más adelante señalaba: "la acción disciplinaria prescribirá en cinco (5) años **contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria**", palabras que le daban más fuerza a la

---

yan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, lo cual se avala en el parágrafo 1º del artículo 141 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 al determinar que procede la revocatoria directa del "fallo absolutorio y del archivo (...) a petición del quejoso de las víctimas o perjudicados".

66 El parágrafo del artículo 32 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 es muy claro al expresar: "El desistimiento del quejoso no extingue la acción disciplinaria". De la misma manera el parágrafo del artículo 110 ídem señala que "la intervención del quejoso,que no es sujeto procesal, a excepción de lo establecido en el artículo anterior, se limita únicamente a presentar y ampliar la queja bajo la gravedad del juramento, a aportar las pruebas que tenga en su poder y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio", pudiendo conocer el expediente en la secretaría del despacho que profirió la decisión. Así mismo el artículo 129 ibídem señala que las decisiones de archivo y del inicio de la audiencia deben comunicarse "al quejoso" y que para los efectos legales se entenderá cumplida "cuando hayan transcurrido cinco días a partir del dia siguiente de la fecha de su entrega a la oficina de correo" (La Sentencia C-293 del 2 de abril de 2008 con ponencia de Jaime Araújo Rentería y con relación al contenido del artículo 109 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 decretó su exequibilidad "en el entendido de que si el quejoso demuestra que recibió la comunicación después de los cinco (5) días de su entrega en la oficina del correo, debe considerarse cumplida esta comunicación a partir de esta última fecha".

67 "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública" (Estatuto Anticorrupción).

interpretación que venimos realizando, toda vez que la ley le atribuía esa característica en los términos ya expuestos y que se vuelven a repetir: **"contados a partir del auto de apertura de la acción disciplinaria"** (las negrillas fuera del texto).

La Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios en Concepto C-135 del 6 de octubre de 2011, sobre el tema de la "apertura de la acción disciplinaria", antes de entrar en vigencia el artículo 33 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) señalaba:

> "(…) Siendo coherentes con el inciso primero del artículo 132 de la Ley 1474, debe entenderse que la **apertura de la acción disciplinaria se da con el auto de apertura de investigación**. Con dicha providencia se formaliza la existencia de la investigación, dándole al investigado la calidad de tal; de allí deriva el deber del Estado de decidir el mérito de la actuación procesal con celeridad, como correlato necesario del derecho del investigado a no permanecer sub judice indefinidamente (…)" (las negrillas fuera del texto).]

En la actualidad con la aplicación de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[68] (modificado por el artículo 7° de la Ley 2094 del 29 de junio de 2022), su artículo 33 vuelve a la terminología inicial de los Códigos Disciplinarios Únicos que le precedieron al determinar que "la acción disciplinaria prescribirá en cinco años contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado, desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas, cuándo haya cesado el deber de actuar", lo cual **vuelve a mostrar que la acción disciplinaria se iniciará con el auto de apertura de indagación previa o con el auto de apertura de la investigación disciplinaria.**

8. Caducidad[69], extinción y prescripción

68 Código General Disciplinario.

69 La caducidad cuando formaba parte de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), comportaba serias garantías sustanciales para el indagado conforme lo indicó, en su momento, la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios al señalar en su Concepto C-003/12:

> "(…) El artículo 132 de la ley 1474 lleva a concluir que la caducidad, en materia disciplinaria, es un instituto jurídico en virtud del cual **se limita en el tiempo el derecho que tiene el Estado, a dar inicio a la acción disciplinaria** para que se esclarezca el alcance de una conducta atribuible a un servidor público o a un particular que ejerce función pública; por tal razón, **el auto de apertura de investigación disciplinaria, pone fin a la expectativa de que ello no suceda**, que podría albergar el infractor del ordenamiento disciplinario.
>
> (…)
>
> Ahora bien, como institutos jurídicos liberadores de la responsabilidad, **deberá entenderse que contienen un derecho sustantivo a favor del disciplinado, pues lo benefician de la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano para que se le defina su situación jurídica en un plazo razonable**, pues no puede quedar sujeto perennemente a la posibilidad de que se le cuestione por su proceder o a la imputación que se ha proferido en su contra.
>
> En este orden de ideas, si la caducidad… **comportan garantías sustantivas para el disciplinado**, mal puede considerarse que las disposiciones que las modifican en la Ley 1474 de 2011, **puedan ser de efecto general inmediato**, como ocurre con las normas procesales (artículo 7° del C.D.U.).
>
> En consecuencia, estima esta Procuraduría Auxiliar que los procesos disciplinarios que el **12 de julio** se encontraban en curso, y aún aquellos que no se hubieren iniciado para dicha fecha, pero se refieran a hechos acaecidos antes de ella, **deberán tramitarse conforme a la norma original de la ley 734 de 2002**, es decir, sin que el artículo 132 de la Ley 1474 los afecte.
>
> Como puede verse en la argumentación que antecede, **la norma a aplicar es la que regía al**

Se traducía, en vigencia de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (modificada en ese entonces por el artículo 132 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011), en la pérdida del efecto de la acción disciplinaria, como consecuencia de su extinción, como cuando la acción se acaba o finiquita en su vigor[70]. Es en términos generales la cesación del derecho a entablar, seguir o proseguir con la acción disciplinaria, en virtud de no haberla ejercitado dentro de los términos establecidos para ello. La caducidad de la acción tenía operancia cuando se cumplíaan los términos legales establecidos para su ejercicio.

En la Ley Disciplinaria era la primera vez que de manera concreta el legislador se refería a esta institución jurídica de la "caducidad", al expedir el artículo 132 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, que modificó al artículo 30 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002,en los siguientes términos:

> "La acción disciplinaria **caducará si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de la investigación disciplinaria**. Este término comenzará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar (...)" (las negrillas fuera del texto).

La normatividad que antecede y que fuera *reemplazada* por el artículo 33 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[71], como ya se dijo, se mantuvo vigente **"temporalmente"** por mandato expreso del parágrafo 2º del artículo 265 *idem*, hasta el **29 de diciembre del año 2023**, toda vez que el artículo 73 de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021* (modificatorio de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019), así lo determinó, aplicándose hasta esa fecha el artículo 30 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, en la forma como fuera modificado por el referido artículo 132 de la *Ley 1474 del 12 de julio de 2011*.

Por consiguiente, mientras ocurría la vigencia del artículo 33 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[72], demandaba varias precisiones, implicaciones y aclaraciones para su cabal y correcto entendimiento en ese entonces: En primer lugar la caducidad se constituyó en un instituto procesal que operaba una vez se agotaran los cinco (5) años sin que se hubiera dictado auto de apertura de la investigación disciplinaria; que en el evento en que profería el auto de indagación preliminar, el Juez Disciplinario[73], al

---

momento de la realización de la conducta (principio de legalidad, artículo 4º del C.D.U.), sin que para ello sea necesario aducir el principio de favorabilidad...". (ver: Consulta C-157 del 5 de marzo de 2011).

En la Consulta C-126/11, se señala que en "ninguna de las investigaciones que se vienen adelantando, ni en aquellas cuyo inicio se disponga, por graves violaciones a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario, se podrá aplicar la figura de la caducidad de la acción disciplinaria" (las negrillas fuera del texto).

70 Mejía Ossman, Jaime. Código Disciplinario Único (Comparado-Concordado- Comentado). Ed. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2003, pág. 147.

71 Código General Disciplinario.

72 Código General Disciplinario.

73 Así lo vienen llamando las Sentencias C.S.J. Sala Plena del 7 de marzo de 1985. Magistrado ponente Manuel Gaona Cruz; C-244 del 30 de mayo de 1996. Demandante Marcela Adriana Rodríguez Gómez. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1058 (citado en la Sentencia de tutela T-413 de 1992); C-429 del 2 de mayo de 2001. Demandante Jesús Emilio González Jaramillo. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. Expediente D-2941; T-412 del 22 de mayo de 2004.

parecer, quedaba automáticamente autorizado para emplear un término de cuatro (4) años y trescientos sesenta y cuatro (364) días para evitar la caducidad de la acción; que una vez dictara a los cuatro (4) años y trescientos sesenta y cuatro (364) días **el auto de apertura de la investigación se exoneraba de la caducidad** y **comenzaban a contarse lo cinco (5) años de la "prescripción" de la acción disciplinaria**. En el evento en que **la indagación previa se llevara al límite de la caducidad** (antes de los cinco años), **pensábamos que esa medida iba en contravía** del inciso 4º del artículo 150 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[74] **y contrariaba la filosofía con la cual la Corte Constitucional** en Sentencia C-728 del 21 de junio de 2000, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, precisó que **el término de seis meses "no aparece prima facie como insuficiente para practicar la indagación preliminar".** Dijo en esa oportunidad, entre otras cosas, que:

> "(…) Evidentemente, es posible que, como lo señalan el actor y el Ministerio Público, se presenten situaciones en las que el lapso de seis meses no sea suficiente para determinar la ocurrencia de la falta disciplinaria o individualizar al servidor público que hubiere intervenido en ella. *Sin embargo, en estos casos* **habrá de respetarse la voluntad del legislador de darle prevalencia al derecho del encartado de no permanecer sub judice** *y a su objetivo de que se resuelvan con rapidez las dudas disciplinarias que puedan surgir***, incluso en desmedro de la aspiración de que se haga justicia** *en todas las ocasiones*. (…)" *(las negrillas fuera del texto)*.

En esa época guardábamos la esperanza que la autoridad disciplinaria se atuviera al cumplimiento estricto del inciso 4 del artículo 150 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 **y no extendiera el término de la indagación preliminar** (llamada así en esa codificación) **por más de seis (6) meses y menos la aplazara hasta verse ad portas de la caducidad** (4 años y 364 días), según lo aparentemente permitido por el artículo 30 ídem reformado por el mal denominado "Nuevo Estatuto Anticorrupción"[75]. **En la actualidad** la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, en su artículo 208 (modificado por el artículo 34 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021) **contempla un término de duración para la indagación previa de seis (6) meses,** la cual culminará con el archivo definitivo o auto de apertura de investigación y que en caso de violación de los Derechos Humanos o del Derecho Internacional Humanitario, el término "podrá extenderse a otros seis (6) meses".

Demandante Sandra Mora Moncaleano. Magistrado sustanciador Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1266441; T-1093 del 4 de noviembre de 2004. Demandante Gerardo Ramón de los Ríos Chavarriaga y otros. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349; C-720 del 23 de agosto de 2006. Demandante Sandra Vargas Leaño. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5968 y C-987 del 29 de noviembre de 2006. Demandante Sandra Mónica Cardozo Rojas. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-6273; C-242 del 7 de abril de 2010. Demandante Diego Alberto Zuleta García. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. Expediente D-7852 y Conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios números C-041 del 18 de marzo de 2009 (María Leonor Rueda Rueda), C-115 (PAD-2449) del 25 de junio de 2009 (Juan Carlos Novoa Buendía),

74 Código Disciplinario Único.

75 La Ley 1474 del 12 de julio de 2012 tiene el siguiente objeto: "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública".

En relación con la extinción de la acción disciplinaria, el artículo 32 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[76] (modificado por el artículo 6º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), enumera las causales en que opera, señalando de manera taxativa: "la muerte del investigado" y "la prescripción de la acción disciplinaria"[77]. A raíz de la modificación que el artículo 132 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011 le impartió al artículo 30 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[78], le agregó una más, la cual se relacionaba con "la caducidad", de la cual ya tuvimos la oportunidad de ocuparnos, causal que como lo dijimos, ponía fin o concluía las consecuencias o efectos jurídicos de la acción disciplinaria. En cuanto a la prescripción, el mismo artículo 132 de la Ley 1474 de julio 12 de 2011, determinó que la acción disciplinaria "prescribirá en cinco (5) años contados a partir del auto de apertura de la investigación disciplinaria", lo que modificaba el artículo 30 de la Ley Disciplinaria en tres sentidos: primero, desaparecía el término de doce (12) años para las faltas señaladas en los reemplazados numerales 4 al 10 del artículo 48 ídem[79] (hoy 52-1, 52-2, 52-3, 52-4, 52-5, 61-1, 61-2, 61-3 y 65 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[80]); segundo, comenzaba a contarse a partir del "auto

76 Código General Disciplinario.

77 La prescripción comporta garantías sustanciales para el disciplinado conforme lo ha señalado la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios al expresar en su Concepto C-003/12:

"(…) Por su parte, la prescripción se debe entender como un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a seguir investigando una conducta y, por ende, a imponer la sanción correspondiente; ocurre cuando quien tiene a su cargo el proceso deja vencer el plazo señalado por el legislador para el efecto (5 años), sin haber proferido decisión de fondo. La prescripción de la acción disciplinaria es una causa de extinción de la pretensión punitiva estatal que opera por el mero transcurso del tiempo luego del inicio de la acción, por la comisión de la conducta que la motiva.

Ahora bien, como institutos jurídicos liberadores de la responsabilidad, deberá entenderse que contienen un derecho sustantivo a favor del disciplinado, pues lo benefician de la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano para que se le defina su situación jurídica en un plazo razonable, pues no puede quedar sujeto perennemente a la posibilidad de que se le cuestione por su proceder o a la imputación que se ha proferido en su contra.

En este orden de ideas, si (…) la prescripción comporta garantías sustantivas para el disciplinado, mal puede considerarse que las disposiciones que las modifican en la Ley 1474 de 2011, puedan ser de efecto general inmediato, como ocurre con las normas procesales (artículo 7º del C.D.U.).

En consecuencia, estima esta Procuraduría Auxiliar que los procesos disciplinarios que el 12 de julio se encontraban en curso, y aún aquellos que no se hubieren iniciado para dicha fecha, pero se refieran a hechos acaecidos antes de ella, deberán tramitarse conforme a la norma original de la ley 734 de 2002, es decir, sin que el artículo 132 de la ley 1474 los afecte.

Como puede verse en la argumentación que antecede, la norma a aplicar es la que regía al momento de la realización de la conducta (principio de legalidad, artículo 4º del C.D.U.), sin que para ello sea necesario aducir el principio de favorabilidad (…)" (ver: Consulta C-157 de marzo 5 de 2011).

Con relación a este tema también se puede estudiar la Consulta C-130/11.

78 Código Disciplinario Único.

79 De conformidad con las Consultas C-035/11, C-044/11, C-065/11, C-097/11, C-126/11, C-025/12 y C-047/12, entre otras, se recalca que "sea cual fuere el sujeto disciplinable, esto es, miembros de las Fuerzas Militares, Policía Nacional o cualquier otro agente del Estado y sea cual fuere la fecha de ocurrencia de los hechos, se deberá regir por lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley 836 del 16 de julio de 2003 (hoy 88 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017), es decir, en el término de doce (12) años contado desde el día de la consumación o desde la realización del último acto en las de carácter permanente o continuado (…)".

Igualmente y de conformidad a lo expresado en los Consultas C-135/11, C-156/11, C-158/11, C-166/11, C-169/11 y C-208/11, entre otras, la prescripción se interrumpe con la notificación del fallo de primera instancia.

80 Código General Disciplinario.

de apertura de la investigación", permitiendo, supuestamente como atrás se expresara, que la indagación preliminar pudiera prolongarse hasta antes de los cinco años, so pena de "extinguirse" por haber operado "la caducidad" desde la ocurrencia de la falta[81] y tercero se le agregó que para las conductas omisivas, el término empezaría a contarse "cuando haya cesado el deber de actuar".

Al entrar en vigencia el artículo 33 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2022[82] (modificado por el artículo 7º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), es decir y por lo expresado en el señalado parágrafo 2º del artículo 265 ídem, la prescripción y la interrupción de la acción disciplinaria:

> "(...) prescribirá en cinco años contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado, desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas, cuando haya cesado el deber de actuar/. Cuándo fueren varias las conductas juzgadas en un mismo proceso la prescripción se cumple independientemente para cada una de ellas/. La prescripción se interrumpe con la notificación del fallo de primera instancia. Interrumpida la prescripción, esta se producirá si transcurridos dos (2) años desde la notificación del fallo de primera instancia no se notifica la decisión de segunda instancia./ Para las faltas señaladas en el artículo 52 de este Código, el término de prescripción será de doce (12) años. La prescripción, en estos casos, se interrumpirá con la notificación del fallo de primera instancia. Interrumpida la prescripción, esta se producirá si transcurridos tres (3) años desde la notificación del fallo de primera instancia no se ha notificado la decisión de segunda instancia".

De acuerdo con lo expresado por el artículo 33 idem, el texto que contenía la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[83], fue modificado en cuatro sentidos: primero, reaparece el término de doce (12) años para las faltas señaladas en el artículo 52; segundo, el término de la prescripción comienza a contarse desde el día de su consumación o desde la realización del último hecho o acto o desde cuándo haya cesado el deber de actuar; tercero, la prescripción se interrumpirá con la notificación del fallo de primera instancia e interrumpida la prescripción está se producirá de todas maneras si transcurridos dos (2) años desde la notificación del fallo de primera instancia no se ha notificado la decisión de segunda instancia. Para las faltas dispuestas en el artículo 52 idem, se interrumpirá con la notificación de primera instancia e interrumpida la prescripción, esta se producirá si transcurridos tres (3) años desde la notificación del fallo de primera instancia no se ha notificado la decisión de segunda instancia y cuarto, los términos prescriptivos previstos en la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[84] estarán sujetos a lo establecido en los tratados internacionales que ratifique Colombia.

---

81 Recuérdese que el término de la caucidad en las voces del inciso 1º del artículo 30 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (modificado por el artículo 132 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011) empezaba "a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar".

82 Código General Disciplinario.

83 Código Disciplinario Único.

84 Código General Diciplinario.

La Corte Constitucional en *Sentencia C-556 del 31 de mayo de 2001*, siendo demandante: Carlos Enrique Roa Montoya y con ponencia de **Álvaro Tafur Galvis**, *expediente D-3259* con relación a la *prescripción* dijo:

"(...)

3.2.1 Prescripción y potestad punitiva del Estado

La prescripción de la acción es un instituto de orden público, por virtud del cual el Estado cesa su potestad punitiva -*ius puniendi*- por el cumplimiento del término señalado en la ley.

La Corte con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad de una norma que pretendía ampliar el término de la prescripción, en ciertas circunstancias, tuvo oportunidad de precisar el significado de esta figura frente a la potestad disciplinaria de la administración. Al respecto expresó:

'La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

(...)

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está ítimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. 'La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos.... Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar'.

(...).

3.2.2 Prescripción y núcleo esencial del debido proceso

El debido proceso (art.29 C.P.) se aplica en materia disciplinaria y enmarca consecuentemente toda la actuación de la administración. Así lo ha recordado la Corte reiteradamente al examinar la constitucionalidad de diferentes normas de la ley 200 de 1995. En este sentido, en la Sentencia C-892/99 se dijo:

'Todas las actuaciones que se adelanten dentro del proceso disciplinario, deben enmarcarse plenamente, dentro de los principios que integran el derecho fundamental al debido proceso, de manera, que las normas que integran el proceso disciplinario, no pueden desconocer los principios de publicidad, contradicción, defensa, legalidad e imparcialidad' (Sentencia C-892/99 M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

En relación con el aspecto específico que ocupa la atención de la Corte, debe resaltarse que la prescripción de la acción disciplinaria hace parte del núcleo esencial del debido proceso.

(…)

En este orden de ideas, se tiene que la prescripción no desconoce ese núcleo esencial, toda vez que su declaración tiene la virtualidad de culminar de manera definitiva un proceso, con efectos de cosa juzgada, contrariamente a lo que ocurre con los fallos inhibitorios, que no resuelven el asunto planteado y que dejan abierta la posibilidad para que se dé un nuevo pronunciamiento (Ver al respecto la Sentencia C-666/96 M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

La declaratoria de prescripción contiene una respuesta definitiva fundada en derecho que pone fin a la acción iniciada.

3.2.3 Prescripción y cosa juzgada

Como parte de ese núcleo esencial del debido proceso, la cosa juzgada imprime certeza jurídica a las actuaciones judiciales y administrativas. Al respecto ha sido clara esta Corporación al señalar que:

'El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la Sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada' (C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Así, dentro del proceso disciplinario, la prescripción señalada en los artículos 34 y 36 de la ley 200 de 1995 permite tener certeza de que a partir de su declaratoria la acción disciplinaria iniciada deja de existir.

En este sentido, la necesidad de un equilibrio entre el poder sancionador del Estado, y el derecho del servidor público a no permanecer indefinidamente *sub judice* y el interés de la administración en ponerle límites a las investigaciones, de manera que no se prolonguen indefinidamente, justifica el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción.

(…)

3.2.5 Prescripción de la acción disciplinaria y presunción de inocencia del investigado

Más allá de los elementos de certeza jurídica y cosa juzgada que están claramente involucrados, como ya se anotó, resulta esencial aclarar finalmente el alcance de la presunción de inocencia en estas circunstancias.

Al respecto la Corte indica que la declaratoria de prescripción de la acción disciplinaria no contradice ni desconoce la presunción de inocencia, prevista en el artículo 29 de la Carta Política.

En efecto, sólo una decisión condenatoria puede desvirtuar esa presunción, y por ello en materia disciplinaria no se podrá endilgar al investigado una responsabilidad que no haya sido declarada legalmente.

El artículo 8º de la ley 200 de 1995 ('*artículo 8º Presunción de inocencia.* El servidor público o el particular que ejerza función pública a quienes se atribuya una falta disciplinaria se presumen inocentes mientras no se declare legalmente su responsabilidad en fallo ejecutoriado') indica al respecto claramente que solo un fallo ejecutoriado puede contradecir la presunción de inocencia, que se impone durante todo el proceso disciplinario en sus diferentes fases, como sustento además del reconocimiento de la dignidad humana (art. 7 de la ley 200/95), el principio de legalidad (art. 4 de la ley 200/95) y el debido proceso garantizado en la ley (art. 5 de la ley 200/95).

En relación con este punto esta Corporación ya ha señalado que:

'El derecho fundamental que tiene toda persona a que se presuma su inocencia, mientras no haya sido declarada responsable, se encuentra consagrado en nuestro Ordenamiento constitucional en el artículo 29, en estos términos: 'Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable', lo que significa que nadie puede ser culpado de un hecho hasta tanto su culpabilidad no haya sido plenamente demostrada.

Este principio tiene aplicación no sólo en el enjuiciamiento de conductas delictivas, sino también en todo el ordenamiento sancionador -disciplinario, administrativo, contravencional, etc.-, y debe ser respetado por todas las autoridades a quienes compete ejercitar la potestad punitiva del Estado. (...)

Como es de todos sabido, el juez al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica, debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. Cuando la Administración decide ejercer su potestad sancionatoria tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado. Recuérdese que en materia disciplinaria, la carga probatoria corresponde a la Administración o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso; dependiendo de quién adelante la investigación, y son ellas quienes deben reunir todas las pruebas que consideren pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del disciplinado. (...)' (Sentencia C-244/96 M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Se concluye entonces que el servidor público en relación con el cual el acaecimiento de la prescripción ha provocado el fenecimiento de la acción disciplinaria mal puede considerar vulnerada su presunción de inocencia, la cual permanece incólume durante todo el procedimiento.

(...)".

Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta, en la obra "Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas del Derecho Disciplinario- Extinción de la acción y de la sanción disciplinaria"- N.º 8, sobre el particular expresamos:

> "**4. Garantías que comportan la caducidad y la prescripción**
>
> Las instituciones de la caducidad y la prescripción, que fueran introducidas en la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, por modificación que a su artículo 30 hiciera el artículo 132 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011 y que la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 7º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021 mantuviera hasta el 29 de diciembre de 2023, tal como se expresa en el parágrafo 1º del artículo 265 ídem, **se presentan como instituciones que entrañan garantías no meramente formales sino de contenido sustancial**"[85] (las negrillas fuera del texto).

9. Destinatarios

Conforme lo establece el artículo 25 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[86] (25 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[87]), es incuestionable que los destinatarios de la ley disciplinaria son, en principio, sujetos activos cualificados, esto es servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio[88] "o contemplados en esta ley", lo mismo "los gerentes de las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria"; "los indígenas que ejerzan funciones públicas o que administren recursos del Estado"; los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria; que administren

85 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. Extinción de la acción y de la sanción disciplinaria–Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C., 2023, págs. 23 y 24..

86 Código General Disciplinario.

87 Código Disciplinario Único.

88 "Este espectro incluye funcionarios de los distintos órdenes, como son los propios de la rama ejecutiva, al igual que de la rama judicial y la legislativa. Pero marca una notoria condición que las acciones sobre estos funcionarios se originan en el vínculo especial que existe entre ellos y el Estado.

Por razón de esa relación especial, denominada *relación especial de sujeción*, se acepta que se puden librar órdenes e instrucciones a estos funcionarios, así como que están sometidos a un régimen especial, signado por la jerarquía, por la subordinación y por las competencias". Ver: Brito Ruiz, Fernando. Ob. cit., págs. 29 y 30.

recursos públicos; que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales y a los auxiliares de justicia", conforme lo determina el artículo 70 idem[89-90].

Igualmente el artículo 70 *ibidem* deja muy en claro que "cuándo 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"[91].

De lo expresado en precedencia puede decirse que los destinatarios de la Ley Disciplinaria, son en su orden:

- *Los servidores p*úblicos[92] (aunque se encuentren retirados del servicio), conforme a lo expresado en el artículo 25 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 *(25 de la reemplazada Ley 734 de febrero 5 de 2002).*

89 El mismo artículo 70 se encarga de definir los ingredientes normativos "ejercicio de la función pública" y "administración de recursos públicos", de la siguiente manera:

"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 dchas 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 la utilización con fines específicos".

Igualmente el artículo 70 deja muy en claro que "cuándo 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".

90 En la Resolución N° 089 del 25 de marzo de 2004, expedida por la Procuraduría General de la Nación, en vigencia del artículo 53 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 y respecto a la expresión "en lo que tienen que ver con estas", allí se dijo:

"Los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas *en lo que tienen que ver con éstas*; presten servicios públicos a cargo del Estado, *siempre que hayan sido investidos explícitamente por el legislador para el ejercicio de una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado*, evento en el cual serán sujetos del poder disciplinario exclusivamente respecto del ejercicio de dichas potestades, en los términos señalados por la *Corte Contitucional* en la Sentencia C-037/03; o administren recursos del Estado…".

Ver: Mejía Ossman, Jaime. *"Régimen Disciplinario"*. Editorial, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá 2007, pág 52.

91 En cuanto a la expresión "cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal", la Corte Constitucional, por demanda que presentara Carlos Mario Isaza, mediante Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002, expediente D-3955, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, la declaró EXEQUIBLE "bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales".

92 La Carta Política de 1991 en su artículo 123 señala: "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (…)".

La *Ley 599 del 24 de julio de 2000* en su artículo 20, expresa sobre el tema: "Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política" (contribuciones fiscales o parafiscales).

Parágrafo. La expresión 'empleado oficial' se sustituye por la expresión 'servidor público', siempre

Sobre el tema, en la Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003. Demandante: ***Óscar Antonio Márquez Buitrago***. Magistrado ponente: ***Álvaro Tafur Galvis***. Expediente D-3982, allí se dijo:

> "(…) La noción de servidor público establecida en la Carta tiene así una connotación finalista y no puramente nominal. Al respecto, recuérdese que conforme al artículo 2° de la Constitución, las autoridades están instituidas, entre otras razones, 'para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares' y cómo al tenor del artículo 209 constitucional son principios que fundamentan el ejercicio de la función administrativa los '(…) de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (…)'".

De la misma manera en la Sentencia de Constitucionalidad C-014 del 20 de enero de 2004. Demandante: Javier Alejandro Acevedo. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-4560, se expuso:

> "(…) Es por ello que el constituyente advirtió que cada servidor público debía tener claridad acerca de los criterios superiores con los que se vinculaba a la administración y de allí porqué exigió, en el artículo 122, que sólo entre a ejercer su cargo después de prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Además, una vez satisfecha esa exigencia, debe tener siempre presente que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y que debe desarrollarse, según el artículo 209, con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (…)".

Con relación a la obligación del juramento para el "servidor público", en la Sentencia de Constitucionalidad C-616 del 27 de noviembre de 1997. Demandante: José Filadelfo Mercado Álvarez. Magistrado ponente: Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente D-1639, manifestó:

> "(…) La Constitución Política no sólo no prohíbe el juramento, sino que, por el contrario lo contempla expresamente como una obligación en varias de sus normas, a saber:
>
> El artículo 122, que obliga a todo servidor público a prestar juramento al posesionarse de su cargo.
>
> '*Artículo 122*. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.
>
> 'Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

que aquélla sea utilizada en el Código Penal o en el Código de Procedimiento Penal". Tomado de Arboleda Vallejo, Mario. *Código Penal y de Procedimiento Penal – Anotado* –. Ed. Leyer. Vigésima Segunda Edición. Bogotá D.C., agosto de 2007, pág. 11.

> 'Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, en monto de sus bienes y rentas.(…)".

- Los particulares contemplados en esta ley – artículos 25 y 70 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[93] **(en la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002**[94] **se refería a los particulares contemplados en el artículo 53 de su libro tercero**[95]**, y conforme lo disponía el artículo 25)**.

Sobre el particular en la Sentencia de Constitucionalidad C-286 del 27 de junio de 1996. Demandantes: Alba Nelly Obando Reyes y Darío Correa Uribe. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-1116, allí se dijo:

> "(…) el fundamento de la responsabilidad del particular es material y la aplicación del régimen disciplinario objetiva, ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente.
>
> Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo.
>
> El asunto planteado en la demanda radica en definir si la atribución de responsabilidades y funciones públicas en cabeza de particulares así como la correspondiente responsabilidad disciplinaria y el régimen al que, en virtud de ella, queda sometida la persona tan sólo pueden tener lugar a título estrictamente temporal o sería factible que se extendieran de modo indefinido o permanente.
>
> La regla general, deducida del artículo 123 de la Constitución, es la de atribuciones apenas transitorias según lo que disponga el legislador: 'La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas' (…)".

93 Código General Disciplinario.

94 Código Disciplinario Único.

95 En la modificación introducida por el artículo 44 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011, allí se estableció que "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". Esa misma disposición explica qué se entiende por "función pública" y quiénes "administran recursos públicos"; concluye que "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" y además prevé que "cuando se trate de personas jurídica la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva".

En la Sentencia de Constitucionalidad C-037 del 28 de enero de 2003. Demandante: ***Óscar Antonio Márquez Buitrago.*** Magistrado ponente: ***Álvaro Tafur Galvis***. Expediente D-3982, allí se dijo:

> "(…) 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.
>
> El reconocimiento de esta sumisión, efectuado por la disposición atacada, antes que contravenir los principios constitucionales, los asegura y promueve. Por esa razón, la expresión acusada será declarada exequible' (Sentencia C- 181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). (…)"
>
> (…)
>
> "(…) Es decir que el ámbito del control disciplinario establecido por la Constitución se encuentra claramente delimitado por el ejercicio de funciones públicas sean ellas ejercidas por servidores públicos (arts. 123-1 y 2, 124 C.P.) o excepcionalmente por particulares (art. 123-3, 116-3, 210-2, 267-2) (…)".

En la misma Sentencia de Constitucionalidad C-286 del 27 de junio de 1996. Demandantes: Alba Nelly Obando Reyes y Darío Correa Uribe. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-1116, allí se expresó:

> "(…) A la inversa, el particular, quien precisamente no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado —en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura—, ni percibe de él asignación o salario, está en principio exento del régimen disciplinario estatal y su responsabilidad ante las autoridades únicamente puede surgir de las transgresiones en que incurra en relación con los preceptos constitucionales y legales, tal como lo pregona el artículo 6º de la Carta Política.
>
> Sin embargo, de nuestro sistema jurídico ha desaparecido hace mucho tiempo la separación absoluta y extrema entre las órbitas pública y privada en lo relacionado con las actividades que tienen por objeto la realización de los fines perseguidos por la sociedad y la satisfacción efectiva de sus necesidades.
>
> La distinción subsiste, como corresponde al Estado de Derecho, pero la complejidad de las relaciones que deben establecerse en el seno de la colectividad y el necesario acomodamiento de las instituciones a las exigencias reales impuestas por la convivencia, han dejado atrás los moldes formalistas y los criterios herméticos, para dar paso a la concepción material de la cosa pública, a la creciente participación de todos en las decisiones que los afectan y al cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, con miras al servicio efectivo de la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2º C.P.).
>
> De allí resulta que, sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución haya previsto

formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada.

Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo Nº 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.

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

(...)

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.

Si ello es así, no podía el legislador ignorar la diversidad de posibilidades al fijar el ámbito del poder disciplinario en la Ley 200 de 1995 (hoy en la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[96]). Haber atado el control correspondiente al ejercicio temporal de la función pública en el caso de personas privadas, a sabiendas de que la propia preceptiva constitucional propicia situaciones de ejercicio permanente, habría llevado al contrasentido de que precisamente ellas —y no las de actividad pública transitoria— quedaran fuera de todo control disciplinario.

La Corte considera que el precepto acusado no está creando casos de actuación pública permanente a cargo de particulares -supuesto del cual parte el actor- sino reconociendo que, a la luz de la Constitución, ellas pueden darse y señalando como consecuencia la sujeción de quienes asuman su desempeño al régimen disciplinario que la Ley contempla.

No se encuentra, por tanto, motivo alguno de inconstitucionalidad de las expresiones impugnadas y así habrá de declararse.

Estímase necesario precisar que el ejercicio de funciones públicas por particulares, según lo visto, no incluye, para los fines de la Ley Disciplinaria, las relaciones contractuales entre el Estado y personas privadas, pues éstas son independientes en cuanto no las liga al ente público lazo alguno de subordinación.

96 Código General Disciplinario.

> Se reitera, por ello lo afirmado en la Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996 (M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero).
>
> Por otra parte, la Corte debe advertir que la norma objeto de proceso fija apenas el ámbito de aplicación de la normatividad disciplinaria e incluye allí a los particulares que ejerzan funciones públicas, lo cual no implica que el mismo precepto se haya ocupado en la definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas.
>
> Con arreglo al principio de legalidad, que surge claramente para los particulares del artículo 6º de la Constitución, y según el postulado del debido proceso, cuya vigencia estricta en los procesos disciplinarios ha proclamado la doctrina constitucional, la incorporación de los particulares que ejercen funciones públicas como sujetos pasibles del poder disciplinario no representa ni podría representar, so pena de flagrante oposición a los mandatos superiores, una norma abierta que de modo automático exponga a quien se halla en tal hipótesis al escrutinio arbitrario de su actividad por parte de los organismos que ejercen el poder disciplinario y a la expectativa de posibles procesos y sanciones ajenos a reglas legales predeterminadas o al derecho de defensa.
>
> Lo que se declara exequible en esta ocasión es únicamente la expresión demandada y su implicación fundamental, cual es la de que los particulares que ejercen funciones públicas de modo permanente están sujetos al régimen disciplinario que la ley disponga.
>
> Corresponde, entonces, al legislador establecer ese régimen, consagrar las faltas que pueden imputarse a las personas en dicha situación, estatuir las reglas procesales aplicables y las pertinentes sanciones, sin que pueda entenderse que se les traslada en bloque el régimen consagrado para los servidores públicos. (...)".

- Los funcionarios y empleados de la Rama Judicial[97]***.***

El inciso 3º de artículo 3º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[98], en sus estados iniciales, advertía que la *Procuraduría General de la Nación* y el *Consejo Superior de la Judicatura*[99], de aquella época, eran ***competentes a prevención***[100]para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tuvieran fuero constitucional.

---

97 En el pasado la Ley 600 del 24 de julio 24 de 2000 o Código de Procedimiento Penal, en su artículo 534 expresaba que "Para los efectos del presente Código se entiende por funcionario judicial al fiscal o al juez" (las negrillas fuera del texto).

La *Ley 270 del 7 de marzo de 1996* o Ley Estatutaria de la Administración de justicia, señala que: **"**Tienen la calidad de **funcionarios** los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales y que son **empleados** las demás personas que ocupen cargos en las Corporaciones y Despachos Judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la Rama Judicial. *(las negrillas fuera del texto).*

98 Código Disciplinario Único.

99 Hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

100 Esto significaba que la competencia la asumía el primero de los dos órganos de control que asumiera la queja o denuncia de los hechos.

El Dr. Carlos Mario Isaza Serrano el día 15 de febrero de 2002 demandó la inconstitucionalidad de ese inciso 3º del artículo 3º de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* y la *Corte Constitucional,* mediante *Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002. Expediente 3937,* declaró con ponencia de **Álvaro Tafur Galvis, *inexequible*** algunos apartes del inciso demandado[101], el cual quedó de la siguiente manera:

> "El Consejo Superior de la Judicatura es competente para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los **funcionarios de la rama judicial**, salvo los que tengan fuero constitucional" *(las negrillas fuera del texto)*.

En Concepto número 268611 del 18 de octubre de 2018, el Departamento Administrativo de la Función Pública, acerca de la diferencia entre funcionarios judiciales y empleados judiciales, anotó:

> "(…) La Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, en el artículo 125, clasifica a los servidores de la Rama Judicial, según la naturaleza de sus funciones, en **funcionarios judiciales y empleados judiciales**. Dispone que **son funcionarios judiciales** los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, los Jueces de la República y los Fiscales. **Son empleados judiciales** las demás personas que ocupen cargos en las Corporaciones y Despachos Judiciales y en los órganos y entidades administrativas de la Rama Judicial (…)" (las negrillas fuera del texto).

De la misma manera y con relación al mismo tema, en la Sentencia de Constitucionalidad C-417 del 4 de octubre de 1993. Demandante: Edgar Eduardo Cortes Prieto. Magistrado ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-243, allí se precisó:

> "(…) los **funcionarios** de la Rama Judicial – esto es aquellos que **tienen a su cargo la función de administrar justicia** (**jueces y magistrados**, con excepción de los que gozan de fuero constitucional)- pueden ser investigados y **sancionados disciplinariamente por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura**[102] (…)".
>
> "(…) los **empleados** de la Rama Judicial – es decir aquellos **servidores que no administran justicia** – están sujetos al juicio de sus **superiores jerárquicos**, sin detrimento de la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación".
>
> En la misma sentencia, agregó que: "(…) *La Constitución de 1991 creó, pues, una jurisdicción, cuya cabeza es la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura*[103] **(se refiere para los funcionarios de la rama judicial)**, *con el mismo nivel jerárquico de las demás. Sus actos en materia disciplinaria son* **verdaderas sentencias** *que no están sujetas al posterior estudio y pronunciamiento de otra jurisdicción.* **Mal podría, entonces, negárseles tal categoría y atribuir**

101 De la misma manera la Corte Constitucional, por Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003, por demanda que presentara Óscar Antonio Márquez Buitrago, con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, ordenó estarse a lo resuelto en la Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002. Expediente D-3982.

102 Hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

103 Hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

> **a sus providencias el carácter de actos administrativos**, *pese a la estructura institucional trazada por el Constituyente. Eso ocasionaría el efecto -no querido por la Carta- de una jurisdicción sometida a las determinaciones de otra. …".*
>
> "… La Procuraduría General de la Nación es el organismo que goza, por mandato constitucional, de una cláusula general de competencia para conocer de las faltas disciplinarias de los **empleados**, en ejercicio de un poder que prevalece sobre el de otros órganos estatales. (…)" *(las negrillas fuera del texto)*.

Como cambio a tener en cuenta podemos destacar que en vigencia de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[104], el inciso 3º del artículo 3º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[105], fue *eliminado* por completo y asumido en el título XI *"Régimen de los funcionarios de la Rama Judicial"*, artículos 239 y s.s. de la nueva *Codificación Disciplinaria* con las modificaciones pertinentes a que aluden los artículos 61 a 68 y 73 de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021, absorviendo la competencia de los empleados judiciales* que en vigencia del *Código Disciplinario Único*[106] correspondía a la *Procuraduría General de la Nación*. Dice así el artículo 239 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*:

> *"**Alcance de la función jurisdiccional disciplinaria**.* (Modificado por el artículo 61 de la L. 2094/21. Mediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria, se tramitarán y resolverán los procesos que, por infracción al régimen disciplinario contenido en el presente estatuto, se adelanten contra los ***funcionarios y empleados judiciales***, incluidos los de la Fiscalía General de la Nación, así como contra los particulares disciplinables conforme a esta ley, y demás autoridades que administran justicia de manera excepcional, temporal o permanente, excepto quienes tengan fuero especial.
>
> Lo anterior sin perjuicio de la facultad de la Procuraduría General para conocer de los procesos disciplinarios contra sus propios servidores, sin excepción alguna, salvo el caso del Procurador General de la Nación.
>
> **Parágrafo 1.** ***La Comisión Nacional de Disciplina Judicial es titular del ejercicio preferente del poder jurisdiccional disciplinario*** en cuyo desarrollo podrá iniciar, asumir o proseguir cualquier proceso, investigación o juzgamiento de competencia de las comisiones seccionales de disciplina judicial de oficio o a petición de parte en los siguientes casos:
>
> 1) Violación del debido proceso;
>
> 2) Que el asunto provoque o comprometa un impacto de orden social, político o institucional, o tenga una connotación especial en la opinión pública nacional o territorial.
>
> 3) Que se advierta razonadamente que, para la garantía de los principios que rigen el proceso disciplinario, la actuación la adelante directamente la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

104 Código General Disciplinario.

105 Código Disciplinario Único.

106 Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

> **Parágrafo 2.** La Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial podrán dividirse internamente en salas o subsalas, para poder dar cumplimiento a las garantías que se implementan en esta ley. En todo caso el funcionario **que investigación** debe ser diferente al que juzga *(de acuerdo con el artículo 7º del Decreto Nº 1656 del 6 de diciembre de 2021, el parágrafo 2º del artículo 61 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, que modifica al artículo 239 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, se corrige la expresión **"que investigación"** cambiándola por **"que investiga"**) (las nergrillas fuera del texto)*.

Así mismo el artículo 240 *idem* (modificado por el artículo 62 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), dejó muy clara la competencia para la instrucción e investigación de los funcionarios y empleados de la rama judicial, señalando que le corresponde a la *Comisión Nacional de Disciplina Judicial* y a las *Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial* y que por la integración normativa que pregona el artículo 241 *ibidem*, se podrán aplicar las normas contenidas en la *Codificación General Disciplinaria*[107].

Los indígenas que administren recursos del Estado, de acuerdo con lo normado en el inciso 3º del artículo 25 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[108-109].

Tanto la Corte Constitucional como la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios se ha referido a esta especial clase de destinatarios de la ley disciplinaria. Es así como en Concepto C-072 del 18 de julio de 2011, el doctor Juan Carlos Novoa Buendía, en su condición de Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, manifestó:

> "(…) Consulta usted si "¿Es destinatario de la ley disciplinaria el Cabildo Gobernador, que tiene manejo de recursos del Sistema General de Participaciones de acuerdo a lo establecido por la Ley 715 de 2003, y estos, son utilizados indebidamente?
>
> (…)

Con relación a la posibilidad de disciplinar a los miembros de las comunidades indígenas, debe tenerse presente que al respecto es la Ley 734 de 2002 (en la actualidad es la Ley 1952 del 28 de enero de 2019), la que entre los sujetos disciplinables consagra como tal a los indígenas que administren recursos del Estado, señalando que serán disciplinables de acuerdo con lo establecido en dicho estatuto (inciso 2° del artículo 25[110]).

Para hacer precisión sobre el punto considera esta oficina pertinente transcribir una parte de la *Sentencia C-127/03*[111], en que la *Corte Constitucional* se pronunció respecto a los argumentos dados en una demanda contra dicha norma, así:

---

107 Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

108 Código General Disciplinario.

109 inciso 2º del artículo 25 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

110 Inciso 3º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

111 De febrero 18. Demandantes: Jaime Hernández Copete y y Sonia Esther Rodríguez Noriega. Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra. Expedientes D-4099 y D-4116.

Sobre el particular también se puede consultar la *Sentencia C-694 del 12 de agosto de 2003.* Deman-

"Tercero.- Reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y cultural. Indígenas como destinatarios de la ley disciplinaria por el manejo de recursos públicos (Expediente D-4116).

Fue a partir de la Constitución de 1991, en donde se empezó a hablar de un sistema pluralista que reconoce las diferentes culturas existentes en la sociedad colombiana.

La idea del Constituyente fue la de reinvindicar lo étnico (artículos 1º y 7 de la Carta Política), garantizando la defensa de este grupo minoritario de la población colombiana.

Por ello, se les reconoció a los grupos indígenas una serie de prerrogativas con el fin de respetar la prevalencia de sus manifestaciones culturales, lingüísticas y artísticas (artículo 10 *ibídem*), así como el derecho a participar en asuntos que los afecten (artículos 2º, 229 y 230 de la Constitución).

Así, el artículo 246 de la Constitución, establece que las autoridades indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las Leyes de la República. Es decir, lo consagrado en este precepto constitucional establece una especie de "fuero indígena", y sobre este aspecto, en Sentencia T- 496 de 1996, esta Corporación señaló:

"Del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.

Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborigen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso. Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas. La distinción es importante, porque algunas veces, se atiende al fuero personal, o al fuero territorial, indistintamente, para determinar la competencia. Debe reiterarse, entonces, que la coordinación entre este tipo de fueros corresponde a las circunstancias particulares de cada caso.

En efecto, la solución puede variar si la acción típica es cometida por miembros de pueblos indígenas dentro de su territorio, o si un indígena, de manera individual, incurre en ella afectando a quien no es miembro de su comunidad por fuera del ámbito geográfico del resguardo. En el primero caso, en virtud de consideraciones territoriales y personales, las autoridades indígenas son las llamadas a ejercer la función jurisdiccional; pero en el segundo, el juez puede enfrentar múltiples situaciones no solucionables razonablemente mediante una regla general de territorialidad. Por ejemplo:

---

dantes: Luz Elvira Olivares Rivera y Máximo Rincón García. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. *Expediente D-4374,* que ordenó estarse a lo resuelto en la *Sentencia C-127 de 2003* en relación con la expresión *"[l]os indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código",* contenida en el inciso 2° del artículo 25 de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*.

a. Cuando la conducta del indígena sólo es sancionada por el ordenamiento nacional, en principio, los jueces de la República son los competentes para conocer del caso; pero como se encuentran ante un individuo de otra comunidad cultural, tienen el deber de determinar si el sujeto agresor entendía, al momento de cometer el ilícito, que su conducta era realmente negativa, para efectos de reconocerle, o no, el derecho al fuero. En este orden de ideas, las autoridades nacionales pueden encontrarse ante un indígena que de manera accidental entró en relación con una persona de otra comunidad, y que, por su particular cosmovisión, no le era dable entender que su conducta en otro ordenamiento era considerada reprochable; o, por el contrario, enfrentar un sujeto que por su especial relación con la comunidad mayoritaria conocía el carácter perjudicial del hecho, sancionado por el ordenamiento jurídico nacional. En el primer caso, el intérprete deberá considerar devolver al individuo a su entorno cultural, en aras de preservar su especial conciencia étnica; en el segundo, la sanción, en principio, estará determinada por el sistema jurídico nacional.

b. En el caso de que la conducta sea sancionada en ambos ordenamientos, es claro que la diferencia de racionalidades no influye en la comprensión de tal actuar como perjudicial. Sin embargo, el intérprete deberá tomar en cuenta la conciencia étnica del sujeto y el grado de aislamiento de la cultura a la que pertenece, para determinar si es conveniente que el indígena sea juzgado y sancionado de acuerdo con el sistema jurídico nacional, o si debe ser devuelto a su comunidad para que sea juzgado por sus propias autoridades, de acuerdo a sus normas y procedimientos".

Ahora bien, dado que en la demanda se afirma que es contrario a la Constitución que los indígenas sean destinatarios de la ley disciplinaria cuando administren recursos públicos, la Corte no se ocupará en esta ocasión de analizar la norma acusada con respecto a los artículos 330, 7 y 246 de la C.P.

Tratándose de recursos públicos manejados por los servidores públicos, nuestro ordenamiento dispone una serie de procedimientos de planeación, contratación y ejecución, pues el manejo de estos recursos involucra el interés general, por cuanto, además de ser un aporte de todos los contribuyentes, su destinación implica el cumplimiento de los fines del Estado.

En el evento en que esos recursos sean administrados por particulares, estos se encuentran sometidos a la Constitución y a la Ley. Respecto de ellos las funciones de vigilancia y control asignadas por el ordenamiento jurídico a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación deben ser ejercidas por ellas, para asegurar la pulcritud en el manejo de dineros del erario público. Recuérdese al punto que la Ley 715 de 2001 dispone que los recursos asignados a los resguardos indígenas serán administrados por el Municipio en que se encuentra el resguardo respectivo, y ejecutados a través de la celebración de contratos entre la Entidad Territorial y las autoridades del resguardo, situación que varía cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales, pues entonces sus autoridades recibirán y administraran directamente la transferencia (artículo 83 Ley 715 de 2001).

Así las cosas, resulta claro para la Corte Constitucional que, conforme a la Constitución Política la inclusión como destinatarios de la ley disciplinaria de los indígenas que administren recursos del Estado, no vulnera el artículo 246 de la Carta Política, ni tampoco su artículo 1º como lo sostiene el actor. La norma contenida en el artículo 25 de la Ley 754 (sic) de 2002, por este aspecto, coloca a quienes siendo indígenas administren recursos públicos en la misma situación de cualquier colombiano que se

encuentre en esa hipótesis, sin que ser destinatarios de la ley disciplinaria signifique decisión anticipada sobre responsabilidad alguna de carácter disciplinario, pues ella se rige por los principios y las reglas establecidas en el código disciplinario, y muy especialmente en su artículo 28.

El régimen disciplinario que controla el comportamiento de los servidores públicos, se aplica a los particulares únicamente cuando éstos cumplen funciones públicas.

La regla general, deducida del artículo 123 de la Constitución, es la de atribuciones apenas transitorias según los disponga el legislador: 'La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas'.

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 (artículos 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" (Sentencia C-286 de 1996 Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo).

Por consiguiente, resulta razonable la aplicación del régimen disciplinario a los indígenas que manejen recursos del Estado, pues allí en su condición de particulares serán sujetos pasivos de la acción disciplinaria, siendo ello concordante con lo dispuesto en el artículo 53 del Código Disciplinario Único (artículo 70 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019) que señala como sujetos disciplinables a los particulares que administren recursos del Estado y establece el régimen aplicable a los mismos.

Así las cosas, el inciso segundo del artículo 25 de la Ley 734 de 2002[112] (inciso 3º del artículo 25 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[113]), no vulnera los derechos constitucionales de los indígenas al incluirlos como destinatarios de la ley disciplinaria, siempre y cuando, tal como lo señalan el Interviniente y el Ministerio Público, el Estado capacite y asesore a las autoridades indígenas, para que se produzca una comprensión de cada una de las cláusulas del contrato, a través del cual administrarán recursos públicos y las consecuencias de su infracción.

Queda claro entonces que a partir de la vigencia de la Ley 734 de 2002, las autoridades indígenas son disciplinables, pero únicamente en cuanto administren recursos públicos en las condiciones que determinen los contratos que deben suscribir para esos efectos. En tal evento, serán disciplinables como particulares.

Ahora bien, respecto a la posibilidad de administrar dichos recursos, la Ley 715 de 2001, dispuso lo siguiente:

> TITULO V.
>
> Disposiciones comunes al sistema general de participaciones.

112 Código Disciplinario Único.

113 Código General Disciplinario.

Artículo 82. Resguardos indígenas. En tanto no sean constituidas las entidades territoriales indígenas, serán beneficiarios del Sistema General de Participaciones los resguardos indígenas legalmente constituidos y reportados por el Ministerio del Interior al Departamento Nacional de Estadísticas, DANE, y al Departamento Nacional de Planeación en el año inmediatamente anterior a la vigencia para la cual se programan los recursos.

Artículo 83. Distribución y administración de los recursos para resguardos indígenas. Los recursos para los resguardos indígenas se distribuirán en proporción a la participación de la población de la entidad o resguardo indígena, en el total de población indígena reportada por el Incora al DANE.

Los recursos asignados a los resguardos indígenas serán administrados por el municipio en el que se encuentra el resguardo indígena. Cuando este quede en jurisdicción de varios municipios, los recursos serán girados a cada uno de los municipios en proporción a la población indígena que comprenda. Sin embargo, deberán manejarse en cuentas separadas a las propias de las entidades territoriales y para su ejecución deberá celebrarse un contrato entre la entidad territorial y las autoridades del resguardo, antes del 31 de diciembre de cada año, en la que se determine el uso de los recursos en el año siguiente. Copia de dicho contrato se enviará antes del 20 de enero al Ministerio del Interior.

(Este inciso fue declarado exequible por la Corte Constitucional en *Sentencia C-921 del 7 de noviembre de 2007* siempre que se entienda que '*dentro del marco de la Constitución y la ley, en el proceso de celebración y suscripción del contrato se debe asegurar el respeto de los derechos a la identidad étnica y cultural y a la participación de los resguardos; y, en caso de discrepancia sobre el uso de los recursos, prevalecerá la decisión adoptada por las autoridades del respectivo resguardo'*).

Cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales Indígenas, sus autoridades recibirán y administrarán directamente la transferencia.

El inciso que sigue fue posteriormente corregido mediante el artículo 1° del Decreto 1512 de 2002, quedando así:

Los recursos de la participación asignados a los resguardos indígenas deberán destinarse prioritariamente a satisfacer las necesidades básicas de salud incluyendo la afiliación al Régimen Subsidiado, educación preescolar, básica, primaria y media, agua potable, vivienda y desarrollo agropecuario de la población indígena. En todo caso, siempre que la Nación realice inversiones en beneficio de la población indígena de dichos resguardos, las autoridades indígenas dispondrán parte de estos recursos para cofinanciar dichos proyectos.

Las secretarías departamentales de planeación, o quien haga sus veces, deberá desarrollar programas de capacitación, asesoría y asistencia técnica a los resguardos indígenas y autoridades municipales, para la adecuada programación y uso de los recursos.

Parágrafo. La participación asignada a los resguardos indígenas se recibirá sin perjuicio de los recursos que los departamentos, distritos o municipios les asignen en razón de la población atendida y por atender en condiciones

> de eficiencia y de equidad en el caso de la educación de conformidad con el artículo 16 de esta ley, y el capítulo III del Título III en el caso de salud.
>
> Corolario de lo expuesto, es que quien ejerce como Gobernador de un Cabildo Indígena y en tal condición maneja recursos procedentes del Sistema General de Participaciones, deberá responder disciplinariamente por su utilización indebida, conforme al régimen de responsabilidad de los particulares.
>
> En el proceso disciplinario se deberá probar que, para el cumplimiento de las cláusulas del contrato respectivo, quienes administraron o debieron administrar los recursos públicos recibieron la capacitación y asesoría necesarias para comprender su alcance y las consecuencias de su infracción. (...)".

Para concluir el análisis que hemos abordado con relación a los *indígenas* como destinatarios de la Ley Disciplinaria, es menester tener en cuenta que el inciso 3º del artículo 25 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[114], contempla para esta clase de *disciplinables* que lo son no solamente cuándo *administren recurso del Estado*, sino por el *ejercicio de funciones públicas*.

Los gerentes de las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria, de que trata el inciso 2º del artículo 25 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[115-116]***, en armonía con el artículo 38 de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998.***

El artículo 38 de la Ley 489 señala:

> "*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:
>
> 1. Del Sector Central:
>
> a) La Presidencia de la República;
>
> b) La Vicepresidencia de la República;
>
> c) Los Consejos Superiores de la administración;
>
> 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;

114 Código General Disciplinario.

115 Código General Disciplinario.

116 inciso 3º del artículo 25 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

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 1º. 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 2º. <Apartes subrayados *condicionalmente exequibles*> Además de lo previsto en el literal c) del numeral 1º 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".

Con relación a este tópico, la *Corte Constitucional* en *Sentencia C-127 del 18 de febrero de 2003*, por demanda que presentara Jaime Hernández Copete y Sonia Esther Rodríguez Noriega, siendo magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra, *Expedientes D-4099 y D-4116*, manifestó:

> **Ley Disciplinaria (y su aplicación únicamente a los gerentes de las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria y no a todos los funcionarios que laboran en las mencionadas entidades, no vulnera el derecho a la igualdad)**[117]**:** "(…) Para resolver esta cuestión, es necesario aclarar que la llamada descentralización por servicios, implica el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a entidades que se crean para ejercer una actividad especializada.

La definición de descentralización por servicios ha sido señalada por el legislador. Así, el artículo 68 de la Ley 489 de 1998, define como entidades descentralizadas de orden nacional a los establecimientos públicos las empresas industriales y comerciales del Estado, las sociedades públicas y las sociedades de economía mixta, las superintendencias y las unidades administrativas especiales con personería jurídica, las empresas sociales del Estado, las empresas oficiales de servicios públicos y las demás entidades creadas por la ley o con su autorización, cuyo objetivo principal sea el ejercicio de funciones administrativas, la prestación de servicios públicos o la realización de acti-

117 Este título y la transcripción de la sentencia de constitucionalidad, fueron tomados de Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario. Ob. cit., págs. 683 a 685.

vidades industriales o comerciales con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio. Como órganos del Estado, estas entidades aún cuando gozan de autonomía están sujetas al control político y a la suprema dirección del órgano de la administración al cual están adscritas.

Las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones de participación mixta por manejar recursos públicos, mantienen un vínculo con el Estado, es decir, de manera excepcional, se rigen por normas de derecho público, a pesar de que el régimen jurídico general sea el régimen del derecho privado, pues en su creación y financiación se involucra la iniciativa y el capital privado.

Ha de recordarse por la Corte que las entidades descentralizadas, de cualquier grado que ellas sean, se rigen por el derecho público o por el derecho privado según la naturaleza de la actividad que desarrollen, y de conformidad con lo establecido por la Ley 489 de 1998 para cada caso.

Sin embargo, en todo caso, es deber del Estado actuar para que se cumplan los fines que les fueron dados, ya sea porque es de interés público o para orientar la económica y el desarrollo social, siendo potestad del legislador evaluar la necesidad de someterlas a uno u otro régimen.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución, 'son servidores públicos, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades territoriales descentralizadas territorialmente y por servicios'.

Estos servidores están al servicios del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley o el reglamento, siendo competencia del legislador determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

Lo que quiere decir que es la propia Constitución (artículo 124) la que le otorga al legislador la facultad para determinar el régimen aplicable a los servidores públicos, su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva.

Por tanto, al establecer la Ley 489 de 1998, que algunas las entidades descentralizadas por servicios, se rigen por el derecho privado, se puede considerar que corresponde al legislador establecer los eventos en que dichos trabajadores pueden ser considerados como servidores públicos, según el grado de responsabilidad en la ejecución y manejo de los recursos del Estado.

En Sentencia C-230 de 1995, la Corte al declarar la exequibilidad del ordinal 2º literal a. del artículo 2º de la Ley 80 de 1993 señaló que:

> '(...) Por no ser de creación legal las asociaciones y fundaciones de participación mixta se las considera bajo la denominación genérica de entidades descentralizadas indirectas o de segundo grado, y están sometidas al mismo régimen jurídico aplicable a las corporaciones y fundaciones privadas, esto es, a las prescripciones del código civil y demás normas complementarias.
>
> '(...) El encuadramiento de las corporaciones y las fundaciones en las condiciones de entidades estatales y la calificación de sus directivos como servidores públicos, para los efectos indicados, no modifica ni la naturaleza de aquéllas ni la situación laboral particular de estos últimos con las referidas

> entidades, porque unos y otros siguen sometidos al régimen de derecho privado que les es aplicable, pues, como se dijo en la referida clasificación se consagró exclusivamente para fines de manejo, control y responsabilidad de la inversión de los recursos públicos mediante contratación.
>
> '(...) Cuando los particulares manejan bienes o recursos públicos, es posible someterlos a un régimen jurídico especial, como es el concerniente a la contratación administrativa, para los efectos de la responsabilidad que pueda corresponder por el indebido uso o disposición de dichos bienes con ocasión de las operaciones contractuales que realicen, en los aspectos disciplinario, penal y patrimonial.
>
> 'Igualmente, cuando la misma norma determina que los miembros de los organismos allí señalados, gozarán de la calidad de servidores públicos, inmediatamente se les está reconociendo esta categoría a los funcionarios de las entidades descentralizadas de segundo orden, en virtud de su vinculación a una entidad de esa clase, calidad que se restringe en la Ley 80 de 1993 a un cierto nivel de gestión y responsabilidad.'

Teniendo en cuenta lo anterior, al señalar el inciso tercero del artículo 25 que 'para efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen u organicen por el Estado o con su participación mayoritaria', no se vulnera el derecho a la igualdad alegado por la demandante. Por el contrario, además de ser función del legislador establecer las categorías de servidores públicos, según el tipo de responsabilidad al que se encuentran sometidos, debe entenderse que los sujetos no incluidos en la norma, en razón a su inferior jerarquía, estarán sometidos al derecho privado. (...)".

- El representante legal o miembros de la junta directiva de las personas jurídicas, a que se refiere el inciso 5º del artículo 70 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[118-119].

El artículo conserva la misma redacción acerca de la responsabilidad disciplinaria del Representante legal o miembros de la junta directiva de las personas jurídicas, tal como la reflejaba el inciso 2º del artículo 53 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (modificada por el artículo 44 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2012- nuevo estatuto anticorrupción-). Por consiguiente, es válido el planteamiento que hiciera la Corte Constitucional en Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002, por demanda que presentaran Carlos Mario Isaza Serrano y Ariel de Jesús Cuspoca Ortiz, en la cual con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, sobre su constitucionalidad Expedientes D-3955 y D-3954, se anotó:

> **Responsabilidad Disciplinaria (de los representantes legales o miembros de las juntas directivas por actuaciones de la persona jurídica)**[120]**:** "(...) El inciso segundo del art. 53 de la Ley 734 de 2002 alude al tema de la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales o los miembros de las

118 Código General Disciplinario.

119 inciso 5º del artículo 53 de a Ley 734 del 5 de febrero 5 de 2002 (modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011).

120 Este título y la transcripción de la sentencia de constitucionalidad, fueron tomados de Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario. Ob. cit., págs. 1177 a 1179.

juntas directivas, por actuaciones de la persona jurídica. Considera la Corte que esta disposición no vulnera la Carta Política, bajo el entendido que la falta disciplinaria les fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales, por las razones que pasan a explicarse.

1. La voluntad del legislador.

Una interpretación histórica de la disposición demandada señala que fue la voluntad del legislador establecer un régimen disciplinario especial para los particulares, abarcando aquellos que por el rol o papel que desempeñan, deberían entrar a responder por las actuaciones imputables a las personas jurídicas que dirigen:

'Según el proyecto, los destinatarios de este régimen son los representantes legales, los gerentes o sus equivalentes, los revisores fiscales y los miembros de las juntas directivas de las entidades sin ánimo de lucro que reciban o administren recursos del Estado a cualquier título; de las empresas privadas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, telefonía residencial, gas y recolección, transporte y disposición final de desechos; de las entidades vinculadas al sistema general de salud; los notarios, conciliadores, árbitros y jueces de paz; los representantes legales y los miembros de las juntas directivas de las cámaras de comercio; los curadores urbanos; los interventores de los contratos estatales; los jurados de votación, y los demás particulares que por mandato legal ejerzan funciones públicas' (Gaceta del Congreso núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24).

2. Responsabilidad disciplinaria del representante legal y de los miembros de la junta directiva.

El establecimiento de un régimen disciplinario especial para el representante legal y los miembros de la junta directiva de las personas jurídicas a las que alude el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, parte del artículo 6º del Estatuto Superior, en virtud del cual los particulares pueden hacer todo aquello que no esté prohibido en la Constitución y las leyes, mientras que los funcionarios públicos solamente pueden realizar lo que en esos mismos ordenamientos expresamente se les atribuye.

En tal sentido el artículo demandado establece como sujetos disciplinables a un grupo concreto de particulares: 1. los que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; 2. quienes ejerzan funciones públicas en lo que tiene que ver con éstas; 3. los encargados de prestar servicios públicos de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución (Servicios públicos de salud, educación, saneamiento ambiental y agua potable) y 4. administren recursos estatales. Se establece, de igual manera, la siguiente excepción: las empresas de economía mixta que rijan por el régimen privado. A renglón seguido, el legislador dispone que cuando alguno de esos particulares sea una persona jurídica, la responsabilidad disciplinaria le será exigible al representante legal de la misma o a los miembros de su junta directiva.

Posteriormente, en el capítulo segundo del Título I '*Régimen de los particulares'*, el legislador estableció un conjunto de inhabilidades, impedimentos,

incompatibilidades y conflicto de intereses para este grupo determinado de particulares disciplinables; de igual manera, en el capítulo tercero, se previó un catálogo de faltas gravísimas, las sanciones a imponer y la graduación de las mismas.

Este novedoso régimen disciplinario para determinados particulares presenta, como uno de sus fundamentos, la Ley 489 del 29 de Diciembre de 1998, *'por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional',* en especial su Capítulo XVI, donde se regula lo referente al ejercicio de funciones administrativas por los particulares, las cuales, en virtud del artículo 3º de la misma ley deberán ser desarrolladas 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. Precisamente con el fin de que tales principios sean respetados por los particulares es que la Ley 734 de 2002 establece la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales de las personas jurídicas privadas y de los miembros de las juntas directivas de las mismas, dado que de no ser así habrían conductas que si bien son disciplinables, no se les podrían atribuir a ninguna persona.

En este orden de ideas, también es importante remitirse al artículo 74 de la citada ley, a cuyo tenor:

'Calidad de los miembros de los consejos directivos. Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo.

En este orden de ideas, la Corte considera que una interpretación sistemática de la Ley 734 de 2002, arroja como resultado que realmente no se imponen sanciones disciplinarias como tales a las personas jurídicas sino a las personas naturales que ejercen como representantes legales de éstas o a quienes son miembros de su junta directiva, en los términos del artículo 56 de la citada ley.

No es cierto, en adición, lo planteado por el accionante, en cuanto a que la responsabilidad exigible de la persona jurídica es trasladada sin ninguna fórmula o juicio al gerente o director de ésta, toda vez que la responsabilidad disciplinaria de los representantes legales y miembros de la junta directiva, no se puede entender como una responsabilidad objetiva. La persona a quien se le adelante una acción disciplinaria, podrá en el transcurso del proceso, ejercer su derecho de defensa, controvertir las pruebas, desvirtuar los hechos que le son imputados y alegar causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria.

Además, el establecimiento de un régimen disciplinario especial para los representantes legales y los miembros de las juntas directivas de determinadas personas jurídicas, con la prevención de unas determinadas faltas disciplinarias, se enmarca en los fines de esta disciplina jurídica, cual es

> garantizar el cumplimiento de unos deberes funcionales, y en tal sentido debe comprenderse el sentido del artículo 53 de la Ley 734 de 2002.
>
> Por las anteriores razones, la Corte declarará la exequibilidad de la expresión *Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva,* contenida en inciso segundo del art. 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido que la falta le fuere imputable por el incumplimiento de los deberes funcionales. (...)".

Los notarios, a que se refiere el artículo 75 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[121-122].

De acuerdo con lo establecido en los artículos 75 y 76 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (artículos 58 y 59 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002), el régimen disciplinario especial de los particulares, "también se aplicará a los notarios y comprende el catálogo de faltas imputables a ellos"; al igual que los principios rectores, los términos prescriptivos de la acción y de la sanción disciplinaria y el procedimiento allí señalado. Este 'régimen especial para los notarios se aplica por la Superintendencia de Notariado y Registro como órgano de control especial con todos sus requisitos y consecuencias, sin perjuicio del poder preferente que podrá ejercer la Procuraduría General de la Nación".

De lo dicho en precedencia, se desprende que los notarios no son servidores públicos aunque presten un servicio público, pues como ya lo vimos, el concepto de servidor público es de naturaleza constitucional al disponerse en su artículo 123 que lo son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, lo que descarta que el notario esté calificado como tal. El libro tercero del Código General Disciplinario, los contempla legalmente como "particulares" y en su título segundo, capítulo primero, artículo 75, como ya lo anotamos, se les anuncia que el régimen especial de los particulares "también se les aplicará a los notarios", lo que los ubica en la categoría de "particulares que prestan una función pública", lo cual a la luz de la Sentencia 037 del 28 de enero de 2003[123] y los Conceptos C-102/11 y C-135/11[124] de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios los convierte en disciplinables.

La Corte Constitucional en Sentencia C-076 del 8 de febrero de 2006, por demanda que presentara Nelson Tadeo Cifuentes Casas, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-5897, sobre la profesión del notario, manifestó:

> "(...) 16. La profesión de notario fue definida como sigue por el Primer Congreso Internacional del Notariado Latino: El notario es 'el profesional del derecho encargado de la función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntaria de las partes redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido' (Primer Congreso

121 Código General Disciplinario.

122 Artículo 58 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

123 Demandante: Óscar Antonio Márquez Buitrago. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-3982.

124 Los cuales concluyen, palabras más palabras menos, que: "(...) no es por la prestación de un servicio público que un sujeto se convierte en disciplinable, sino por el ejercicio de función pública con ocasión o como consecuencia de la prestación de dicho servicio (...)".

> Internacional del Notariado Latino, Buenos Aires, Argentina, 1948. Citado por R. Blanquer Uberos, Ed. Civitas, Madrid, 1995. Pag. 4447).
>
> La definición anterior refleja las funciones esenciales del notario público. En efecto, la función notarial consiste, fundamentalmente, en dar fe pública, sobre las declaraciones de voluntad que las personas decidan formular. Para ello, tiene asignada la tarea de recibir las declaraciones que formulen quienes acuden a su ministerio; asesorar a las personas sobre el instrumento jurídico más adecuado para lograr los objetivos que persiguen; redactar, conforme a la ley, los documentos o escrituras respectivas; y abstenerse de recibir, extender o autorizar los contratos o actos solemnes cuando considere que no se cumplen las condiciones de ley para ello. Adicionalmente, el notario debe mantener un archivo adecuado de las declaraciones jurídicamente relevantes que deba custodiar y extender las copias autenticadas de los mismos.
>
> Es justamente por la confianza que se deposita en el notario, que el proceso de selección debe ser exigente y transparente y que debe ejercer personalmente sus funciones esenciales. En efecto, es el notario quien está investido para dar fe sobre las declaraciones recibidas, por lo tanto, tales funciones no son delegables en una persona en quien el Estado no ha depositado esta confianza. (...)".

Los altos funcionarios del Estado.

El Presidente de la República o quien haga sus veces y los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial[125]y el Fiscal General de la Nación, en materia disciplinaria están sujetos al régimen disciplinario previsto en los artículos 174, 175 y 178 de la Constitución Política, para lo cual el Congreso de la República (Comisión Legal de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y la Comisión de Instrucción del Senado) adelantará el procedimiento correspondiente.

Las actuaciones que adelantan tanto las Comisiones de Investigación y Acusación de la Cámara como la de Instrucción del Senado, así como las Plenarias de ambas Corporaciones Legislativas en ejercicio de las atribuciones constitucionales consignadas en la Carta Política, tienen la categoría de función judicial sólo para los efectos de acusar, no acusar y declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa contra los funcionarios que gozan de fuero constitucional.

Las actuaciones con relación a los funcionarios que gozan de fuero especial – penal y disciplinario – son de índole judicial, el régimen aplicable a los jueces se hace extensivo a los congresistas, y ello implica de suyo "una responsabilidad personal", que evidentemente trae como consecuencia el que su proceder deba ser público y no secreto, pues únicamente siendo de público conocimiento a la actuación singular puede imputarse dicha responsabilidad. Lo anterior encuentra respaldo en el artículo 228 de la Constitución Política, cuando dispone que la Administración de Justicia es función pública y sus actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley; cabe señalar que entre las excepciones no se encuentran los juicios que adelante el Congreso de la República a los altos funcionarios, excepciones

125 Antes Consejo Superior de la Judicatura.

que, como se ha señalado, no cabe admitir cuando su consagración puede llevar a eludir o descartar la responsabilidad penal de quien administra justicia, así sea de manera transitoria. Ya en el plano de la función judicial –especial- que ejerce el Congreso, como son los juicios que adelanta contra los funcionarios que gozan de fuero constitucional especial, referido a delitos cometidos en el ejercicio de funciones o indignidad por mala conducta, su actuación debe someterse a los principios generales de esa función pública[126].

El fuero no es un privilegio y se refiere, de manera específica, al cumplimiento de un trámite procesal especial, cuyo propósito es el de preservar la autonomía y la independencia legítimas de aquellos funcionarios a los que ampara. Por ello, es posible que como consecuencia de su naturaleza —proceso especial—, algunas de las medidas que se adopten en él no corresponde con los procedimientos ordinarios, sin que ello implique discriminación alguna, o desconocimiento de disposiciones constitucionales, pues es la propia Carta Política la que concibe el fuero especial que cobija a los altos funcionarios del Estado. Se busca entonces con estos procedimientos, evitar que mediante el ejercicio abusivo del derecho de acceso a la justicia, se impida irregularmente el normal desarrollo de las funciones estatales y el debido ejercicio del poder por parte de quienes mediante la expresión soberana, fuente del poder público, legítimamente lo detentan. Por ello, no puede bastar la simple denuncia o la queja del funcionario, como tampoco las actuaciones o diligencias que se adelanten en esta etapa, para que sea admisible su detención. Todavía en esta etapa, opera la presunción constitucional de inocencia, que implica su permanencia en el mismo, hasta tanto no sea del todo inevitable[127].

El Procurador General de la Nación de conformidad con lo establecido en el artículo 100 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[128-129].

De conformidad con lo expresado en el artículo 100 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (modificado por el artículo 15 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), al Procurador General de la Nación, le corresponde la función de disciplinarlo, a la Corte Suprema de Justicia, siempre y cuándo no haya sido postulado por ella. De lo contrario será el Consejo de Estado, quien lo investigue y juzgue, mediante el procedimiento previsto en el mismo Código General Disciplinario[130].

En la Corte Suprema de Justicia (por haberse determinado en ella la competencia), previo el reparto de la queja correspondiente, como lo indica el inciso 3º ídem, se sortearán entre los miembros que componen la Sala Plena, los magistrados que harán la investigación y el juzgamiento, la doble instancia y doble conformidad. Para la acusación debe ser sorteado un integrante de cada una de las Salas (Civil y de Familia, Laboral y Penal). Para el resto de las etapas, dispone el inciso 4º ibídem, se sortearán 5 magistrados de la Sala Plena, eso sí garantizando cada una de las Salas que conforman

126 Corte Constitucional, Sentencia C-245 del 3 de junio de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Tomado de Mejía Ossman, Jaime y Quiñones Ramos, Silvio Sanmartín. Procedimiento Disciplinario. Ob. cit., págs. 209 y 210.

127 Corte Constitucional, Sentencia C-245 del 3 de junio de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Tomado de Mejía Ossman, Jaime y Quiñones Ramos, Silvio Sanmartín. Procedimiento Disciplinario. Ob. cit., pág. 210.

128 Código General Disciplinario.

129 Artículos 83 y 192 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

130 Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

la Corporación. En caso de que la competencia le corresponda al Consejo de Estado, la instrucción se hará por reparto a una de las Salas Especiales de Decisión; el juzgamiento estará a cargo de los presidentes de cada una de las secciones que integran la Sala Plena, salvo que hubiese participado en la etapa anterior, circunstancia que hará que se sortee un miembro "de la sección que aquel preside". Finalmente, la segunda instancia compete a la Sala Plena del Consejo de Estado, con "exclusión de los magistrados que hubieren conocido del proceso en etapas anteriores". En este evento y antes de asumir la segunda instancia, se sorteará un magistrado de cada una de las secciones que correspondan a la Sala Plena del Consejo de Estado "quienes resolverán la doble conformidad, en el evento de presentarse", como lo prevé el inciso 6º edjusdem.

La Corte Constitucional en Sentencia C-594 del 6 de noviembre de 1996 por demanda que presentara Esperanza Espinosa Muñoz, con ponencia de Eduardo Cifuentes Muñoz, sobre el "fuero legal disciplinario del Procurador General de la Nación, dijo:

> **Fuero Legal Disciplinario (del Procurador General de la Nación)**[131]**:** "(…) en el plano legal, en desarrollo de sus competencias, el Congreso puede crear un sistema especial de juzgamiento disciplinario aplicable sólo al Procurador General de la Nación, que sea distinto del ordinario. De este modo, se puede configurar un determinado fuero legal disciplinario, que no constitucional, que tome en cuenta la necesidad de asegurar un juicio disciplinario objetivo e imparcial al funcionario que preside el ministerio público (…)" (Corte Constitucional, Sentencia C-594 del 6 de noviembre de 1996. Demandante: Esperanza Espinosa Muñoz. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente D-1295).
>
> **Fuero Legal Disciplinario del Procurador General de la Nación (exigencias)**[132]**:** "(…) El fuero legal exige, en este caso, que la función juzgadora disciplinaria se tramite en los términos de un proceso de modo que la garantía mayor sea la independencia e imparcialidad en la tarea confiada a estos órganos consistente en confrontar la conducta concreta con la contemplada en la norma abstracta y poder así deducir las consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico.
>
> La intervención de la Sala Plena de uno de los dos órganos judiciales, por sí misma es prenda de garantía de los derechos del Procurador y, se reitera, representa un elemento esencial del fuero legal que se consagra. La decisión del órgano encargado del proceso disciplinario, en los términos de la ley, es definitiva. Dada su naturaleza judicial, tanto orgánica como material, la sentencia que se profiere y con la cual concluye el respectivo proceso indefectiblemente adquiere el valor de cosa juzgada (…)".

131 Tomado de Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario. Ob. cit., pág. 474.

132 Tomado de Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario. Ob. cit., pág. 474.

10. Ejercicio y autoridades disciplinarias

En términos puntuales, el ejercicio de la acción disciplinaria dentro de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[133] viene normada en los artículos 83 y 93 incisos 3º y 4º [(artículos 67 y 76 (parágrafo 3º) de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002].

Conforme al artículo 83 *idem*, la acción disciplinaria se ejerce por la Procuraduría General de la Nación; la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Secciones de Disciplina Judicial; la Superintendencia de Notariado y Registro; los Personeros Distritales y Municipales; las Oficinas de Control Disciplinario Interno establecidas en todas las ramas, órganos y entidades del Estado; y los nominadores. El artículo 93 incisos 3º y 4º ibidem, nos deja muy claro que en aquellas entidades u organismos en donde existan regionales o seccionales, "se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel con sus respectivas competencias", incluyendo la segunda instancia. El inciso 4º nos deja muy claro que "en los casos en donde se deba tramitar la doble conformidad, la decisión final estará siempre a cargo de la Procuraduría General de la Nación, atendiendo sus competencias".

Con fundamento en el principio de integración normativa, para la investigación, juzgamiento y sanción de los destinatarios de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, en forma general, podemos decir que las autoridades disciplinarias son:

La Corte Suprema de Justicia, con relación al Procurador General de la Nación. En el caso en que haya sido postulado por esta corporación, la competencia para investigarlo y juzgarlo será del Consejo de Estado, mediante el procedimiento previsto en el mismo Código General Disciplinario[134] y conforme a las previsiones contenidas en el artículo 100 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (modificado por el artículo 15 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), en la forma como se explicó en precedencia en el acápite de los ***destinatarios*** de la Ley Disciplinaria.

De la misma manera, ***el Consejo de Estado*** conoce de las causales de pérdida de la investidura de los Congresistas de que trata el artículo 183 de la Constitución Política[135], "de conformidad con el procedimiento establecido en la Ley"[136] y de acuerdo con las previsiones señaladas en los artículos 237 numeral 5º de la Carta Superior y 111 numeral 6º de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011[137].

---

133 Código General Disciplinario.

134 Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

135 "El artículo 183 de la Constitución Política expresa: Artículo 183. Los congresistas perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses.
2. Por la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a seis reuniones plenarias en las que se voten proyectos de acto legislativo, de ley o mociones de censura.
3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

Parágrafo. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor".

136 Se refiere a la Ley 144 del 13 de julio de 1994 (Diario Oficial N.º 41.449 del 19 de julio de 1994–Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de investidura de los congresistas-).

137 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Los magistrados que conforman los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los procesos por pérdida de investidura de los diputados, concejales y ediles "de conformidad con el procedimiento establecido en la ley"[138], tal como lo menciona el numeral 15 del artículo 152 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011.

El Senado de la República, conoce de las faltas disciplinarias que "formule la Cámara de Representantes" contra el Presidente de la República o quien haga sus veces; contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura y contra el Fiscal General de la Nación, "aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos", tal como se deduce de los artículos 174, 175 y 178 de la Constitución Política y del artículo 112 parágrafo 2º de la Ley 270 del 7 de marzo de 1995[139-140]. El trámite disciplinario se llevará a cabo "por conducto de la Comisión Legal de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y la Comisión Instructora del Senado de la República".

Para reflexión, debe dejarse anotado en este espacio, que a la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista del Senado y de la Cámara de Representantes, la Ley Orgánica 5ª del 17 de junio de 1992[141], le estableció en el artículo 59, las siguientes funciones:

> Conocer "del conflicto de interés y de las violaciones al régimen de incompatibilidades e inhabilidades de los Congresistas"; del "comportamiento indecoroso, irregular o inmoral que pueda afectar a alguno de los miembros de las Cámaras en su gestión pública, de conformidad con el Código de Ética expedido por el Congreso[142]" y si fuere el caso "de los funcionarios o empleados que en ella presten sus servicios". La Ley Orgánica de la referencia señala que "las plenarias serán informadas acerca de las conclusiones de la Comisión y adoptarán, luego del respectivo debate si a ello se diere lugar, las decisiones que autorizan y obligan la Constitución Política y las normas de este Reglamento".

El Código de Ética y Disciplinario del Congresista[143] en su artículos 1º, 2º, 3º y 4º, deja en claro su propósito, así:

> "*Artículo 1º. Finalidad*. La presente ley constituye el marco normativo de la responsabilidad ética y disciplinaria de los miembros del Congreso de la República, por la conducta indecorosa, irregular o inmoral en que puedan

138 Se refiere al artículo 48 de la Ley 617 de octubre 6 de 2000 (Diario Oficial 44.188 de octubre 9 de 2000), que reformó parcialmente, entre otras, a la Ley 136 de junio 2 de 1994 (Diario Oficial Nº 41.377 de junio 2 de 1994).

139 Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

140 El parágrafo 2º del citado artículo 112, para mayor claridad, señala: "Los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación en materia disciplinaria, están sujetos al régimen previsto por los artículos 174, 175 y 178 de la Constitución Política, para lo cual el Congreso de la República adelantará el proceso disciplinario por conducto de la Comisión Legal de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes y la Comisión Instructora del Senado de la República.

141 "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes".

142 Para efectos de la competencia para disciplinar a los Senadores y Representantes a la Cámara, el Congreso de la República expidió la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 "por medio de la cual se expide el Código de Ética y Disciplinario del Congresista".

143 Ley 1828 del 23 de enero de 2017.

> incurrir en el ejercicio de su función o con ocasión de la misma, de conformidad con el artículo 185 de la Constitución Política[144].
>
> La actuación del Congresista en ejercicio de la altísima misión que le corresponde, se ajustará a los preceptos éticos y disciplinarios contenidos en el presente código, estará revestida de una entrega honesta y leal en la que prevalecerá el bien común sobre cualquier interés particular".
>
> *"Artículo 2º. Titularidad de la acción*. Corresponde a las Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista de cada una de las Cámaras, el ejercicio de la acción ética disciplinaria contra los Senadores de la República y Representantes a la Cámara. Así mismo a la Plenaria de cada una de las Cámaras cuando hubiere lugar".
>
> *"Artículo 3º. Ámbito de aplicación*. La presente ley se aplicará a Senadores de la República y Representantes a la Cámara que en ejercicio de su función transgredan los preceptos éticos y disciplinarios previstos en este Código, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Rama Jurisdiccional del poder público en materia penal o contencioso administrativa.
>
> Constituye afectación a la función congresional, cuando se incurre en violación a los deberes, prohibiciones y cualquiera de las conductas estipuladas en este código.
>
> La acción ética disciplinaria es autónoma e independiente de otras de naturaleza jurisdiccional que se puedan desprender de la conducta del Congresista.
>
> **La Procuraduría General de la Nación conocerá de los actos o conductas no previstas en esta normativa que en condición de servidores públicos realicen los congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan**". (el subrayado y las negrillas fuera del texto).
>
> *Artículo 4º. Objeto*. La presente ley tiene por objeto desarrollar el artículo 185 de la Constitución Política, adoptando las normas que regulen la conducta ética y disciplinaria de los Congresistas en ejercicio de sus funciones congresionales.

Respecto a la competencia de *la Procuraduría General de la Nación* con relación a la instrucción y juzgamiento de la conducta de los *Congresistas,* es importante aseverar que a pesar de la previsión contenida en el inciso 3º del artículo 3º de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[145], la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[146] (modificada por el artículo 16 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), una vez que aclarara en su artículo 101 que las *Salas Disciplinarias* de la *Procuraduría General de la Nación* eran competentes para conocer de las etapas de *instrucción* y *juzgamiento* de los procesos

144 El artículo 185 de la Constitución Política señala: "Artículo 185. Los congresistas serán inviolables por las opiniones y los votos que emitan en el ejercicio del cargo, sin perjuicio de las normas disciplinarias contenidas en el reglamento respectivo".

145 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

146 Código General Disciplinario.

contra los *Congresistas*, ratificó en su parágrafo 1º que "*la Procuraduría General de la Nación conocerá de los procesos disciplinarios contra los Congresistas,* **siempre y cuando no corresponda a conductas en ejercicio de la función congresional de conformidad con la Constitución, el Reglamento del Congreso y las normas ético disciplinarias incorporadas a este**" *(las negrillas fuera del texto)*.

La Procuraduría General de la Nación. De conformidad con lo expresado en el artículo 91 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[147], tendrá en cuenta: la calidad del sujeto disciplinable; la naturaleza del hecho; el territorio donde se cometió la falta; el factor funcional y el factor de conexidad.

La Procuraduría General de la Nación conocerá de la investigación y el juzgamiento de las faltas disciplinarias imputables a los servidores públicos de elección popular y las de sus propios servidores, conforme a lo establecido en el inciso 2º del artículo 92 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*.

De la misma manera, y en cumplimiento del inciso 3º del artículo 92 *ídem*, la ***Procuraduría General de la Nación*** y las ***Personerías***, salvo lo dispuesto en el artículo 76 *ibidem* (para los notarios), tendrá competencia para disciplinar a los ***particulares***.

En el evento de la ***comisión de una o varias faltas conexas*** en la que intervengan ***servidores públicos y particulares***, tendrá exclusividad para investigarlos la ***Procuraduría General de la Nación***, conforme a las reglas dispuestas para los ***servidores públicos***, en las voces del inciso 4º del artículo 92 *ibidem*.

El Procurador General de la Nación[148], por mandato del artículo 102 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (modificado por el artículo 18 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), le corresponde conocer de la segunda instancia de las decisiones de las Salas Disciplinarias de juzgamiento. Igualmente, de la doble conformidad de las decisiones sancionatorias de las Salas. Esta doble conformidad del Procurador General de la Nación será resuelta por una Sala compuesta por "tres (3) personas" que cumplan los mismos requisitos del artículo 232 de la Constitución Política[149], las cuales se sortearán de una lista de doce (12) nombres que debe elaborar la Comisión Nacional del Servicio

147 Código General Disciplinario.

148 El Procurador General de la Nación, representa constitucionalmente el Control Disciplinario Externo de la Procuraduría General de la Nación, acorde con el artículo 277 (numeral 6º) de la Constitución Política, conforme al cual puede "ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive los de elección popular", a más de "ejercer preferentemente el poder disciplinario"; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones señaladas en la ley, amén de las funciones que le concede el Decreto N.º 1851 del 24 de diciembre de 2021 (que modificó el artículo 7º del Decreto 262 del 22 de febrero de 2000).

149 El artículo 232 de la Constitución Política, señala: "Para ser Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado se requiere:
1. Ser colombiano de nacimiento y ciudadano en ejercicio.
2. Ser abogado.
3. No haber sido condenado por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos.
4. Haber desempeñado, durante quince años, cargos en la Rama Judicial o en el Ministerio Público, o haber ejercido, con buen crédito, por el mismo tiempo, la profesión de abogado o la cátedra universitaria en disciplinas jurídicas en establecimientos reconocidos oficialmente. Para el cargo de Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, la cátedra universitaria deberá haber sido ejercida en disciplinas jurídicas relacionadas con el área de la magistratura a ejercer".

Civil, en estricto orden descendente de quienes se presentaron al concurso de méritos de que trata el artículo anterior. La participación en esta Sala no impide el derecho a ser nombrado en la Sala Especial de Juzgamiento de servidores de elección popular en caso de presentarse una vacante.

En el evento en que, por cualquier causa, esta lista se reduzca, el *Procurador General de la Nación* deberá recomponerla de la lista anterior.

Los incisos 3º y 4º de la disposición en análisis, advierten que el *Procurador General de la Nación*, por razones de orden público, imparcialidad o independencia de la función disciplinaria, así como para asegurar las garantías procesales o la seguridad o integridad de los sujetos procesales, *podrá asignar directamente el conocimiento de un asunto como también desplazar a quien esté conociendo de un proceso*, pero que en ningún caso, tal desplazamiento podrá surtirse en relación con los procesos contra *servidores públicos de elección popular*.

Igualmente el artículo 103 *ejusdem* establece que la competencia disciplinaria especial establecida en los artículos anteriores, será ejercida de conformidad con el procedimiento previsto en la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[150].

Finalmente y en cuanto a la competencia disciplinaria de la *Procuraduría General de la Nación,* el artículo 95 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, determina que esta se desarrollará conforme con las competencias establecidas en la Ley que determina su estructura y funcionamiento y resoluciones que la desarrollen, es decir, de acuerdo con las normas vigentes del *Decreto 262 del 22 de febrero de 2000*; *Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021*[151]; *Resoluciones 113 del 8 de abril de 2022*, *377 del 9 de noviembre de 2022, 181 del 23 de mayo de 2023*, la *Circular N.º 002 del 9 de marzo de 2023* y demás actos administrativos que guarden relación, proferidas por el Procurador General de la Nación y "*con la observancia de procedimiento establecido en este código*"[152].

Las Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo normado por el artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, modificado por el ar-

150 Código General Disciplinario.

151 Este decreto fue expedido por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades extraordinarias que le otorgó el artículo 69 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, que textualmente señala:

"*Artículo 69. Facultades extraordinarias*. De conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 10, de la Constitución Política, para los fines específicos de la presente ley, revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias, por el término de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de publicación de la presente ley, para reconfigurar la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación. Podrá modificar el régimen de competencias internas, crear, fusionar cargos y los funcionarios que los ocupaban pasarán a ocupar los nuevos cargos que se creen, reasignen o cambien la estructura de funcionamiento y asignar diferentes funciones y cargos a sus empleados. Se procurará que no exista aumento del gasto de nómina y se garantizará la estabilidad en el empleo de los actuales servidores de la Procuraduría General de la Nación, preservando la permanencia en el cargo de los servidores públicos que se encuentren inscritos en el sistema de carrera de la entidad. No podrán desmejorarse las condiciones laborales y salariales de los servidores.

De manera excepcional si luego de hacer estudios sobre el funcionamiento de la entidad por Función Pública y de acuerdo a la disponibilidad fiscal del país y la existencia de recursos para tal propósito podrán adicionarse nuevos cargos privilegiando el mérito y la paridad de género siempre que no exista un funcionario de la planta que pueda desempeñar la labor.

La creación de nuevos cargos siempre será la última opción".

152 Se refiere al Código General Disciplinario.

tículo 16 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021 y de conformidad con las modificaciones establecidas al Decreto 262 del 22 de febrero de 2000[153] en los artículos 10 y 11 del Decreto 1851 del 24 de diciembre de 202[154] conocen en única instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra el Vicepresidente de la República, los Ministros del Despacho, los Congresistas, el Contralor General de la República, el Defensor del Pueblo, el Gerente del Banco de la República y demás miembros de su Junta Directiva, el Alcalde Mayor de Bogotá D.C., los magistrados del Consejo Nacional Electoral, el Auditor General de la República, el Registrador Nacional del Estado Civil, el Contador General, los Generales de la República y oficiales de rango equivalente, el Personero y el Contralor de Bogotá D.C., los Directores de Departamentos Administrativos del orden nacional y del Distrito Capital, los Miembros de la Comisión de Regulación de Comunicaciones, el Viceprocurador, los Procuradores Delegados, los Procuradores Auxiliares, el Secretario General de la Procuraduría General de la Nación, el Veedor, el Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público, el Director Nacional de Investigaciones Especiales y el Secretario Privado de la Procuraduría General de la Nación.

También las Salas Disciplinarias de la Procuraduría General de la Nación "conocerán de los procesos disciplinarios de los demás servidores públicos del orden nacional de igual o superior categoría a los mencionados, siempre que la competencia no esté asignada a otra autoridad disciplinarias".

La competencia de las Salas Disciplinarias, conforme al inciso 5º del mismo artículo 101 ibidem, se ejercerá respecto de las faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de la calidad de los servidores enunciados en este artículo o durante su ejercicio, en este último caso, aunque hayan hecho dejación del cargo.

Las tres (3) *Salas Disciplinarias*[155] con las que cuenta la Procuraduría General de la Nación de conformidad con el artículo 16 de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021* y de acuerdo con el artículo 10 del *Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021*, que modificó el artículo 21 del *Decreto Ley 262 del 22 de febrero de 2000*, cada una estará conformada por tres (3) *Procuradores Delegados*, así:

Sala Disciplinaria de Instrucción. Esta Sala tiene a su haber las competencias señaladas en el artículo 22 del Decreto *262 del 22 de febrero del 2000*, modificado por el numeral 1º del artículo 11 del *Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021*[156].

---

153 Decreto llamado "Estatuto Orgánica de la Procuraduría General de la Nación".

154 Por el cual se modifican los Decretos Ley 262 y 265 de 2000 con el fin de reconfigurar la planta de personal de la Procuraduría General de la Nación, modificar el régimen de competencias internas, crear, fusionar cargos y determinar los funcionarios que los ocupaban a donde pasarán a ocupar los nuevos cargos que se creen, así como la reasignación o cambio de la estructura de funcionamiento y asignación de las diferentes funciones y cargos de los empleados y se dictan otras disposiciones.

155 Según el artículo 11 del Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021 corresponden a la Sala Disciplinaria de Instrucción; a la Sala Disciplinaria Ordinaria de Juzgamiento y a la Sala Disciplinaria de Juzgamiento de Servidores Públicos de Elección Popular.

156 "a. Conocer de las actuaciones disciplinarias, hasta la notificación del pliego de cargos o de la decisión de archivo, contra los referidos servidores públicos, inclusive los de elección popular.

b. Conocer de los recursos de apelación y de queja, al igual que de los impedimentos, recusaciones y conflictos de competencia que se presenten en los procesos de conocimiento de las procuradurías delegadas de instrucción.

c. Conocer del grado de consulta del auto de suspensión provisional; así como de sus prórrogas,

Sala Disciplinaria de Juzgamiento. Esta Sala tiene a su haber las competencias señaladas en el artículo 22 del Decreto *262 del 22 de febrero del 2000,* modificado por el numeral 2º del artículo 11 del *Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021*[157].

Sala Disciplinaria de Juzgamiento de servidores públicos de elección popular. Esta Sala tiene a su haber las competencias señaladas en el artículo 22 del Decreto *262 del 22 de febrero del 2000,* modificado por el numeral 3º del artículo 11 del *Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021*[158].

El decreto de la referencia, en los parágrafos 1º y 2º del mismo artículo 11, deja en claro para la sala correspondiente, lo siquiente:

> "**Parágrafo primero.** La competencia de las Salas Disciplinarias se ejercerá respecto de las faltas cometidas con anterioridad a la adquisición de la calidad de los servidores enunciados en el artículo 101 de la Ley 1952 de 2019, modificado por el artículo 16 de la Ley 2094 de 2021, o durante su ejercicio. En este ultimo caso, aunque hayan hecho dejación del cargo".
>
> "**Parágrafo segundo**. Las Salas Disciplinarias de Instrucción y de Juzgamiento de Servidores públicos de Elección Popular conocerán de los procesos disciplinarios contra los Congresistas, siempre y cuando no corresponda a conductas en ejercicio

---

proferidos por las procuradurías delegadas de instrucción, excepto en las actuaciones contra servidores públicos de elección popular.

d. Las demás que le sean asignadas por el Procurador General".

157 "a. Conocer del juzgamiento de los procesos disciplinarios contra los servidores públicos cuya instrucción este a cargo de la Sala Disciplinaria de Instrucción o del Viceprocurador, excepto en las actuaciones contra servidores públicos de elección popular.

b. Conocer de los recursos de apelación y de queja, al igual que de los impedimentos, recusaciones y conflictos de competencia que se presenten en los procesos de conocimiento de las procuradurías delegadas de juzgamiento, excepto en las actuaciones contra servidores públicos de elección popular.

c. Conocer de la doble conformidad contra los fallos sancionatorios proferidos por las procuradurías delegadas de juzgamiento, excepto en las actuaciones contra servidores públicos de elección popular.

d. Conocer del grado de consulta del auto de suspensión provisional, así como de sus prorrogas, proferidos por las procuradurías delegadas de juzgamiento, excepto en las actuaciones contra servidores públicos de elección popular.

e. Conocer y resolver los impedimentos y recusaciones de los funcionarios adscritos a su Despacho.

f. Las demás que le sean asignadas por el Procurador General".

158 "a. Conocer del juzgamiento de los servidores públicos de elección popular, cuya instrucción este a cargo de la Sala Disciplinaria de Instrucción o del Viceprocurador.

b. Conocer de los recursos de apelación y de queja, al igual que de los impedimentos, recusaciones y conflictos de competencia que se presenten, en etapa de juzgamiento, en los procesos de conocimiento de los procuradores delegados, regionales, distritales y provinciales, en las actuaciones contra servidores públicos de elección popular.

c. Conocer del grado de consulta del auto de suspensión provisional, así como

de sus pr6rrogas, proferidos, en cualquier etapa, por las procuradurías delegadas, regionales, distritales y provinciales en las actuaciones contra servidores públicos de elección popular.

d. Conocer y resolver los impedimentos de los funcionarios adscritos a su Despacho, así como las recusaciones que contra ellos se formulen.

e. Las demás que le sean asignadas por el Procurador General".

de la función congresional de conformidad con la Constitución Política, el Reglamento del Congreso y las normas ético-disciplinarias incorporadas a este".

El Viceprocurador General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 74 del *Decreto 262 del 22 de febrero de 2000,* modificado por el artículo 18 del *Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021,* conoce en segunda instancia, los procesos disciplinarios de competencia en primera instancia de la Veeduría y de las Procuradurías Delegadas para el Juzgamiento Disciplinario, cuándo se trate de faltas cometidas pot servidores públicos de la Procuraduría General de la Nación.

Igualmente, conocerá del recurso de queja, impedimentos, recusaciones, conflictos de competencia, el grado de consulta del auto de suspensión provisional y sus prorrogas, cuando se presente en procesos contra servidores de la Procuraduría General de Ia Nación.

El Procurador General de La Nación conoce de Ia doble conformidad contra los fallos sancionatorios proferidos en segunda instancia por el Viceprocurador General de la Nación.

Las Procuradurías Delegadas Disciplinarias de instrucción y juzgamiento, tienen las competencias señaladas en el artículo 25 del Decreto *262 del 22 de febrero del 2000,* modificado por los artículos 12[159].

159 "1. Conocer de las actuaciones disciplinarias, hasta la notificación del pliego de cargos o de Ia decisión de archivo, contra los siguientes sujetos disciplinables:

a. Los servidores públicos que tengan rango equivalente o superior al de Secretario General de las entidades que formen parte de las ramas ejecutiva del orden nacional o legislativa, y de la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, la Organización Electoral, el Banco de la Republica, la Auditoria General de la República, las comisiones de regulación y de otros organismos autónomos del orden nacional, salvo que la competencia este asignada a otra dependencia de la Procuraduría.

También conocerán de los procesos disciplinarios de los demás servidores públicos del orden nacional de igual o superior categoría a los mencionados, siempre que la competencia no este asignada a otra autoridad disciplinaria, sin perjuicio del ejercicio del poder preferente.

b. Los gerentes, directores y miembros de juntas directivas, o sus equivalentes, de los organismos descentralizados del nivel nacional.

c. Los Agentes Diplomáticos y Consulares, los Directores Generales del Ministerio de Hacienda, los Defensores Delegados, los Personeros Delegados de la Personería de Bogotá, D. C., los Gobernadores, los Contralores Departamentales, los alcaldes de capitales de departamento y los Distritales salvo el de Bogotá, D.C.

La competencia frente a estos servidores públicos se ejercerá respecto de las faltas cometidas con anterioridad a la adquisición del cargo o durante su ejercicio, en este último caso, aunque hayan hecho dejación del cargo.

d. Los oficiales superiores de la Fuerza Pública.

e. El Director General de Inteligencia, los jefes de las direcciones del nivel central, de las oficinas asesoras dependientes de la jefatura y de las seccionales o las que hagan sus veces.

f. Los directores y Jefes de Policía Judicial e Inteligencia de la Fuerza Pública y los jefes seccionales de Policía Judicial de la Fuerza Pública.

g. Los Magistrados del Tribunal Superior Militar y demás funcionarios de la misma jerarquía que cree la ley.

h. Los jueces de conocimiento de la justicia penal militar y auditores superiores y principales de guerra.

i. Los representantes legales, gerentes o su equivalente, revisores fiscales, miembros de las juntas directivas de las entidades privadas que desempeñen funciones públicas a nivel nacional.

j. Los integrantes de las juntas directivas de las Cámaras de Comercio que tengan doce miembros

y 13 (que adiciona el artículo 25A)[160] del *Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021*.

principales, y contra los notarios de primera categoría.

k. Los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado y las personas naturales que manejen contribuciones fiscales o parafiscales del orden nacional.

I. Los particulares que ejerzan funciones públicas a nivel nacional.

2. Conocer de las actuaciones disciplinarias, hasta la notificación del pliego de cargos o de la decisión de archivo en los procesos disciplinarios por infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en que incurra cualquier servidor público, incluidos los miembros de la fuerza pública, salvo aquellos que sean de competencia de las Salas Disciplinarias de Instrucción y Ordinaria de Juzgamiento.

3. Conocer de los recursos de apelación y de queja, al igual que de los impedimentos, recusaciones y conflictos de competencia que se presenten en los procesos de conocimiento de los procuradurías regionales y distritales de Bogotá D.C., en etapa de instrucción

4. Conocer del grado de consulta del auto de suspensión provisional, así como de sus prórrogas, proferidos por los procuradurías regionales y distritales de Bogotá D.C., en etapa de instrucción, excepto en las actuaciones contra servidores públicos de elección popular.

5. Conocer de los recursos de apelación, queja, impedimentos, recusaciones, así como del grado de consulta de la suspensión provisional y sus prórrogas, adoptados en etapa de instrucción por el control interno disciplinario del orden departamental y nacional, en los eventos en que no puedan garantizar la segunda instancia.

6. Ejercer, de manera selectiva, vigilancia superior de las actuaciones disciplinarias que adelante el control interno disciplinario, en etapa de instrucción, respecto de las cuales tenga competencia para ejercer el poder preferente.

7. Conocer y resolver los impedimentos y recusaciones contra los funcionarios de su dependencia.

8. Las demás que le sean asignadas por el Procurador General.

Parágrafo primero. Cuando per razones de conexidad, en una misma actuación disciplinaria deban investigarse asuntos de competencia de una procuraduría delegada de instrucción y una procuraduría del nivel territorial de instrucción, la competencia para conocer corresponderá a la procuraduría delegada.

Parágrafo segundo. Las procuradurías delegadas de instrucción tendrán competencia preferente para asumir el conocimiento de los procesos disciplinarios de competencia de las procuradurías regionales, distritales y provinciales, inclusive contra servidores de elección popular, previo concepto favorable del Comité Técnico de la función disciplinaria.

En estos casos, el juzgamiento corresponderá a las procuradurías delegadas para el juzgamiento disciplinario".

160 "1. Conocer de la etapa de juzgamiento de los procesos adelantados por las procuradurías delegadas de instrucción.

2. Conocer de los recursos de apelación y de queja, al igual que de los impedimentos, recusaciones y conflictos de competencia que se presenten en los procesos de conocimiento de las procuradurías regionales y distritales de Bogotá D.C. en etapa de juzgamiento, excepto en los casos de servidores públicos de elección popular.

3. Conocer de la doble conformidad contra los fallos sancionatorios proferidos en segunda instancia por las procuradurías regionales.

4. Conocer del grado de consulta del auto de suspensión provisional, así como de sus prorrogas, proferidos por las procuradurías regionales en etapa de juzgamiento, excepto en los casos de servidores públicos de elección popular.

5. Conocer de los recursos de apelación, queja, impedimentos, recusaciones, así como del grado de consulta de la suspensión provisional y sus prorrogas, adoptados en etapa de juzgamiento por el control interno disciplinario del orden departamental o nacional en los eventos en que no se pueda garantizar la segunda instancia.

6. Conocer de la doble conformidad contra los fallos sancionatorios proferidos en segunda instancia en ejercicio del control interno disciplinario, por las entidades del orden departamental o nacional.

7. Ejercer, de manera selectiva, vigilancia superior de las actuaciones disciplinarias que adelante el control interno disciplinario, en etapa de juzgamiento, respecto de las cuales tenga competencia para ejercer el poder preferente.

Las competencias específicas de las Procuradurías Delegadas Disciplinarias de Instrucción, de Juzgamiento y con funciones mixtas. De conformidad con la *Resolución 377 del 9 de noviembre de 2022*, modificada por la *Resolución 181 del 23 de mayo de 2023*, ambas expedidas por la Procuraduría General de la Nación.

De acuerdo con el artículo 3º de la Resolución 377 del 9 de noviembre de 2022, las ***Procuradurías Delegadas Disciplinarias de instrucción***, teniendo en cuenta los hechos objeto de investigación y la calidad de los sujetos disciplinables, cumplirán las siguientes ***funciones específicas***:

1. Procuradurías Delegadas Disciplinarias de Instrucción para la Vigilancia Administrativa. Tendrán competencia para ejercer las funciones establecidas en el artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el artículo 12 del Decreto Ley 1851 de 2021, en relación con las faltas cometidas por los notarios de primera categoría y los demás casos en los que la competencia no esté expresamente asignada a otra delegada disciplinaria de instrucción.

2. Procuraduría Delegada Disciplinaria de Instrucción para la Economía y Hacienda Pública. Tendrá competencia para ejercer las funciones establecidas en el artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el artículo 12 del Decreto Ley 1851 de 2021, en relación con las conductas asociadas a la hacienda pública, planes de desarrollo y todas las demás formas de intervención del Estado en la economía, que comprenden, entre otras, las siguientes materias:

2.1. Preparación, presentación, aprobación, modificación, ejecución, seguimiento, evaluación y control del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes territoriales.

2.2. Preparación, presentación, discusión, aprobación, sanción, liquidación, ejecución, modificación y control del presupuesto.

2.3. Manejo del tesoro público e inversiones y de los recursos parafiscales.

2.4. Administración y utilización de los recursos provenientes de monopolios y transferencias de la Nación a las entidades territoriales, de rentas de destinación específica y de los fondos cuenta, excepto los recursos provenientes del Sistema General de Regalías.

2.5. Crédito público y capacidad de pago.

2.6. Contabilidad pública.
2.7. Intervención en la economía nacional.

2.8. Régimen tributario.

---

8. Conocer y resolver los impedimentos y recusaciones de los funcionarios de su dependencia.

9. Las demás que le sean asignadas por el Procurador General.

Parágrafo primero. Cuando por razones de conexidad, en una misma actuación disciplinaria deban juzgarse asuntos de competencia de una procuraduría delegada de juzgamiento y una procuraduría del nivel territorial de juzgamiento, la competencia para conocer corresponderá a la procuraduría delegada.

Parágrafo segundo. Las procuradurías delegadas de juzgamiento tendrán competencia preferente para asumir el conocimiento de los procesos disciplinarios de competencia de los procuradurías regionales, distritales y provinciales, inclusive contra servidores de elección popular, previo concepto favorable del Comité Técnico de la función disciplinaria".

3. Procuradurías Delegadas Disciplinarias de Instrucción para la Contratación Estatal. Tendrán competencia para ejercer las funciones establecidas en el artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el artículo 12 del Decreto Ley 1851 de 2021, en relación con las conductas derivadas de la contratación estatal en sus etapas precontractual, contractual y poscontractual, hasta la liquidación del contrato y el pago de las obligaciones que emanen de este, así como del cumplimiento, cobro y pago de pólizas de seguro, garantías bancarías y patrimonios autónomos otorgados durante el respectivo proceso de contratación y el cumplimiento de normas presupuestales relativas a dichas actuaciones contractuales.

3.1. **La Procuraduría Delegada Disciplinaria de Instrucción 6. Primera para la Contratación Estatal** conocerá exclusivamente los asuntos relacionados con la contratación adelantada en el marco del Programa de Alimentación Escolar (PAF) en sus etapas precontractual, contractual y poscontractual, hasta la liquidación del contrato y el pago de las obligaciones que emanen de este, así como del cumplimiento, cobro y pago de pólizas de seguro, garantías bancarías y patrimonios autónomos otorgados durante el respectivo proceso de contratación y el cumplimiento de normas presupuestales relativas a dichas actuaciones contractuales, siempre que se trate de asuntos de competencia de las procuradurías delegadas.

4. Procuraduría Delegada Disciplinaria de Instrucción para la Fuerza Pública y Policía Judicial. Tendrá competencia para ejercer las funciones de que trata el artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el artículo 12 del Decreto Ley 1851 de 2021, en los eventos en que los sujetos disciplinables sean oficiales superiores de la Fuerza Pública, salvo en los casos de competencia de la Procuraduría Delegada con Funciones Mixtas 1. Para la Defensa de los Derechos Humanos y que la conducta investigada se corneta en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

Igualmente, adelantará investigaciones contra los funcionarios descritos en los literales e y f del numeral 1 del artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000.

De acuerdo con el artículo 4º de la Resolución 377 del 9 de noviembre de 2022, las **Procuradurías Delegadas Disciplinarias de instrucción**, tendrán los siguientes **factores especiales de competencia**:

> "Cuando en una misma actuación disciplinaria en etapa de instrucción se investiguen asuntos de competencia de diferentes procuradurías delegadas, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:
>
> Cuando el asunto pueda ser de competencia de las procuradurías delegadas de instrucción con especialidad en vigilancia administrativa, contratación estatal y economía y hacienda pública, lo conocerá preferentemente esta última.
>
> Cuando el asunto pueda ser de competencia de las procuradurías delegadas de instrucción con especialidad en vigilancia administrativa y contratación estatal, lo conocerá preferentemente esta última.
>
> Cuando el asunto pueda ser de la Procuraduría Delegada con Funciones Mixtas 1. Para la Defensa de los Derechos Humanos y otra Procuraduría Delegada Disciplinaria de Instrucción, lo conocerá preferentemente la primera".

Igualmente, debe tenerse en cuenta, en las voces del artículo 5º *idem*, que "la competencia no se alterará ni variará cuando se modifiquen los hechos materia de investigación, salvo que se trate del cambio de sujetos procesales que funcionalmente determinen la competencia".

De conformidad con el artículo 6º de la Resolución 377 del 9 de noviembre de 2022, las ***Procuradurías Delegadas Disciplinarias de Juzgamiento***, tendrán competencia para ejercer las funciones establecidas en el artículo 25A del Decreto Ley 262 de 2000, adicionado por el artículo 13 del Decreto Ley 1851 de 2021. "Los asuntos a que se refiere el presente artículo se asignarán a las procuradurías delegadas de forma aleatoria, de acuerdo con los procedimientos que para tal efecto dispongan los sistemas de información de la entidad".

> "**Parágrafo:** (adicionado por la Resolución 181 del 23 de mayo de 2023). La **Procuraduría Delegada de Juzgamiento 4** ejercerá la función y competencia de *intervención* como *Ministerio Público* en los procesos que adelante la *Comisión Nacional de Disciplina Judicial*. Esta facultad se ejercerá de forma discrecional y obedeciendo a la necesidad de la defensa de los derechos y garantías fundamentales de los sujetos procesales, así como del ordenamiento jurídico y del patrimonio público.
>
> El **Viceprocurador General de la Nación** podrá asumir de forma preferente la intervención ante la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, cuándo lo considere pertinente, de acuerdo con lo previsto en el numeral 11 del artículo 17 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el artículo 7 del Decreto Ley 1851 de 2021.
>
> (...)".

De acuerdo con el artículo 9º de la Resolución 377 del 9 de noviembre de 2022, las **Procuradurías Delegadas Disciplinarias con funciones mixtas**, cumplirán las siguientes **funciones específicas**:

> "1. **Procuraduría Delegada con Funciones Mixtas para la Defensa de los Derechos Humanos**. Cumplirá las siguientes funciones:
>
> **1.1. Disciplinaria de instrucción.** Tendrá competencia para ejercer las funciones establecidas en el artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el artículo 12 del Decreto Ley 1851 de 2021, cuando se trate de faltas previstas en los numerales 1 al 6 del artículo 52 de la Ley 1952 de 2019, en que incurra cualquier servidor público, salvo aquellos relacionados en el artículo 101 del Código General Disciplinario.
>
> Respecto de las conductas de que trata el numeral 2 del artículo 52 de la Ley 1952 de 2019, conocerá en particular de las siguientes:
>
> Infracciones a los Derechos Humanos:
>
> Feminicidio.
> Violación o acceso carnal violento.
> Abuso sexual o actos sexuales abusivos.
> Prostitución Forzada o esclavitud sexual.
> Actos de Discriminación (el que arbitrariamente impida, obstruya o restrinja el pleno ejercicio de los derechos de las personas) por razón de la

raza, etnia, nacionalidad, discapacidad, sexo, orientación sexual, identidad o expresión de género, religión o ideología política.

Infracciones al Derecho Internacional Humanitario:

Homicidio en persona protegida.
Lesiones en persona protegida.
Tortura en persona protegida.
Acceso carnal violento en persona protegida.

Actos sexuales abusivos en persona protegida.
Prostitución forzada o esclavitud sexual.
Tratos crueles, inhumanos y degradantes y experimentos biológicos en persona protegida.
Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil.
Omisión de medidas de protección a la población civil.

Respecto de las conductas de que trata el numeral 6º del artículo 52 de la Ley 1952 de 2019, conocerá de los procesos que se adelanten en contra de los sujetos disciplinables establecidos en el artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el numeral 1 del artículo 12 del Decreto Ley 1851 de 2021.

Las infracciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario que no se encuentren prevista en este artículo, deberán ser sometidas a reparto entre las demás dependencias de la entidad, atendiendo los factores de competencias previstos en el Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el Decreto Ley 1851 de 2021. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad del Procurador General de la Nación de asignar especialmente el conocimiento de un asunto o el ejercicio preferente a cargo del Viceprocurador General de la Nación, en los términos del parágrafo 3 del artículo 17 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el Decreto Ley 1851 de 2021.

1.2. **Preventiva y de Control de Gestión.** Tendrá competencia para ejercer las funciones establecidas en los numerales 1, 2, 5 y 7 del artículo 24 y los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7 y 10 del artículo 26 del Decreto Ley 262 de 2000, en asuntos relacionados con la defensa de los derechos humanos.

(…)

10. Procuraduría Delegada con funciones mixtas para la moralidad y la transparencia pública

Cumplirá las siguientes funciones:

"**10.1. Disciplinaria de instrucción.** Tendrá competencia para ejercer las funciones establecidas en el artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el artículo 12 del Decreto Ley 1851 de 2021, en ejercicio de la facultad contenida en el parágrafo segundo del artículo 25 del Decreto Ley 262 de 2000, modificado por el Decreto Ley 1851 de 2021, y cuando le sean asignadas de manera especial.

10.2.**Preventiva y de control de gestión.** Tendrá competencia para ejercer las funciones establecidas en los numerales 1, 2, 3, 5, 6 y 7 del artículo 24 del Decreto Ley 262 de 2000, en asuntos relacionados con:

10.2.1. Seguimiento al cumplimiento de la Ley 1712 de 2014.

10.2.2. Actividades de diseño, implementación y seguimiento al plan y la estrategia anticorrupción del Ministerio Público, en las que intervengan la Oficina de Planeación y las demás dependencias de la entidad.

10.2.3. Interrelación con la ciudadanía para fomentar la moralidad y el control de la función pública.

10.2.4. Promoción de la transparencia, la moralidad y la ética de lo público.

(...)".

Las Procuradurías Regionales de Instrucción y Juzgamiento, tienen las competencias señaladas en el artículo 75 del *Decreto 262 del 22 de febrero del 2000,* modificado por los artículos 19[161] y

161 "1. Conocer de las actuaciones disciplinarias, hasta la notificación del pliego de cargos o de la decisión de archivo, contra los siguientes sujetos disciplinables:

a. Los servidores públicos que tengan rango inferior al de Secretario General de las entidades que formen parte de las ramas ejecutiva del orden nacional, legislativa, de la Contraloría General de la Republica, la Defensoría del Pueblo, la Auditoria General de la República, la Organización Electoral, del Banco de la República, las comisiones de regulación y de otros organismos autónomos del orden nacional.

b. Los funcionarios que conforman los órganos de dirección y administración de las áreas metropolitanas en ejercicio de sus funciones, así como de las regiones administrativas y de planificación y de las Regiones y Provincias a que se refieren los Artículos 306, 307 y 321 de la Constitución Política.

c. Los diputados, concejales de las capitales de departamento, contralores departamentales y contralores municipales de capital de departamento, defensores regionales, rectores, directores o gerentes de organismos descentralizados del orden departamental y miembros de sus juntas o consejos directivos, y contra servidores públicos del orden departamental.

d. Los oficiales subalternos de la Fuerza Pública, salvo por las conductas constitutivas de infracciones al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, cuyo conocimiento este atribuido a las procuradurías delegadas.

e. Los representantes legales, gerentes o su equivalente, revisores fiscales, miembros de las juntas directivas de las entidades privadas que desempeñen funciones públicas a nivel departamental.

f. Los integrantes de las juntas directivas de las Cámaras de Comercio cuyas juntas directivas tengan de nueve a once miembros principales y los notarios de segunda categoría.

g. Los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado y las personas naturales que administran contribuciones fiscales o parafiscales del orden departamental.

h. Los curadores urbanos de áreas metropolitanas, asociaciones de municipios y de capitales de departamento.

i. Los particulares que desempeñen función pública a nivel departamental.

2. Conocer de las actuaciones disciplinarias, hasta la notificación del pliego de cargoso de la decisión de archivo, de los procesos disciplinarios cuya competencia corresponda a las procuradurías provinciales y distritales, en las circunscripciones territoriales en donde estas no existan, salvo que la competencia este asignada a otra dependencia de la Procuraduría.

3. Conocer de los recursos de apelación y de queja, al igual que de los impedimentos, recusaciones y conflictos de competencia que se presenten en los procesos de conocimiento de los procuradurías provinciales y distritales, en etapa de instrucción.

20[162] (que adiciona el artículo 75A) del *Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021*.

4. Conocer del grado de consulta del auto de suspensión provisional, así como de sus prorrogas, proferidos por los procuradurías provinciales y distritales, en etapa de instrucción, excepto en las actuaciones contra servidores públicos de elección popular.

5. Conocer de los recursos de apelación, queja, impedimentos, recusaciones, así como del grado de consulta de la suspensión provisional y sus prorrogas, proferidos en etapa de instrucción por el control interno disciplinario del orden municipal y por las personerías municipales o distritales, en los eventos en que no se pueda garantizar la segunda instancia.

6. Adelantar actuaciones disciplinarias de competencia de los procuradores delegados, hasta antes de la apertura de la investigación. De la iniciación de estas investigaciones se dará aviso al procurador delegado competente, a más tardar el día siguiente hábil, para que, si lo estima conveniente, asuma directamente su conocimiento.

7. Ejercer, de manera selectiva, vigilancia superior de las actuaciones disciplinarias que adelante el control interne disciplinario, en etapa de instrucción respecto de las cuales tenga competencia para ejercer el poder preferente.

8. Conocer y resolver los impedimentos y recusaciones contra los funcionarios de su dependencia.

9. Conceder permisos a los procuradores provinciales y distritales de instrucción.

10. Dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre los personeros y los procuradores provinciales, en etapa de instrucción.

11. Las demás que les asigne el Procurador General.

Parágrafo primero. Cuando, por razones de conexidad, en una misma actuación deban investigarse asuntos de competencia de una procuraduría regional y de procuradurías distritales o provinciales, la competencia para conocer en primera instancia corresponderá a la procuraduría regional.

Parágrafo segundo. Cuando por el factor territorial varias procuradurías regionales se consideren competentes para conocer procesos contra servidores públicos del orden departamental, conocerá aquella dentro de cuya circunscripción territorial este comprendida la capital del respectivo departamento."

162 "1. Conocer de la etapa de juzgamiento de los procesos adelantados por las procuradurías regionales de instrucción.

2. Conocer de los recursos de apelación y de queja, al igual que de los impedimentos, recusaciones y conflictos de competencia que se presenten en los procesos de conocimiento de los procuradurías provinciales y distritales, en etapa de juzgamiento, excepto en los casos de servidores públicos de elección popular.

3. Conocer del grado de consulta del auto de suspensión provisional, así como de sus prorrogas, proferidos por los procuradores provinciales y distritales, en etapa de juzgamiento, excepto en los casos de servidores públicos de elección popular.

4. Conocer de los recursos de apelación, queja, impedimentos, recusaciones, así como del grado de consulta de la suspensión provisional y sus prórrogas, proferidos en etapa de juzgamiento por el control interno del orden municipal y personerías municipales y distritales, en los eventos en que no se pueda garantizar la segunda instancia.

5. Conocer de la doble conformidad contra los fallos sancionatorios proferidos en segunda instancia en ejercicio del control interno disciplinario por las entidades del orden municipal y de las personerías municipales y distritales.

6. Conocer del juzgamiento de los procesos disciplinarios de competencia del control interno disciplinario del orden departamental, en los eventos en que no se pueda garantizar la separación de la instrucción y el juzgamiento.

7. Ejercer, de manera selectiva, vigilancia superior de las actuaciones disciplinarias que adelante el control interno disciplinario, en etapa de juzgamiento, respecto de las cuales tenga competencia para ejercer el poder preferente.

8. Conceder permisos a los procuradores provinciales y distritales de juzgamiento.

9. Dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre los personeros y los procuradores provinciales, en etapa de juzgamiento.

10. Las demás que le asigne el Procurador General.

Parágrafo primero. Cuando, por razones de conexidad, en una misma actuación deban juzgarse asuntos de competencia de una procuraduría regional y de procuradurías distritales o

Las Procuradurías Distritales y Provinciales de instrucción y juzgamiento, tienen las competencias señaladas en el artículo 76 del Decreto *262 del 22 de febrero del 2000,* modificado por los artículos 22[163] y 23[164] (que adiciona el artículo 76A) del *Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021*.

---

provinciales de juzgamiento, la competencia para conocer en primera instancia corresponderá a la procuraduría regional.

Parágrafo segundo. Cuando por el factor territorial varias procuradurías regionales se consideren competentes para conocer procesos contra servidores públicos del orden departamental, conocerá aquella dentro de cuya circunscripción territorial este comprendida la capital del respectivo departamento".

163 "1. Conocer de las actuaciones disciplinarias, hasta la notificación del pliego de cargos o de la decisión de archivo, contra los siguientes sujetos disciplinables:

a. Los alcaldes de municipios que no sean capital de departamento, los concejales de estos, los personeros, personeros delegados, ediles de juntas administradoras locales, rectores, directores o gerentes de las entidades y organismos descentralizados del orden distrital o municipal, los miembros de sus juntas o consejos directivos, y contra servidores públicos del orden distrital o municipal, según el caso.

b. Los suboficiales de las Fuerzas Militares y personal civil del Ministerio de Defensa, de sus organismos adscritos o vinculados y de las Fuerzas Militares, que actúen dentro de su circunscripción territorial, salvo por violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario cuyo conocimiento este atribuido a las procuradurías delegadas.

c. Los suboficiales, agentes, personal del nivel ejecutivo y personal no uniformado de la Policía Nacional, clasificado como especialista, profesional, adjunto y auxiliar, o sus equivalentes en caso de que se modifique la nomenclatura y clasificación de la Policía Nacional.

d. Los contralores distritales y contralores municipales distintos de los de capital de departamento.

e. Los jueces de instrucción penal militar, auditores principales y auxiliares de guerra.

f. Los representantes legales, gerentes o su equivalente, revisores fiscales, miembros de las juntas directivas de las entidades privadas que desempeñen funciones públicas a nivel municipal.

g. Los integrantes de las juntas directivas de las Cámaras de Comercio cuyas juntas directivas tengan menos de nueve miembros principales y los notarios de tercera categoría.

h. Los representantes legales de las personas jurídicas de derecho privado y las personas naturales que manejen contribuciones fiscales o parafiscales del orden municipal.

i. Los curadores urbanos cuya competencia no este asignada a los procuradores regionales.

j. Los particulares que desempeñen función pública a nivel distrital o municipal.

2. Adelantar las actuaciones disciplinarias de competencia de los procuradores delegados, hasta antes de la apertura de la investigación. De la iniciación de estas investigaciones se dará aviso al procurador delegado competente, a más tardar el día siguiente hábil, para que, Si lo estima conveniente, asuma directamente su conocimiento.

3. Ejercer, de manera selectiva, vigilancia superior de las actuaciones disciplinarias que adelante el control interno disciplinario, en etapa de instrucción, respecto de las cuales tenga competencia para ejercer el poder preferente.

Parágrafo primero. Las Procuradurías Distritales de Bogotá, D.C., conocen de la instrucción de los procesos disciplinarios que se adelanten contra servidores públicos que tengan rango inferior al de Secretario General de las entidades que formen parte de las ramas ejecutiva del orden nacional, legislativa, de la Contraloría General de la República, la Defensoría del Pueblo, la Organización Electoral, del Banco de la República, la Auditoria General de la República, las comisiones de regulación y demás comisiones de similar naturaleza y de otros organismos autónomos del orden nacional.

Parágrafo segundo. Las Procuradurías Distritales de Bogotá, D.C., conocen de la instrucción de los procesos disciplinarios que se adelanten contra los concejales y los curadores urbanos de Bogotá D.C."

164 "1. Conocer de la etapa de juzgamiento de los procesos adelantados par las procuradurías provinciales y distritales de instrucción.

2. Conocer de la etapa de juzgamiento de los procesos disciplinarios de competencia del control interno disciplinario del orden municipal y distrital, así coma de las personerías municipales

La Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 73 del *Decreto 262 del 22 de febrero de 2000*, modificado por el artículo 17 del *Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021*, conoce de las actuaciones disciplinarias, hasta la notificación del pliego de cargos o la decisión de archivo, *contra los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación*, diferentes a los enunciados en el artículo 101 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, modificado por el artículo 16 de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021*.

- **La *Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial*:** conocen de los procesos disciplinarios contra los funcionarios judiciales[165] (magistrados, jueces, conjueces y fiscales), conforme al artículo 256 numeral 3º de la Constitución Política. La norma constitucional en cita y con relación al tema que nos ocupa, entre otras cosas señala:

> "Corresponde al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales, según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:
>
> (...)
>
> 3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como la de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley[166]".

---

y distritales, en los eventos en que no puedan garantizar la separación de la instrucción y el juzgamiento.

3. Ejercer, de manera selectiva, vigilancia superior de las actuaciones disciplinarias que adelanten los organismos de control interno disciplinario, en etapa de juzgamiento, respecto de las cuales tenga competencia para ejercer el poder preferente.

Parágrafo . Las Procuradurías Distritales de Bogotá D.C. de Juzgamiento conocerán del juzgamiento de los procesos disciplinarios de competencia de las oficinas de control interno del orden nacional, en los eventos en que estas no puedan garantizar la separación de la instrucción y el juzgamiento".

165 No debe confundirse la expresión "funcionarios" con la de "empleados", pues esta última (la de "empleados") de acuerdo con la Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993, citada en la Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, expresó:

"...otro es el caso de los **empleados** judiciales, es decir, el personal subalterno o de apoyo de la Rama Judicial, que no tiene a su cargo la función de administrar justicia. Estos no están comprendidos dentro del ámbito de la competencia del Consejo Superior de la Judicatura, tal como surge del mencionado numeral 3 del artículo 256 de la Constitución, que en modo alguno alude a ellos, ...".

En el caso de la Fiscalía General de la Nación y de acuerdo con lo expresado en el parágrafo 1º del artículo 76 del Código Disciplinario Único, "la Oficina de Control Interno Disciplinario... conocerá y fallará las investigaciones que se adelanten contra los empleados judiciales de la entidad. La segunda instancia será de competencia del señor Fiscal General de la Nación".

166 Los artículos 59 y 60 de la Ley 1123 de enero 22 de 2007 (Código Disciplinario del Abogado), determinan la competencia de los procesos disciplinarios para los abogados, así:

"Artículo 59. De la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura conoce:

1. En segunda instancia, de la apelación y consulta de las providencias proferidas por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura, en los términos previstos en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y en este código.

2. De los conflictos de competencia territorial que se susciten entre las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura.

3. De las solicitudes de cambio de radicación de los procesos".

> De la misma manera el artículo 240 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, es coherente con la competencia que venimos analizando, al expresar:
>
> "Artículo 240 (Modificado por el artículo 62 de la Ley 2094/21). La acción jurisdiccional disciplinaria contra los funcionarios judiciales corresponde al Estado y se ejerce por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial".

Igualmente corresponde "exclusivamente a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, en única instancia, el conocimiento de los asuntos disciplinarios contra los ***Conjueces*** que actúan ante los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, Tribunal Contencioso Administrativo, las Salas de Justicia de la Jurisdicción Especial para la Paz y Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial. A los ***Jueces de Paz***, "corresponde exclusivamente a las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, juzgar disciplinariamente, en primera instancia", conforme a la Ley 497 de 1999 o normas que la modifiquen"[167], tal como lo redacta el artículo 256 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (modificado por el artículo 68 de la Ley 2094/21).

- ***La Superintendencia de Notariado y Registro***, como órgano de control especial, conoce de los procesos disciplinarios por faltas cometidas por los ***notarios***, "sin perjuicio del poder preferente que podrá ejercer la Procuraduría General de la Nación", en las voces del artículo 76 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

- ***Los Personeros Distritales y Municipales*** para conocer y fallar los procesos disciplinarios por faltas cometidas por los servidores públicos distritales y municipales, conforme a las orientaciones contenidas en los artículos 2º, 3º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (poder disciplinario preferente), 178 de la Ley 136 del 2 de junio de 1994 (funciones y poder disciplinario preferente) y 95 del Código General Disciplinario (competencias establecidas en la ley que determina su estructura y funcionamiento y resoluciones que la desarrollen, así como el procedimiento establecido en la Ley Disciplinaria general de los servidores públicos).

En relación con las funciones disciplinarias de los personeros, el artículo 178 de la Ley 136 citada, precisa:

> "**Artículo 178. Funciones.** El Personero ejercerá en el municipio, bajo la dirección suprema del Procurador General de la Nación, las funciones del Ministerio Público, además de las que determine la Constitución, la Ley, los Acuerdos y las siguientes:
>
> (...)

Nota: El aparte tachado fue derogado a partir del 29 de marzo de 2022 por el artículo 73 de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021* que reformó a la Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

"Artículo 60. Competencia de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura. Las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura conocen en primera instancia:

1. De los procesos disciplinarios contra los abogados por faltas cometidas en el territorio de su jurisdicción.

2. De las solicitudes de rehabilitación de los abogados".

167 Del 10 de febrero. "Por la cual se crean los jueces de paz y se reglamenta su organización y funcionamiento".

> 4. Ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer preferentemente la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones.

Las apelaciones contra las decisiones del personero en ejercicio de la función disciplinaria serán competencia de los procuradores departamentales (hoy regionales)"[168].

En la Colección *Leges Disciplinares*, Cartilla N.º 7[169], se destaca:

> "Como parte del Ministerio Público, las personerías distritales y municipales son competentes para ejercer la potestad disciplinaria en sus respectivas administraciones territoriales, tanto del sector central como en el descentralizado.
>
> Se concibe igualmente, que las personerías podrán asumir investigaciones contra particulares, en este sentido, será de aquellos que tengan algún vínculo con la entidad territorial, es decir, que por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, cumplan función pública o administren recursos públicos.
>
> De igual manera, en el desarrollo de la potestad disciplinaria se deberán garantizar la separación de roles de instrucción y juzgamiento, así como la doble instancia, y en el evento de que tales prerrogativas no se puedan satisfacer, la competencia corresponderá a la Procuraduría General de la Nación".

- **Las *Oficinas de Control Disciplinario Interno***[170]-[171] ***y los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado***, para conocer y fallar de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias[172], "sin

168 Los incisos 5º y 6º del artículo 92 del Código General Disciplinario – modificado por el artículo 13 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021- (inciso 4º del artículo 75 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002), aclaran que "las personerías municipales y distritales se organizarán de tal forma que cumplan con todas las garantías del proceso disciplinario, para lo cual deberán contar con la infraestructura necesaria para su observancia" y concluye expresando: "En el evento en que las garantías de instrucción y juzgamiento no se puedan satisfacer el conocimiento del asunto, será de competencia de la Procuraduría General de la Nación, según la calidad del disciplinable".

169 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas del Derecho Disciplinario. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2023, págs. 53 y 42.

170 El artículo 94 del Código General Disciplinario (artículo 77 del Código Disciplinario Único) precisa que "cuando en este código se utilice la locución "control disciplinario interno" debe entenderse por tal, la oficina o dependencia que conforme a la ley tiene a su cargo el ejercicio de la función disciplinaria."

171 Conforme lo viene expresando la jurisprudencia y la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, la Oficina de Control Disciplinario Interno es el "juez natural disciplinario" de los servidores públicos y excepcionalmente, "dicha atribución la puede ejercer la respectiva Personería Municipal o la Procuraduría General de la Nación (Concepto C-102 del 24 de agosto de 2011).

172 Según lo manifestado por la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios en Concepto C-190 de 2010, la normatividad vigente para esa época no exigía que el personal llamado a suplir esta función tuviera formación jurídica y que, por lo tanto: si. bien ello hubiese sido lo deseable, nada obstaba para que un profesional de otra área del saber obtuviera la capacitación suficiente que lo habilitara para el ejercicio de las tareas que la función demandaba. Hoy en vigencia del Código General Disciplinario, se exige con el parágrafo 1º del artículo 93 que "el jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno deberá ser abogado y pertenecer al nivel directivo de la entidad".

perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales", conforme lo señala el artículo 2º inciso 5º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (artículo 2º de la Ley 734 de febrero 5 de 2002).

En las Oficinas de Control Disciplinario Interno[173], deben diferenciarse las garantías de instrucción y juzgamiento. En el evento en que no se puedan satisfacer esas garantías, le corresponderá la competencia a la Procuraduría General de la Nación, según la calidad del disciplinable y de conformidad con lo establecido en el inciso 6º del artículo 92 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019. Esta Oficina será "del más alto nivel encargada de conocer los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores" y de preservar la garantía de la doble instancia[174]".

De la misma manera el artículo 93 del Código General Disciplinario, en sus incisos 3º y 4º, permite que en aquellas entidades u organismos en donde existan regionales o seccionales, "se podrán crear oficinas de control interno del más alto nivel con sus respectivas competencias" y con la garantía de mantener separadas las funciones de instrucción y juzgamiento en la segunda instancia. La misma disposición obliga que en los casos "en donde se deba tramitar la doble conformidad, la decisión final estará siempre a cargo de la Procuraduría General de la Nación, atendiendo sus competencias".

Según el parágrafo 2º del artículo 93 idem, se debe tener en cuenta que "las decisiones sancionatorias de las Oficinas de Control Disciplinario Interno y de las Personerías serán susceptibles de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo".

En caso de que la investigaciones no puedan ser adelantadas por las correspondientes oficinas de Control Disciplinario Interno por faltas cometidas por los servidores públicos en el exterior y en el ejercicio de sus funciones, también le corresponderá a la Procuraduría General de la Nación "de acuerdo con el factor objetivo y subjetivo fueren competentes en el Distrito Capital" (inciso 2º del artículo 97 del Código General Disciplinario).

---

173 De acuerdo con el Concepto C-190 de 2011 de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, la implementación de la Oficina de Control Disciplinario Interno "más que conveniente… es un imperativo fundado en la propia ley y en la evolución que el derecho disciplinario ha tenido, llegando hoy a considerarse una disciplina jurídica autónoma". Tan es así que el numeral 33 del artículo 38 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, tipificó como falta disciplinaria el no implementar la Oficina de Control Disciplinario Interno.

174 Es tan exigente el artículo 93 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019-modificado por el artículo 14 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021- (76 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002), que allí se impone el cumplimiento de la garantía de la segunda instancia, al punto que la disposición señala que "si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias".

En tales casos, la Procuraduría asumirá la investigación conforme a sus competencias internas. Es decir, la competencia la tendrá aquél a quien de ordinario le hubiere correspondido el conocimiento del caso según la materia de que se trate, la ubicación jerárquica del implicado en el organigrama institucional y la instancia en que se encuentre el proceso (Decreto Ley 262 de 2000-modificado por el Decreto 1851 del 24 de iciembre de 2021). En todo caso, independientemente de la denominación expresa que del destinatario hiciere la entidad remitente, será la Oficina de Registro y Control de la Procuraduría que determine a qué dependencia lo reparte, sin perjuicio del reexamen que sobre el particular debe hacer quien recibe el expediente.

En el evento que la falta o faltas fueren cometidas en diversos lugares del territorio nacional, conocerá el funcionario competente que primero hubiere iniciado la investigación (inciso 3º del artículo 97 del Código General Disciplinario).

El artículo 98 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 prevé que cuándo varios servidores públicos de la misma entidad participen en la comisión de una falta o de varias que sean conexas, se investigarán y decidirán en el mismo proceso, por quien tenga la competencia para juzgar al de mayor jerarquía[175].

Finalmente no se puede descartar el parágrafo transitorio del artículo 93 ibídem, en el cual se destaca que la Oficina de Control Disciplinario Interno de la Fiscalía General de la Nación, seguirá conociendo de los procesos disciplinarios cuyos hechos tuvieron ocurrencia hasta antes del 13 de enero de 2021 hasta su finalización, aplicando el procedimiento previsto en la Ley 734 de 2002.

En la Colección *Leges Disciplinares*, Cartilla N.º 7[176], para una mayor comprensión se dan las siguientes pautas:

> "La expresión *autotutela*, que recoge esa característica especial del derecho disciplinario, tiene su real dimensión en la atribución de competencia a las Oficinas de Control Disciplinario Interno (OCDI). La Corte Constitucional[177], respecto de la importancia y la razón de ser del Control Disciplinario Interno y su consagración en el C.D.U., manifestó:
>
> *"La Ley 734 de 2002 avanzó en el rediseño del régimen disciplinario al puntualizar que a la unidad u oficina de control interno que debe organizarse en todas las entidades u organismos del Estado le corresponde conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra los servidores de la respectiva entidad. La Ley 734 de 2002 ha modificado la manera tradicional como se desarrollaba el control disciplinario al interior de las distintas entidades del Estado. En efecto, con anterioridad a dicha Ley, el control interno suponía una relación jerárquica–funcional entre el sujeto disciplinable y el titular de la acción, es decir, el poder disciplinario era siempre ejercido por el superior inmediato del investigado." Hoy por hoy, en principio y salvo las excepciones que son objeto de censura en este proceso, el control disciplinario interno, en su primera instancia, es competencia de una unidad u oficina especializada que debe organizarse en cada una de las entidades o de los organismos del Estado."*
>
> El C.G.D., acorde con los antecedentes normativos, mantiene la exigencia legal de que en toda entidad del Estado debe existir una oficina del más alto nivel que se encargue de conocer los procesos que se deban adelantar contra

175 Agrega el artículo 98 idem que en la competencia por razón de la conexidad, estos procesos se deben tramitar bajo una misma cuerda procesal en el evento que satisfagan los siguientes presupuestos: 1. Que se adelanten contra el mismo disciplinado; 2. Que las conductas se hayan realizado en un mismo contexto de hechos o que sean de la misma naturaleza y 3. Que no se haya proferido auto de cierre de la investigación o que no se haya vencido el término de investigación". Igualmente su último inciso expresa: "La acumulación podrá hacerse de oficio o a solicitud de los sujetos procesales. Si se niega, deberá hacerse exponiendo los motivos de la decisión contra la cual procede el recurso de reposición".

176 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas del Derecho Disciplinario. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2023, pág. 54 y ss.

177 Corte Constitucional. Sentencia C-1061 del 11 de noviembre de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

sus servidores. De igual manera, se establece que quien actúe como jefe de la O.C.D.I. *deberá ser abogado*, requisito que *deberá extenderse al funcionario de instrucción*.

La ubicación de la O.C.D.I. en el más alto nivel jerárquico (directivo) obedece a la necesidad de ejercer la potestad disciplinaria para todos los servidores de la respectiva entidad, excepto sobre quien la dirija, ya que a este le correspondería la decisión de segunda instancia.

En cuanto a la separación de roles de instrucción y juzgamiento en funcionarios distintos, así como la doble instancia, se establece en el inciso sexto del artículo 92 del C.G.D. que, de no poderse garantizar tal prerrogativa, corresponderá su conocimiento a la Procuraduría General de la Nación, a lo que se suma el trámite de la doble conformidad.

No se puede negar que la división de roles para el ejercicio de la función disciplinaria genera al interior de las entidades públicas situaciones de carácter administrativo y presupuestal que, en algunos eventos, por el número de servidores y de procesos disciplinarios, su implementación puede resultar innecesaria.

En este sentido, el Departamento Administrativo de la Función Pública[178], con el fin de orientar a las entidades del Estado, en cuanto a garantizar la separación de investigación y juzgamiento, hizo las siguientes recomendaciones:

"La Dirección de Desarrollo Organizacional de Función Pública les recomienda a las entidades obligadas por las leyes 1952 de 2019 y 2094 de 2021 que emprendan las siguientes acciones para alinear el funcionamiento de sus procesos de control disciplinario interno: (1) modificar su estructura organizacional y las funciones de sus dependencias, (2) garantizar la suficiencia de personal de planta y (3) modificar su manual específico de funciones y de competencias laborales.

(1) Modificación de la estructura organizacional y de las funciones. Se recomienda que las entidades expidan un acto administrativo, por medio del cual se modifica su estructura organizacional y las funciones de sus dependencias (el cual deberá acompañarse del estudio técnico ordenado por la ley), para los siguientes efectos:

a. Crear una dependencia que se denomine «Oficina de Control Disciplinario Interno» y que dependa jerárquicamente del despacho del representante legal.

b. Asignarle a la «Oficina de Control Disciplinario Interno» las funciones relacionadas con la etapa de instrucción de la primera instancia de los procesos de control disciplinario interno de la entidad.

c. Asignar a la «Oficina Jurídica» las funciones correspondientes a la etapa de juzgamiento en primera instancia, de los procesos de control disciplinario interno.

178 Departamento Administrativo de la Función Pública. Radicado: 20212060702462 del 12/11/2021.

> d. Asignarle al despacho del representante legal las funciones relacionadas con el juzgamiento en segunda instancia, de los procesos de control disciplinario interno.
>
> Desde los anteriores presupuestos, consideramos que se estaría alterando la competencia definida por el legislador, esto es, que quien tendría finalmente la potestad para decidir los procesos disciplinarios sería una dependencia distinta (Oficina Asesora Jurídica) y no la O.C.D.I; por lo que en nuestra opinión, acorde con lo que se estableció en el C.G.D., en aquellas entidades en las que, conforme a sus condiciones, no se considere necesario hacer la división de roles, lo aconsejable es que la instrucción sea asumida por la O.C.D.I. y, como se dijo antes, el juzgamiento esté a cargo de la Procuraduría General de la Nación".

- En el Congreso de la República. De acuerdo con lo previsto en los artículos 2º y 3º de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista)

Corresponde a las ***Comisiones de Ética y Estatuto del Congresista*** de cada una de las Cámaras, el ejercicio de la acción ética disciplinaria contra los Senadores de la República y Representantes a la Cámara. Así mismo a la Plenaria de cada una de las Cámaras cuando hubiere lugar.

Igualmente indica que la presente ley se aplicará a Senadores de la República y Representantes a la Cámara que en ejercicio de su función transgredan los preceptos éticos y disciplinarios previstos en este Código, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Rama Jurisdiccional del poder público en materia penal o contencioso administrativa, siendo la acción ética disciplinaria autónoma e independiente de otras de naturaleza jurisdiccional que se puedan desprender de la conducta del Congresista.

Finalmente la codificación precisa que la *Procuraduría General de la Nación* conocerá de los actos o conductas no previstas en esta normativa que en condición de servidores públicos realicen los congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan.

- En la *Fuerza* Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional).

Fuerzas Militares[179]. Conforme a lo previsto en los artículos 114 y s.s. de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar), las investigaciones disciplinarias están orientadas por las **Oficinas de Asuntos disciplinarios** del Comando General y Comandos de Fuerza y de las Unidades Militares, estructuradas por el Ministerio de Defensa, las Entidades Adscritas y Vinculadas, el Comando General de las Fuerzas Militares y los Comandos de Fuerza, "conforme a la necesidad institucional de cada una de ellas". Las Oficinas de Asuntos Disciplinarios en las Fuerzas Militares tendrán un jefe, oficial abogado; contará con un equipo integrado por abogados, técnicos y tecnólogos según las necesidades de la dependencia, que se encargan de asesorar los diferentes niveles del mando en materia disciplinaria; proyectar las decisiones de quien tiene la atribución disciplinaria; manejar el libro radicador de investigaciones; desarrollar las

179 Las que de acuerdo con el artículo 217 de la Constitución Política se encuentran "constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea".

actividades propias de funcionarios de instrucción, en los casos donde no han sido nombrados y efectuar el control y seguimiento de las investigaciones disciplinarias de la entidad a la cual dependan.

Estas oficinas tendrán un funcionario de instrucción (oficiales y suboficiales en servicio activo con mayor antigüedad que el investigado) con funciones para practicar pruebas, dar impulso a la actuación, sin que pueda decretar nulidades, cesación de procedimiento, prescripción y negación de pruebas); guardar la reserva del proceso; ejercer la custodia del expediente en caso de que no sea nombrado el secretario y designar secretario, si lo considera conveniente, entre otras. Igualmente estas oficinas tendrán un Asesor Jurídico (en caso de que no exista oficina disciplinaria establecida).

Conforme a los artículos 91 y ss. en las Fuerzas Militares existen "atribuciones disciplinarias" agrupadas en "grados disciplinarios" de primer grado (faltas gravísimas); segundo grado (faltas graves) y tercer grado (faltas leves), tal como se desprende de los artículos 94 al 113. Atribuciones disciplinarias agrupadas en grados disciplinarios en cada una de las dependencias del ejército, la Armada y la Fuerza Aérea Colombiana y de sus entidades adscritas o vinculadas.

De conformidad con el artículo 66 del Código Disciplinario Militar, son destinatarios los oficiales, suboficiales, soldados e infantes de marina de las Fuerzas Militares que hayan cometido la conducta en servicio activo. Los alumnos de las Escuelas de formación de oficiales, suboficiales, soldados e infantes de marina se regirán por el Reglamento Académico y Disciplinario propio de la respectiva escuela.

Los oficiales, suboficiales, soldados e infantes de marina, que se encuentren en calidad de alumnos en las escuelas de capacitación, centros de entrenamiento o similares, que cometan faltas disciplinarias no relacionadas con su reglamento académico o disciplinario, se regirán por el presente código.

El artículo 106 del Código Disciplinario Militar prevé que en los casos de competencia no previstos en la Ley frente al personal militar de cada fuerza, conocerá residualmente el Segundo Comandante de la misma.

Se destaca en el artículo 93 idem que en las ausencias temporales o accidentales no mayores de 60 días de los operadores con atribuciones disciplinarias, por cualquier situación administrativa o del servicio, la competencia la asume quien haga sus veces o le siga en antigüedad sin necesidad que se expida disposición de encargo.

Policía Nacional. De acuerdo con lo expresado en los artículos 66 y ss. de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial), las investigaciones disciplinarias están orientadas por las siguientes **Autoridades con Atribuciones Disciplinarias:**

- Director General de la Policía Nacional;
- Inspector General de la Policía Nacional;
- Subinspector General;
- Jefe Procesos Disciplinarios de la Inspección General;
- Jefe de Instrucción Procesos Disciplinarios Primera Instancia;
- Inspección Delegada de Región;

- Inspección Delegada Especial de la Dirección General;
- Inspección Delegada Región Metropolitana de la Sabana;
- Oficinas de Control Disciplinario Interno de Policías Metropolitanas y Departamentos de Policía;
- Oficina de Control Disciplinario Interno de la Dirección General y
- Oficinas de Control Disciplinario Interno de la Región Metropolitana de la Sabana.

Para ejercer la atribución disciplinaria es necesario ostentar el grado de oficial en servicio activo y poseer el título de abogado con especialización en Derecho Disciplinario o experiencia en Derecho Disciplinario mínimo de 2 años. Se exceptúa de estos requisitos el Director e Inspector General de la Policía Nacional, "quienes deberán contar con la asesoría de un profesional en derecho con experiencia o formación en derecho disciplinario, perteneciente a su despacho".

De conformidad con el artículo 30 del Estatuto Disciplinario Policial, son destinatarios, el personal uniformado y quienes presten el servicio militar en la Policía Nacional, aunque se encuentren retirados, siempre que la conducta se haya cometido en servicio activo.

El artículo 79 ídem prevé que en los casos de competencia no previstos en la Ley, conocerá residualmente el Inspector General de la Policía Nacional.

Con todo, el Director General de la Policía Nacional, mediante acto administrativo, desde el ámbito de instrucción y juzgamiento, implementará las inspecciones delegadas y oficinas de control disciplinario interno que considere necesarias para el ejercicio de la función disciplinaria, determinando la jurisdicción para cada una de ellas.

11. Poder disciplinario preferente[180]

El "poder disciplinario preferente", forma parte de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[181] al incorporarse erróneamente como "principios y normas rectoras de la ley disciplinaria"[182] en el artículo 3º, cuyo texto es del siguiente tenor:

---

180 Tiene su origen en el artículo 277 numeral 6º de la Constitución Política, al contemplar que "el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá dentro de sus funciones, la de "ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".

181 Código Generral Disciplinario.

182 Una cosa es un principio rector y otra una función o facultad de orden constitucional. Y no es un principio rector, porque el poder disciplinario preferente no constituye una decantación de un derecho fundamental, de la cual surgen los principios rectores o soportes axiológicos y ontológicos de la Ley Disciplinaria. No se ubican en el terreno fundamentador, como igualmente lo sostienen Hernando Barreto Ardila y Carlos Mario Isaza Serrano, en sus obras: "Principios y normas rectoras de la ley disciplinaria". Editorial Imprenta Nacional de Colombia. Bogotá, 1999, pag. 31 y "Derecho Disciplinario – Parte General". Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá D.C., 1997, págs. 67 y 68, respectivamente.

Hernando Barreto Ardila, complementa el concepto, expresando que no podemos llamar "*principio a aquella idea que deseamos expresar con mayor fuerza e intensidad, en cuanto no es ello lo que*

> "Artículo 3°. Poder disciplinario preferente. La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas y personerías distritales y municipales. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.
>
> Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente".

De la disposición transcrita, se deducen varias particularidades:

Poder disciplinario preferente. Particularidades

- El poder disciplinario preferente[183] se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, quien por mandatos constitucional y legal del numeral 6º del artículo 277 de la Constitución Política y del artículo 142 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[184], "es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario" y las Personerías Distritales y Municipales, éstas últimas quienes "tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente"[185]. Es decir la Procuraduría General de la Nación ejerce el poder disciplinario preferente a nivel nacional y las Personerías a nivel "Distrital y Municipal", según el caso, lo que permite afirmar válidamente que la Procuraduría General de la Nación, ejerce su mandato constitucional y legal, además, sobre las Personerías Distritales y Municipales.

- En ejercicio del poder disciplinario preferente la Procuraduría General de la Nación y las Personerías Distritales y Municipales podrán "iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas" (nacionales, distritales o municipales), pudiendo también "asumir el proceso en segunda instancia". De la misma manera y por permitirlo el inciso 2º del artículo 86 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (inciso segundo

---

determina su especial categoría de sustrato fundante y pilar, con criterios de generalidad y de condicionamiento".

Carlos Mario Isaza Serrano, dice que una norma es una disposición "a la cual el ordenamiento jurídico-disciplinario, le concede prevalencia en su aplicación sobre la restante normatividad de carácter disciplinario que, no representa por su contenido, verdaderos principios jurídicos. La configuración del poder disciplinario preferente se presenta como una regla técnica de competencia, que contingentemente y según los criterios determinados por la ley puede ser aplicada directamente por la Procuraduría General de la Nación (Ob. cit., págs. 67 y 68).

En últimas creemos que ese "mal llamado principio rector", no se encuentra dentro del terreno fundamentador y es por lo tanto una regla de competencia o porque no decirlo: *una disposición de naturaleza **prevalente** a la cual deben someterse todas las demás disposiciones "ordinarias" del Código Disciplinario Único*. Esta reflexión nos condujo a introducirla como distinción de los principios rectores en el Código Disciplinario Militar o *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*. En su Libro II, Capítulo I allí se lee: **"Principios rectores y normas prevalentes"**.

183 El poder preferente significa que tan pronto la Procuraduría General de la Nación avoque (conoce o atrae para sí) "el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario", la entidad desplazada de su competencia suspenderá la investigación "y la pondrá a su disposición, dejando constancia de ello en el expediente", previa información al jefe correspondiente, conforme a lo ordenado en el inciso 2º del artículo 69 del Código Disciplinario Único.

184 Código General Disciplinario.

185 Artículos 2º, 3º, 59, 69 (2), 75 (2 y 3) y 123 (parágrafo) y 2º, 3º, 76, 86 (2), 92 (2 y 3) de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

del artículo 3º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002), "previa decisión motivada, de oficio o a petición del disciplinado, cuando éste invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso, podrá asumir la investigación disciplinaria iniciada por otro organismo, caso en el cual este la suspenderá y la pondrá a su disposición, dejando constancia de ello en el expediente, previa información al jefe de la entidad. Una vez avocado el conocimiento por parte de la Procuraduría, esta agotará el trámite de la actuación hasta la decisión final".

- Para el ejercicio del poder disciplinario preferente, no se requiere que se surta dentro de un término especial; ni que la investigación disciplinaria se encuentre en una etapa determinada. Basta que en cualquier estado del trámite de la actuación, "oficiosamente", a "petición de cualquier persona" o "del disciplinado, cuando éste invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso", la Procuraduría General de la Nación decida "avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario" (sean de competencia de las oficinas de control disciplinario interno y personerías distritales y municipales), aspectos éstos que se deducen del contenido de los artículos 3º y 86 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (3º y 69 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002).

- Una vez asumido el poder disciplinario preferente, por ser catalogado como "cláusula general de competencia", la Procuraduría General de la Nación o las Personerías Distritales o Municipales, en la forma como lo prevé el artículo 86 (incisos 2 y 3) de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, agotarán "el trámite hasta la decisión final", lo cual precisa que el poder disciplinario preferente, sea una excepción constitucional al principio del juez natural y una limitante a la atribución disciplinaria de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

- Con la demanda de constitucionalidad que presentara Carlos Mario Isaza Serrano, la Corte Constitucional por fortuna entendió que entre la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura (hoy Comisión Nacional de Disciplina Judicial) no debía existir la competencia "**a prevención**"[186] para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, con exclusión de los cobijados por el fuero constitucional, habida cuenta que la Constitución Política de 1991, en su artículo 256 numeral 3º[187], se ocupó del tema al atribuirle la competencia de manera directa a esa Alta Corporación Judicial sobre los funcionarios de la Rama Judicial, situación que se refleja en la Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, la cual a través de su magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis, declaró **inexequible**, algunas palabras del inciso tercero del artículo 3º de la Ley 734 del 5 de febrero 5 de 2002 ("Procuraduría General de la Nación y" "a prevención"), quedando el inciso, así:

186 Término que significa: quien primero asuma el conocimiento del asunto.

187 Esta disposición textualmente advierte: "Corresponden al Consejo Superior de la Judicatura o a los Consejos Seccionales (hoy: Comisión Nacional y Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial), según el caso y de acuerdo a la ley, las siguientes atribuciones:

(...)

3. Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley.

(...)".

> "**El Consejo Superior de la Judicatura es el competente para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional**".

Con miras a continuar con la filosofía que contenía el inciso 2º del artículo 3º del Código Disciplinario de 1995 (Ley 200 del 28 de julio de 1995), el que se radicaba en el Jefe máximo del Ministerio Público la función de establecer por vía reglamentaria, criterios "imparciales y objetivos" para la selección de los asuntos que avocara en virtud del poder disciplinario preferente, hoy a pesar que en la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 y en la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 no aparece esa posibilidad de establecer esos "criterios", creemos que el señor Procurador General de la Nación, con fundamento en el artículo 277 de la Carta Política, en los artículos 3º y 86 de la Codificación General vigente (poder disciplinario preferente); en los numerales 2º y 7º del artículo 7º del Decreto 262 del 22 de febrero de 2000 (funciones de formular políticas generales y expedir los actos administrativos en materia de control disciplinario y vigilancia superior, para desarrollar las atribuciones legales); en el numeral 19 y el parágrafo del artículo 7º del mismo Decreto 262 (designación de "funcionarios especiales" y "comisiones Especiales")[188], así como en el parágrafo del numeral 58 del artículo 7º de la misma obra[189] (asignación, distribución y delegación de funciones constitucionales y legales permitidas), puede, a través de actos administrativos, señalar orientaciones que clarifiquen la metodología para hacer efectiva esa especial y excepcional clase de control constitucional, no con la finalidad de reemplazar la potestad de quienes administran justicia disciplinaria, sino con el fin de que el Representante de la Sociedad, genere reglas "objetivas e imparciales"; acordes a la incidencia, importancia, repercusión social y defensa del debido proceso peticionado y en donde, considere que la preservación del Estado constitucional, social y democrático de derecho y los fines, principios y funciones del Estado son el vehículo que las justifica, atendiendo al grado de afectación ciudadana, a la importancia del tema, a la alta posición del investigado, a la lucha contra la corrupción y al respeto por los derechos fundamentales. Lo anterior conlleva a que el uso del poder disciplinario preferente, no puede ser arbitrario, no pueda estar inclinado a satisfacer pretensiones personales, caprichosas, políticas y perversas. Con el poder disciplinario preferente se debe combatir toda vía de hecho y en salvaguarda de la defensa de la sociedad. Por ello requiere para su ejercicio la decisión "motivada"[190] de que trata el artículo 86 de

188 Estos numerales y el parágrafo del artículo 17 del Decreto 262 del 22 de febrero de 2000, fueron modificados por el artículo 2º del Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021.

189 Según el Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021 corresponde al numeral 53. "Las demás que le señalen la Constitución y la Ley".

190 Quiero ello significar que la decisión de asumir el poder disciplinario preferente por parte de la Procuraduría General de la Nación o de las Personerías Distritales o Municipales, debe obedecer a un razonado análisis valorativo y de gran precisión jurídica que conlleve a soportar una decisión que como esa aleja al juez natural del escenario procesal disciplinario. Es el estudio de las piezas procesales que integran el expediente disciplinario que se avoca o se niega por improcedente como consecuencia de la titularidad del poder disciplinario preferente determinada en el artículo 277-6 de la Carta Política de 1991. En síntesis, el asumir el poder disciplinario preferente, es adquirir un control normado constitucionalmente, que permite situar en manos del jefe máximo del Ministerio Público las decisiones de gran incidencia, importancia y repercusión social, así como el direccionamiento de los procesos en que el investigado "invoque debidamente sustentada la violación del debido proceso", para que en su nombre neutralice posibles vulneraciones a los derechos fundamentales y concrete de esta manera un control acertado del proceso, lo cual debe, por esas implicaciones, soportarse con amplia y jurídica fundamentación.

Motivación que por *"principio rector de la ley disciplinaria"*, contendrá el análisis de los hechos, de

la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (artículos 3º y 69 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002).

Con relación a la "motivación", para ejercer el poder disciplinario preferente, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-558 del 6 de diciembre de 1994 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), con ocasión a la demanda de inconstitucionalidad que se presentara en contra del "Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación" (Decreto 2699 del 30 de noviembre de 1991), expresó:

> "(...)
>
> **Poder disciplinario preferente. Motivación.**
>
> (...)
>
> g. El artículo 128 del Decreto 2699 de 1991.
>
> "Artículo 128. El superior inmediato que incumpla con su deber disciplinario, o que maneje o distorsione la información requerida para el fallo, será responsable ante el Ministerio Público. Los Agentes del Ministerio Público podrán desplazar al funcionario responsable de la investigación, *previa resolución motivada*." (lo subrayado es lo acusado)
>
> El Procurador General de la Nación concuerda con el demandante, al considerar que el aparte acusado, viola el artículo 277-6 de la Constitución, en el cual se le atribuye a la Procuraduría, competencia prevalente, en todo tiempo y lugar para ejercer el poder disciplinario, lo cual debe operar *ipso jure* , esto es, sin ningún condicionamiento.
>
> Pues bien: el canon constitucional que se invoca como infringido, le atribuye al Procurador General de la Nación, por sí mismo o por medio de sus delegados o agentes, entre otras funciones, la de ejercer la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas inclusive los de elección popular; "*ejercer preferentemente"* el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley. Quiere esto significar que dicha entidad tiene en materia disciplinaria, competencia prevalente o preeminente sobre la asignada al nominador, o jefe inmediato del encartado, para investigarlo. Dicho poder preferente le permite a la Procuraduría General de la Nación adelantar, en cualquier tiempo y lugar, todas las investigaciones disciplinarias que considere del caso, contra cualquier servidor público y en el evento de que esté siendo investigado por la misma entidad a la cual presta sus servicios, puede ordenar que se suspenda la actuación y se le envíen las diligencias respectivas en el estado en que se encuentren, para continuar su trámite.

---

las conductas involucradas, de la circunstancias modales, temporales y espaciales; los soportes, probatorios, legales, jurisprudenciales y doctrinarios, que lleven a la *Autoridad Disciplinaria* a tomar esa decisión en señal de respeto de otros principios constitucionales y legales que también informan al *Código General Disciplinario*. Es decir, que el *poder disciplinario preferente* debe ser asumido con claridad, justificación jurídica, argumentación con asociación y total coherencia en ese especial sistema de diálogo interpartes, en aras que los involucrados en el trámite disciplinario tengan una direccionalidad correcta sobre el sentido de la investigación.

Sobre la prevalencia y ejercicio preferente de la potestad disciplinaria que la Constitución le otorga a la Procuraduría General de la Nación, esta Corporación se ha pronunciado en varios fallos de constitucionalidad, valga citar, las Sentencias C-152/93 y C-417/93, entre otras.

En la norma que es objeto de demanda, se respeta y acata el canon constitucional citado, pues se autoriza el desplazamiento del superior inmediato que incumple con el deber de investigar y sancionar a sus subalternos, o maneja indebidamente la información requerida para la comprobación de la falta y posterior sanción, por un funcionario del Ministerio Público, quien deberá hacerse cargo de la investigación respectiva.

Que la Procuraduría General de la Nación deba expedir una resolución *motivada*, en la que exponga los motivos que le asisten para desplazar a la autoridad de la Fiscalía que esté adelantado el proceso disciplinario, no viola el precepto superior a que se ha hecho alusión y, por el contrario, se constituye en una especie de control del ejercicio de dicho poder preferente *(lo subrayado y las letras inclinadas fuera del texto)*.

Los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, no están exentos de incurrir también en excesos, al dar aplicación a la norma que autoriza el desplazamiento de la autoridad que esté adelantando el respectivo proceso disciplinario y, en consecuencia, *la motivación del acto que así lo disponga se constituye en garantía de su correcto uso*. Es que *el hecho de tener la Procuraduría asignada una potestad constitucional en materia disciplinaria, que se ha calificado de preeminente o prevalente sobre las demás de su clase, no da lugar a que se actúe de manera arbitraria y discrecional. (lo subrayado y las letras inclinadas fuera del texto)*.

De otra parte, cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 278 de la Carta, el funcionario público que obre con manifiesta negligencia en la investigación y sanción de las faltas disciplinarias de los empleados de su dependencia, puede ser desvinculado del cargo, por el Procurador General de la Nación, previa audiencia y mediante decisión motivada.

En razón de lo anotado, se declarará exequible la expresión "*previa resolución motivada*" contenida en el artículo 128 acusado, por no infringir el numeral 6º del artículo 277 de la Constitución, ni ningún otro canon del mismo Estatuto." *(lo subrayado y las letras inclinadas fuera del texto)*.

De la misma manera la Procuraduría General de la Nación, respecto a la exigencia de la "motivación", para ejercer el poder disciplinario preferente, a través de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, en Concepto C-092-2011 del 24 de agosto, suscrito por el doctor Juan Carlos Novoa Buendía, dijo:

"Ref.: Su consulta del 12 de mayo del presente año.

Respetada Doctora:

En el escrito de la referencia pregunta usted, acudiendo a la formulación de una petición en la modalidad de consulta, si es procedente que un Personero Municipal, haciendo uso del poder preferente, le solicite la remisión de un expediente sin

> *motivación, ni sustentación, como lo establece la Resolución 346 de 2002* (hoy 456 del 14 de septiembre de 2017)*, de la Procuraduría General de la Nación, concordante con el artículo 69 de la ley 734 de 2002. Pregunta también si mientras se resuelve dicha petición, esa Oficina puede continuar con el impulso del proceso.*
>
> *(…)*
>
> *Respecto al tema de consulta, basta con darle un vistazo al inciso segundo del artículo 3° del Código Disciplinario Único, para concluir que la decisión de ejercicio del poder disciplinario preferente, ya sea por la Procuraduría o por una Personería Municipal, debe ser motivada:*
>
> "**Artículo 3°.** Poder disciplinario preferente. La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.
>
> En virtud de la misma potestad, **mediante decisión motivada**, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso.
>
> (…)
>
> Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente."
>
> *Queda claro, entonces, que no es porque lo establezca la Resolución 346* (hoy 456 del 14 de septiembre de 2017)*, sino porque el propio legislador hace la exigencia de motivación, que en la decisión que disponga el ejercicio del poder disciplinario preferente, deben aducirse las razones que justifican su ejercicio.*
>
> (…)".

El poder disciplinario preferente, como claúsula general de competencia de la Procuraduría General de la Nación, se encuentra regulado en la Resolución 456 del 14 de septiembre de 2017, suscrita por el Jefe Máximo del Ministerio Público, la que para efectos pedagógicos se explicará a continuación.

- Poder disciplinario preferente. Textos constitucionales y legales para su expedición:

Artículo 277 numeral 1º de la Constitución Política, en el que se indica que el *Procurador General de la Nación*, por sí o sus delegados cumple las funciones asignadas en los numerales 2[191], 3[192], 4[193] y 6[194] de la misma Carta.

191 "2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo".

192 "3. Defender los intereses de la sociedad".

193 "4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente".

194 "6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley".

Artículo 7º numerales 2 y 7 del *Decreto 262 del 22 de febrero de 2000* (modificado por el artículo 2º de la *Ley 1851 del 24 de diciembre de 2021*), en el cual se prevé que el Procurador General de la Nación, formula políticas generales y criterios de intervención del Ministerio Público en materia de control disciplinario, vigilancia superior con fines preventivos, actuación ante las autoridades administrativas y judiciales y centros de conciliación, y promoción, protección y defensa de los derechos humanos, así como expedir los actos administrativos, órdenes, directivas y circulares que sean necesarios para el funcionamiento de la entidad y ara desarrollar las funciones atribuidas por la ley).

Artículo 277 numeral 6º de la Constitución Política, en el que se asigna al Procurador General de la Nación la función para ejercer el poder preferente.

Artículos 3º y 86 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (3º y 69 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*), que prevé como "principio rector" de la Ley Disciplinaria el *poder disciplinario preferente*.

Artículo 7º numeral 19 y parágrafo del *Decreto 262 del 22 de febrero de 2000* (modificado por el artículo 2º de la *Ley 1851 del 24 de diciembre de 2021*), que permiten comisionar a los servidores de la entidad para instruir actuaciones disciplinarias de su competencia o de otras dependencias de la entidad, al igual que para la práctica de pruebas y el ejercicio de las funciones consagradas en el artículo 278 de la Constitución Política y las indicadas en el artículo 277 *idem*. Las demás atribuidas por el legislador podrá ejercerlas por sí, o asignarlas a cualquier servidor público o dependencia de la entidad en los términos establecidos en el *Decreto 1851 del 24 de diciembre de 2021*. Igualmente las funciones y competencias que en el *Decreto 1851 ídem* se atribuyen a las procuradurías delegadas, territoriales y judiciales, se ejercerán si el Procurador General de la Nación resuelve asignarlas, distribuirlas y delegarlas en virtud de las facultades previstas en el artículo 2º del *Decreto 1851 ibidem*. "No obstante, el Procurador General de la Nación podrá ejercer dichas funciones, pudiendo asumirlas en cualquier momento o asignarlas a otros funcionarios, dependencias de la entidad o comisiones especiales disciplinarias cuándo lo considere necesario para garantizar la transparencia, imparcialidad y demás principios rectores de la función administrativa y disciplinaria". Indica, finalmente, que en materia disciplinaria, "*la asignación de funciones podrá comprender total o parcialmente el trámite de a instrucción o el juzgamiento, la segunda instancia o la doble conformidad"*.

Artículo 7º parágrafo del numeral 58 del *Decreto 262 del 22 de febrero de 2000* (modificado por el artículo 2º de la *Ley 1851 del 24 de diciembre de 2021 cambiando el numeral 58 por el numeral 53*) , que permite la asignación, distribución y delegación de funciones constitucionales y legales permitidas con la siguiente expresión: "Las demás que le señalen la Constitución y la ley).

- Poder disciplinario preferente. Concreción:

A partir de la queja o denuncia (inclusive anónima) presentada en la Procuraduría General de la Nación.

Caso en el cual el *Centro de Atención al Público* CAP de Bogotá D.C., o de las procuradurías del nivel territorial, enviará la queja o la denuncia a la *oficina competente* de acuerdo con las instrucciones consignadas en el *Decreto 262 del 22 de febrero de 2000* y las *Resoluciones*

017[195]*, 018 del 4 de marzo de 2000*[196]*, 108 del 3 de mayo de 2002*[197] y *456 del 14 de septiembre de 2017* del despacho del *Procurador General de la Nación, entre otras,* quien "*prima facie* y de manera perentoria en todos los casos, evaluará si la queja o denuncia amerita ser tramitada por la *Procuraduría General de la Nación* y en caso contrario, sin motivación alguna, la enviará a la respectiva oficina de control interno", pudiendo disponer la *supervigiancia administrativa* constituyéndose en *sujeto procesal* de manera directa o a través "de la designación de un servidor público de su dependencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (artículo 89 de la *Ley 734 de 2002*), siempre y cuando "los hechos denunciados" tengan "cierta relevancia por la importancia del cargo del disciplinado[198], la gravedad de la imputación o la trascendencia social de la misma"[199].

En el caso que la oficina competente asuma el conocimiento de la queja o denuncia y se "estableciera que el proceso no amerita el ejercicio del poder preferente", mediante decisión motivada, "podrá enviar el asunto al órgano de control interno respectivo", tal como lo determina el artículo 6° inciso 2° de la *Resolución 456 del 14 de septiembre de 2017*.

A partir de la queja o denuncia (inclusive anónima) presentada en la Oficina de Control Disciplinario y ésta "asuma el conocimiento, o cuando el proceso se inicie de oficio".

El primer paso que hará el jefe de la oficina de *Control Disciplinario Interno,* será el de informar al *Centro de Atención al Público* de la *Procuraduría General de la Nación* CAP de Bogotá D.C., o a los "respectivos Procuradores Regionales de la capital de departamento donde sucedieron los hechos, sobre la aprehensión del conocimiento del asunto (o momento en que se avoque) dentro de los diez (10) días siguientes a su ocurrencia"[200] (como término máximo), en donde se enviará la queja o la denuncia a la *oficina competente* de acuerdo con las instrucciones consignadas en el *Decreto 262 del*

195 Por las cuales se denominan algunas dependencias de la Procuraduría General de la Nación; se delegan funciones y competencias del Procurador General de la Nación y se distribuyen y asignan competencias de la Procuraduría General de la Nación.

196 "Por la cual se denominan las Procuradurías Territoriales, se delegan funciones del Procurador General de la Nación, se distribuyen y asignan competencias de la Procuraduría General de la Nación y se establece la sede y organización territorial de las Procuradurías Regionales, Distritales y Provinciales".

197 "Por la cual se establece las competencias al interior de la Procuraduría General de la Nación para efectos de conocer las faltas disciplinarias de los particulares".

198 Por técnica jurídica es preferible hablar de denunciado y no de "disciplinado", puesto que aún ni siquiera se ha iniciado etapa procesal alguna.

199 Artículo Decimosegundo. Procedimiento para aplicar la supervigilancia administrativa. Resolución 456 del 14 de septiembre de 2017.

200 Señala el artículo 5° de la Resolución 456 del 14 de septiembre de 2017 que, si se enviare a oficina diferente, el servidor público que conozca del informe, reconducirá el trámite conforme a lo anterior. Es decir, informará al Centro de Atención al Público (CAP) de la Procuraduría General de la Nación con sede en Bogotá D.C. o a los respectivos Procuradores Regionales de la capital de departamento donde se adelante la actuación o donde sucedieron los hechos, sobre la aprehensión del conocimiento del asunto, dentro de los diez (10) días siguientes, contados desde el momento en que se evoque el conocimiento.

22 de febrero de 2000 y las *Resoluciones 017*[201]*, 018 de marzo 4 de 2000*[202]*, 108 de mayo 3 de 2002*[203] y *456 del 14 de septiembre de 2017* del despacho del *Procurador General de la Nación*, entre otras, quien "*prima facie* y de manera perentoria en todos los casos, evaluará si la queja o denuncia amerita ser tramitada por la *Procuraduría General de la Nación* y en caso contrario, sin motivación alguna, la enviará a la respectiva oficina de control interno", pudiendo disponer la *supervigiancia administrativa* constituyéndose en sujeto procesal de manera directa o a través "de la designación de un servidor público de su dependencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 109 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (artículo 89 de la reemlazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*), siempre y cuando "los hechos denunciados" tengan "cierta relevancia por la importancia del cargo del disciplinado[204], la gravedad de la imputación o la trascendencia social de la misma[205]".

En el caso que la oficina competente asuma el conocimiento de la queja o denuncia y se "estableciera que el proceso no amerita el ejercicio del poder preferente", "el funcionario competente podrá enviar el asunto al órgano de control interno respectivo" y deberá informar al peticionario que su solicitud no fue acogida, así como el trámite dado a ésta, tal como lo determina el artículo 6º inciso 4º de la *Resolución 456 del 14 de septiembre de 2017*.

Por decisión oficiosa.

Como lo informa el artículo 5º, inciso 1º de la *Resolución 456 del 14 de septiembre de 2017* y para efectos del ejercicio del poder preferente *"oficioso"*, cuando el proceso se inicie de oficio, el responsable del mismo tiene el deber de informar al *Centro de Atención al Público (CAP)* de la Procuraduría General de la Nación con sede en Bogotá D.C. o a los respectivos Procuradores Regionales de la capital de departamento donde se adelante la actuación o donde sucedieron los hechos, sobre la aprehensión del conocimiento del asunto, dentro de los diez (10) días siguientes, contados desde el momento en que se evoque el conocimiento. Si se enviare a oficina diferente, el servidor público que conozca del informe, reconducirá el trámite conforme a lo anterior.

También, a efectos *oficiosos* del poder preferente, los órganos de control interno disciplinario informarán al –*CAP*– con sede en la ciudad de Bogotá D.C. o a las Procuradurías Regionales donde se adelante la actuación o donde ocurrieron los hechos, los siguientes actos:

1. Apertura de investigación y archivo;
2. Suspensión provisional de servidores públicos;

---

201 Por las cuales se denominan algunas dependencias de la Procuraduría General de la Nación; se delegan funciones y competencias del Procurador General de la Nación y se distribuyen y asignan competencias de la Procuraduría General de la Nación.

202 "Por la cual se denominan las Procuradurías Territoriales, se delegan funciones del Procurador General de la Nación, se distribuyen y asignan competencias de la Procuraduría General de la Nación y se establece la sede y organización territorial de las Procuradurías Regionales, Distritales y Provinciales".

203 "Por la cual se establece las competencias al interior de la Procuraduría General de la Nación para efectos de conocer las faltas disciplinarias de los particulares".

204 Por técnica jurídica es preferible hablar de denunciado y no de "disciplinado", puesto que aún ni siquiera se ha iniciado etapa procesal alguna.

205 Artículo Decimosegundo. Procedimiento para aplicar la supervigilancia administrativa. Resolución 456 del 14 de septiembre de 2017.

3. Fallos de primera y segunda instancia.

Dichos actos deberán ser remitidos por el –*CAP*– y las Procuradurías Regionales, a las dependencias de la Procuraduría teniendo en cuenta las competencias de cada una de éstas, de conformidad con el *Decreto 262 del 22 de febrero de 2000* y normas que lo modifican, complementan y adicionan.

- Poder disciplinario preferente. Procedimiento en caso de solicitud por parte del "disciplinado[206]", de un "servidor público del organo de control interno" o de un "tercero".

Dispone el artículo *decimoprimero* de la *Resolución 456 del 14 de septiembre de 2017*, que sí la solicitud no estuviere debidamente sustentada, el funcionario competente podrá *rechazarla de plano*, sin realizar *visita al expediente* y deberá *comunicar al petente* sobre dicha decisión.

Si estuviere debidamente sustentada la solicitud para ejercer el poder preferente, a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes: el funcionario competente de la Procuraduría General de la Nación para conocer del asunto, *practicará visita especial* al expediente que tramita el órgano disciplinario para *establecer la veracidad, importancia y procedencia de la solicitud*; también deberá practicar visita especial cuando se aplique la figura del poder preferente de manera *oficiosa*.

Una vez *practicada la visita especial*, y estime que *no es razonable el ejercicio del poder preferente*, así lo dispondrá por decisión motivada no susceptible de recurso alguno el funcionario competente, quien resolverá la petición dentro de los cinco (5) días siguientes a la práctica de la visita, y enviará solamente copia de lo decidido a la Viceprocuraduría, para su seguimiento.

En el evento que consideren que *resulta procedente el ejercicio del poder preferente*, se deberá remitir a la Viceprocuraduría General de la Nación copia de la petición si la hay, de la visita que se practicó al proceso disciplinario y del concepto suscrito sólo por el titular de la dependencia, en el que se expongan claramente los motivos por los que considera que la Procuraduría debe asumir el conocimiento de la actuación disciplinaria correspondiente, de conformidad con los parámetros expuestos en esta Resolución.

- Poder disciplinario preferente. Reglas de imperioso cumplimiento para su ejercicio.

El *articulo séptimo* de la *Resolución 456 del 14 de septiembre de 2017*, concreta las *reglas generales* para el ejercicio del poder preferente, así:

- Su ejercicio deberá hacerse de forma integral, es decir, asumiéndolo contra todos los implicados y por todas las faltas conexas, respetando la competencia inherente a cada dependencia.

- La solicitud de ejercicio del poder preferente ni el trámite descrito en el artículo decimoprimero de esta resolución paralizarán la competencia del órgano de control interno, excepto lo señalado en el literal e).[207]

206 O indagado o investigado, según la etapa procesal en que se solicite el ejercicio del poder preferente.

207 "No se podrá solicitar el expediente a los órganos de control interno, sino hasta que se haya tomado la decisión de ejercer el poder preferente. Cuando el proceso se encuentre para fallo, se

- No podrá ejercerse el poder disciplinario preferente sobre decisiones debidamente ejecutoriadas.
- En el caso de proferirse decisiones inhibitorias por parte de las autoridades disciplinarias, no procede el ejercicio del poder preferente por desplazamiento de competencia a cargo de la Procuraduría General de la Nación, sin perjuicio de que ésta adelante la revisión sobre los hechos relacionados con el caso y adopte las decisiones que estime en cuanto al inicio o no de una actuación disciplinaria.
- No se podrá solicitar el expediente a los órganos de control interno, sino hasta que se haya tomado la decisión de ejercer el poder preferente. Cuando el proceso se encuentre para fallo, se consignará en el acta de visita que la actividad procesal quedará suspendida por parte del operador disciplinario que venga conociendo del asunto, hasta que se adopte una decisión definitiva por parte de la Procuraduría General de la Nación.
- La facultad para estudiar el ejercicio del poder preferente de oficio o por solicitud de cualquier persona, la tiene en la Procuraduría General de la Nación, el funcionario competente de primera o segunda instancia según el momento procesal en que se encuentre el trámite ante las personerías y los órganos de control interno disciplinario, de acuerdo a las competencias establecidas en el Decreto 262 de 2000, y demás normas que lo complementen.
- Una vez asumido el conocimiento de una investigación en virtud del poder disciplinario preferente, la dependencia competente al interior de la Procuraduría General de la Nación dará prioridad al trámite del respectivo proceso disciplinario.
- Cuando se aprehenda el conocimiento de un proceso en virtud del poder disciplinario preferente la Procuraduría General de la Nación llevará hasta su culminación el trámite del proceso en la respectiva instancia de su competencia.

- Poder disciplinario preferente. Criterios para su ejercicio.

En vigencia de la *Resolución 346 del 3 de octubre de 2002*, el poder preferente se ejercía siempre que se tratare de hechos de trascendencia por atentar contra:

- Los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario;
- La contratación estatal:
- Normas presupuestales;
- Normas fiscales;
- Normas contables;
- Normas carcelarias;
- El patrimonio público y

consignará en el acta de visita que la actividad procesal quedará suspendida por parte del operador disciplinario que venga conociendo del asunto, hasta que se adopte una decisión definitiva por parte de la Procuraduría General de la Nación".

- La moralidad pública.

Con todo y en los casos mencionados, se admitía que "sólo cuando sea razonablemente seguro que el órgano de control interno manejará el proceso con idoneidad, eficacia, transparencia e imparcialidd podrá… dejarse de ejercer el poder preferente; de todos modos si así ocurre, se dispondrá de la figura de que da cuenta el inciso 3º del artículo 1º de esta resolución". Es decir, la *Procuraduría General de la Nación* podía disponer la supervigilancia administrativa y se podía constituir en sujeto procesal, bien directamente o a través de la designación de un servidor público de su dependencia, de conformidad con el artículo 89 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

Además, el poder preferente se ejercía cuando existieran dudas sobre el cumplimiento de la garantía del derecho de defensa y que razonablemente apareciera que para su reconocimiento material no bastaban los instrumentos legales diseñados para ello o cuando se desconociera flagrantemente el debido proceso de tal manera que se socavaren sustancialmente las bases fundamentales de la investigación y del juzgamiento, lo que no impedía la posibilidad de que el órgano de control continuara con la investigación y se ejerciera la supervigilancia administrativa referida.

De la misma manera el poder preferente podía ejercerse cuando por cualquier falta "se cuestione seriamente la idoneidad, eficacia, efectividad, transparencia e imparcialidad del órgano de control interno".

Igualmente podía ejercerse, "siempre que se tenga conocimiento de que pueda estarse admitiendo eventos de colusión y corrupción en general al interior del órgano de control interno".

Con el nuevo acto administrativo, de que trata el artículo octavo de la *Resolución 456 del 14 de septiembre de 2017*, los criterios para el ejercicio del poder preferente, por parte de la Procuraduría General de la Nación, de manera oficiosa o a petición de cualquier persona, se dispusieron en forma mucho más concreta siempre y cuándo se presentare alguna de las siguientes "circunstancias":

- Que el asunto provoque o comprometa un impacto de orden social, económico, político o institucional, o genere connotación especial de la opinión pública, de alcance nacional o territorial.

- Que se advierta razonadamente que para la garantía de los principios que rigen el proceso disciplinario, es procedente que la actuación la adelante directamente la Procuraduría General de la Nación y

- Que directamente la Procuraduría considere que un determinado caso debe ser asumido para garantizar el cumplimiento de los fines esenciales inherentes a la entidad, en virtud de los mandatos constitucionales que le rigen.

Decisiones internas de la Procuraduría General de la Nación en torno al poder disciplinario preferente.

La *Procuraduría General de la Nación* en torno al *poder disciplinario preferente,* desde la *Resolución N.º 346 del 3 de octubre de 2002* ha dado las siguientes pautas:

En la *Directiva 10 del 2 de noviembre de 2006*, señaló los "lineamientos que deben tenerse en cuenta para el trámite del ejercicio del poder preferente", en los siguientes términos:

"(...) Para efectos de la Resolución N.º 346 de 2002, emanada del Despacho, en orden a darle sentido al ejercicio del Poder Preferente dentro de un marco de seriedad y responsabilidad, en adelante todo operador jurídico disciplinario (hoy autoridad disciplinaria) que haga uso de tal mecanismo una vez sea autorizado para ello deberá:

1. Darle respuesta célere y eficaz al caso sometido a su estudio, para lo cual informará al Despacho cada dos meses sobre el avance del proceso, incluso hasta tomar la decisión final.

2. Una vez se haya ejercido el Poder Preferente el funcionario no podrá desprenderse del conocimiento del asunto, devolviéndolo al Órgano de Control Interno, sino previa autorización del Viceprocurador General de la Nación. (...)".

El control de lo dispuesto en el primer punto estará a cargo del Secretario Privado del Despacho y se solicitará a la Oficina de Sistemas la elaboración de un instrumento informático que permita facilitar dicho control.

Por otra parte se les recuerda que:

El trámite para el ejercicio del poder preferente no es solamente un control durante la investigación disciplinaria, sino que, también puede ser posterior a la culminación de la misma, para así verificar en todo su trámite el cabal cumplimiento de la Constitución, la Ley y los tratados internacionales celebrados por Colombia.

Cuando se detecte que la entidad investigadora después de haber adelantado una investigación disciplinaria, haya Incurrido en alguna irregularidad en su trámite, y más aún, si el asunto que se adelantó se trataba de hechos que tengan que ver con graves violaciones a los Derechos Humanos e infracción al DIH, se denunciará el caso penal, y de forma oficiosa se iniciará la respectiva investigación disciplinaria o se enviará el asunto al respectivo competente para que la inicie.

Para el trámite del ejercicio del poder preferente bien sea de forma oficiosa o cuando se haga por petición escrita, se reitera que se debe practicar una visita al lugar donde se encuentre el proceso disciplinario, y no pedir que se envíe el expediente para revisarlo en la dependencia de la Procuraduría que realiza el trámite, como algunos operadores disciplinarios lo están haciendo.

Al despacho del Viceprocurador General no se debe enviar todo el expediente disciplinario, solamente se debe remitir copia de la petición si la hay, de la visita que se practica al proceso disciplinario y del concepto suscrito por el titular de la dependencia debidamente sustentado y razonado, donde exponga claramente los motivos por los cuales se considera o no procedente hacerla... .

Cuando nos encontremos frente a una petición que no esté debidamente sustentada como lo dispone la resolución en cita, antes de rechazar la misma, si el asunto versa sobre casos de gran trascendencia, se realizará el trámite previsto en la *Resolución 346 de 2002*; en consecuencia, no se rechazará *"in límine»* o de plano por falta de motivación de la petición. Cuando una misma

> petición de poder preferente se presente en distintos lugares, se remitirá a quien sea el competente para hacerlo, para con ello evitar duplicidad de trámites sobre el mismo asunto, quien será el que finalmente presente su concepto ante el despacho del Viceprocurador General de la Nación; así como también deberá tenerse en cuenta, que como el poder preferente es una facultad discrecional reglada, cuando se resuelva un asunto, se deberá advertir expresamente que la decisión no tiene recurso alguno, y no permitirse que frente a un mismo caso ya estudiado se realice la misma petición varias veces desgastando innecesariamente a la administración. Cuando se considere pertinente ejercer el poder preferente se tendrá en cuenta que no se podrá desplazar del conocimiento del proceso al Órgano de Control Interno que la tramita, hasta tanto no se tenga la respectiva autorización de éste Despacho o del Viceprocurador General de la Nación. (...)".

En la *Directiva 015 del 6 de septiembre de 2007,* dispuso que:

> "(...) *Segundo*. En los casos relacionados con violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, siempre que se ejerza el control preferente disciplinaría y/o se solicite la revocatoria directa de una decisión que haya puesto fin al proceso disciplinario la dependencia de !a Procuraduría General de la Nación que solicite la aplicación de dichas figuras, antes de remitir la actuación a otra dependencia, deberá practicar todas las demás pruebas que haya decretado en etapa de indagación preliminar y/o investigación disciplinaria.
>
> *Tercero*. De la iniciación de estas investigaciones se dará aviso al procurador delegado competente, a más tardar el día siguiente hábil, para que, si lo estima conveniente, asuma directamente su conocimiento. (...)".

En la *Resolución 289 del 9 de septiembre de 2009*, dijo:

> "(...) A su vez, los preceptos contenidos ... en el artículo 69 de la Ley 734 de 2002, que trata de la oficiosidad y preferencia, en los que se consagra claramente la potestad que se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación y no a las Oficinas de Control Disciplinario Interno, para asumir o remitir las investigaciones disciplinarias a las entidades en cualquier momento; por lo cual debe entenderse que el poder preferente del Ministerio Público opera en doble sentido, es decir, no sólo permite desplazar al órgano de control interno de la investigación disciplinaria que adelante, sino que también le confiere la facultad de remitirla en cualquier momento, al control disciplinario de la entidad para que sea ésta quien adelante el proceso. Caso en el que la Entidad no puede negarse a tramitarlo (...)".

En la *Resolución 187 del 4 de mayo de 2010*, expresó:

> "(...) Que mediante *Resolución N.º 346 de 2002*[208], el Procurador General de la Nación reguló *"las competencias y trámites para el ejercicio del poder preferente de la Procuraduría General de la Nación y de su intervención como sujeto procesal en los procesos disciplinarios"*;

208 Del 3 de octubre.

> Que revisado el contenido del **ordinal séptimo** del citado acto, se advierte que no guarda congruencia con las normas que establecen dichas instituciones procesales, en cuanto el ejercicio preferente del poder disciplinario y la constitución como sujeto procesal se refieren a facultades disciplinarias que la Procuraduría General de la Nación puede ejercer exclusivamente respecto de otras autoridades disciplinarias distintas a ella misma, y nunca para la vigilancia y control de sus propias competencias, de acuerdo con lo que claramente estatuyen los artículos 3, 69 y 89 de la Ley 734 de 2002.
>
> En mérito de lo expuesto,
>
> **Resuelve**
>
> **Artículo 1º.** Revocar el **ordinal séptimo** de la Resolución Nº 346 de 2002[209], expedida por el Procurador General de la Nación.
>
> **Artículo 2º.** La presente rige a partir de la fecha de su expedición y revoca las disposiciones que le sean contrarias. (...)".

En la *Circular 42 del 2 de agosto de 2007,* precisó:

> "Con el fin de dar alcance al numeral 6 de la Circular número 20 del 18 de abril de 2007, de conformidad con las competencias establecidas en la Ley 1010 de 2006, ‹por medio de la cual se adoptan medidas para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo' se atenderá la siguiente instrucción:
>
> '6. Cuando la entidad pública hubiere agotado el procedimiento preventivo y éste no logre superar la situación de acoso laboral en la entidad, la diligencias deberán remitirse en todos los casos al Ministerio Público, esto es, a la Procuraduría General de la Nación o a las personerías distritales o municipales, órganos de control que dentro de su circunscripción territorial, les corresponde tramitar la acción disciplinaria, en estos casos, sin perjuicio del poder preferente de que trata el artículo 3 de la Ley 734 de 2002.
>
> Para determinar la competencia al interior de los organismos de control se atenderá al cargo del funcionario acosador denunciado, según las competencias establecidas en el Decreto 262 de 2000, independientemente de la acción correspondiente por la responsabilidad que recae en el Director de la entidad que no puso en marcha el procedimiento preventivo».

En la *Circular 67 del 1 de diciembre de 2008,* anotó:

> "(...) II. El Procurador General de la Nación es el juez natural en asuntos disciplinarios y quien además ostenta el poder disciplinario preferente en virtud de lo dispuesto por los articulos 277, numeral 6°, de la Constitución Política y 3° de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único). Por ende, las interpretaciones que realiza de la ley disciplinaria están revestidas de la autoridad que entraña el ejercicio de esta función disciplinaria constitucional.

209 Del 3 de octubre.

> Es por ello que en criterio de la Corte Constitucional, el Procurador General de la Nación tiene la función constitucional y legal de «... impartir directrices generales de interpretación de las normas disciplinarias para que éstas sean leídas y aplicadas en un mismo sentido [...]»[210].

En el *Concepto C-123/10 del 23 de febrero de 2011*[211], la *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios* dijo:

> "(...) El Procurador General de la Nación con auto de 13 de junio de 2007, dispuso ejercer poder preferente en todas las investigaciones donde exista abuso sexual y maltrato a menores por parte de docentes.
>
> **2.1. Preguntas**, ¿la competencia según el citado auto es restrictiva sólo a las Procuradurías Regionales o también conocen las provinciales, acorde a su competencia por el factor funcional y sujeto disciplinable?; (ii) ¿este auto ha sido modificado o sigue vigente?
>
> Al respecto conviene empezar por hacer alusión al fundamento normativo del poder disciplinario preferente:
>
> El numeral 6º del artículo 277 de la Constitución Política, le asigna al Procurador General de la Nación la función de ejercer preferentemente el poder disciplinario; en desarrollo de dicha atribución, en los artículos 3º y 69 de la Ley 734 de 2002, el legislador reglo lo atinente a la manera como dicha atribución ha de ejercerse.
>
> Por su parte, el Procurador General de la Nación, mediante Resolución 346 de 2002[212], reguló las competencias y trámites para el ejercicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de a Nación, estableciendo en su artículo sexto los criterios que determinan su ejercicio.
>
> Posteriormente, mediante auto fechado el 13 de junio de 2007, el señor Procurador General dispuso ejercer el poder preferente en todas las investigaciones que se encuentren en curso o deban iniciarse por conductas relacionadas con el abuso sexual y el maltrato a menores por parte de los docentes, asignando el conocimiento de dichas actuaciones a las Procuradurías Regionales en primera instancia y a las Delegadas en segunda.
>
> En cuanto hace al ámbito distrital, mediante auto del 18 de noviembre de 2008, el Señor Procurador dispuso adicionar su proveído del 13 de junio de 2007, en el sentido de ejercer el poder preferente en todas las investigaciones que se encuentren en curso o deban iniciarse por conductas relacionadas con el abuso sexual o cualquier clase de maltrato a niños y adolescentes, en las que aparezcan como presuntos involucrados los docentes que prestan sus servicios en el Distrito Capital de Bogotá y los municipios de Chía y Cota, en Cundinamarca, asignándole tal competencia en primera instancia a las Procuradurías Distritales de Bogotá (Reparto) y en segunda a las Delegadas.

210 Corte Constitucional. Sentencia T-1093 del 4 de noviembre de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

211 Ver también Concepto C-048 de abril 14 de 2011.

212 Del 3 de octubre.

> No obstante, Mediante Resolución Nº 289 del 9 de septiembre de 2009, el supremo director del Ministerio Público dejó sin efecto el auto del 18 de noviembre de 2008, al que se acaba de hacer referencia.
>
> En este orden de ideas, hemos de considerar que el auto del 13 de junio de 2007 (única norma especial vigente sobre la materia), fue dictado con fundamento, entre otras, en las atribuciones 6 y 19 del artículo 7º del Decreto 262 de 2000, en virtud de las cuales el Procurador puede asignar funciones especiales a las dependencias y empleos de la entidad a su cargo, así como designar funcionarios especiales de la misma para adelantar investigaciones disciplinarias y fallar, cuando la gravedad, importancia o trascendencia pública del hecho lo ameriten, pudiendo desplazar al funcionario a quien de ordinario le correspondía el conocimiento.
>
> Se infiere de lo expuesto, que en el ámbito departamental, por expresa decisión del Señor Procurador General de la Nación que se encuentra vigente, la competencia para conocer de todas las investigaciones que estén en curso o deban iniciarse por conductas relacionadas con el abuso sexual y el maltrato a menores por parte de los docentes, es de las Procuradurías Regionales en primera instancia y de las Procuradurías Delegadas en segunda, como funcionarios especiales de conocimiento.
>
> En consecuencia, las Procuradurías Provinciales no les asiste competencia alguna para conocer de tales temas.
>
> En el ámbito distrital, rigen las disposiciones originales contenidas en la Resolución 346 del 3 de octubre de 2002, puntualmente el procedimiento y los criterios allí definidos.
>
> (…)".

En el *Concepto C-006 del 14 de junio de 2011*, la *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios* expresó:

> "(…) En este orden de ideas, téngase en cuenta que una de las funciones de la Mesa Directiva de la Mencionada Corporación (Duitama) es, según el Acuerdo mencionado, '*Vigilar la aplicación del Régimen disciplinario a la totalidad de los funcionarios y empleados de la Corporación*'.
>
> Ahora bien, como quiera que la atribución contenida en el artículo 7º del Reglamento en cita (la que se acaba de transcribir) no es suficientemente clara respecto de la posibilidad de iniciar, tramitar y fallar los procesos disciplinarios internos, en aras de cumplir las exigencias normativas rectoras del control disciplinario interno (recogidas en la Circular Conjunta DAFF-PGN Nº 001 del 2 de abril de 2002), sería conveniente que el Presidente de la Corporación, haciendo uso de la atribución que le da el artículo 92 del Reglamento[213], asignara dicha tarea a una de las Comisiones en que se divide la Corporación, asegurando la garantía de la doble instancia.

213 "Artículo 92. Distribución de materias. Los asuntos que deba tratar el Concejo Municipal que por su naturaleza no estén claramente definidos en las responsabilidades de sus Comisiones Permanentes, serán distribuidas para su estudio por el Presidente del Concejo Municipal a la Comisión Permanente que él designe".

> Con todo, téngase en cuenta que existiendo o no una estructura interna que garantice el ejercicio del control disciplinario interno, en la Circular Conjunta mencionada se deja a salvo la posibilidad de ejercicio del heterocontrol disciplinario por parte de la Procuraduría o la Personería respectiva: *'En cualquier momento la Procuraduría General de la Nación, o las Personerías Municipales o Distritales, según el orden territorial al cual corresponda el organismo o entidad, podrán asumir la indagación preliminar, la investigación o el fallo, en ejercicio del poder disciplinario preferente que les otorga la ley'.*
>
> En conclusión, en sentir de este Despacho la Oficina de Control Interno Disciplinario del municipio de Duitama, no es competente para investigar al Secretario General del Concejo Municipal.
>
> La competencia disciplinaria en tal caso reside, o bien en la propia Corporación pública de elección popular, si hubiere reglamentado el ejercicio del control disciplinario interno o decidiera hacerlo, o, en todo caso, en la Personería Municipal y la Procuraduría Provincial respectiva. (...)".

En el *Concepto C-009 del 14 de junio de 2011*[214], la *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios* dijo:

> "(...) Refiere usted en su escrito que no obstante la claridad de un acto administrativo proferido el 13 de junio de 2007, mediante el cual el señor Procurador asignó a las Procuradurías Regionales la competencia para conocer en primera instancia de los procesos disciplinarios derivados del abuso sexual y maltrato a menores que pudiere atribuírsele a los docentes, algunas de dichas Procuradurías del nivel territorial aducen que ni el Decreto 262 de 2000 ni la Resolución 346 de 2002[215] les asigna dicha competencia, por lo que devuelven los asuntos sobre dicha temática, procedentes de las Procuradurías Provinciales.

En consecuencia, pide usted que se defina si el acto administrativo mencionado se encuentra vigente, en aras de tener certeza sobre la competencia y evitar conflictos de competencias, no obstante su improcedencia en razón de la diferente jerarquía de los funcionarios con posturas jurídicas encontradas.

La respuesta a su inquietud ha sido últimamente reiterada por este Despacho en los términos que a continuación se transcriben[216]:

"***Las preguntas:***

(i) "¿Ésta directriz del día 13 de junio de 2007, impartida por el Despacho del Procurador General de la Nación es opcional o es obligatoria para los Procuradores Regionales?"

(ii) ¿Pierden las oficinas de control Disciplinario Interno, la competencia para conocer sobre procesos en los que deban (sic) investigarse a docentes, por abuso sexual o cualquier clase de maltrato a menores?

214 Ver también Concepto C-048 del 14 de abril de 2011.

215 Del 3 de octubre.

216 La transcripción corresponde al Concepto C-041 del 14 de abril del año en curso.

(iii) ¿Cuál es el proceso que debe seguir la oficina de control Disciplinario Interno si la Procuraduría Regional, devuelve los procesos, argumentando no hacer uso del poder preferente?"

En primer lugar, conviene traer a colación un estudio recientemente hecho sobre el ejercicio del poder disciplinario preferente, por casos como los que plantea el consultante:

En el Concepto C-123-10, fechado el pasado 23 de febrero, este Despacho sostuvo:

El numeral 6º del artículo 277 de la Constitución Política, le asigna al Procurador General de la Nación la función de ejercer preferentemente el poder disciplinario; en desarrollo de dicha atribución, en los artículos 3° y 69 de la Ley 734 de 2002, el legislador reglo lo atinente a la manera como dicha atribución ha de ejercerse.

Por su parte, el Procurador General de la Nación, mediante la Resolución 346 de 2002[217]*, reguló las competencias y trámites para el ejercicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación, estableciendo en su artículo sexto los criterios que determinan su ejercicio.*

Posteriormente, mediante auto fechado el 13 de junio de 2007, el señor Procurador General dispuso ejercer el poder preferente en todas las investigaciones que se encuentren en curso o deban iniciarse por conductas relacionadas con el abuso sexual y el maltrato a menores por parte de los docentes, asignando el conocimiento de dichas actuaciones a las Procuradurías Regionales en primera instancia y a las Delegadas en segunda.

En cuanto hace al ámbito distrital, mediante auto del 18 de noviembre de 2008, el señor Procurador dispuso adicionar su proveído del 13 de junio de 2007, en el sentido de ejercer el poder preferente en todas las investigaciones que se encuentren en curso o deban iniciarse por conductas relacionadas con el abuso sexual o cualquier clase de maltrato a niños y adolescentes, en las que aparezcan como presuntos involucrados los docentes que prestan sus servicios en el Distrito Capital de Bogotá y los municipio de Chía y Cota, en Cundinamarca, asignándole tal competencia en primera instancia a las Procuradurías Distritales de Bogotá (Reparto) y en segunda a las Delegadas.

No obstante, mediante Resolución N° 289 del 9 de septiembre de 2009, el Supremo Director del Ministerio Público dejó sin efecto el auto del 18 de noviembre de 2008, al que se acaba de hacer referencia.

En este orden de ideas, hemos de considerar que el auto del 13 de junio de 2007 (única norma especial vigente sobre la materia), fue dictado con fundamento, entre otras, en las atribuciones 6 y 19 del artículo 7° del Decreto 262 de 2000, en virtud de las cuales el Procurador puede asignar funciones especiales a las dependencias y empleos de la entidad a su cargo, así como designar funcionarios especiales de la misma para adelantar investigaciones disciplinarias y fallar, cuando la gravedad, importancia o trascendencia pública del hecho lo ameriten, pudiendo desplazar al funcionario a quien de ordinario le correspondería el conocimiento.

Se infiere de lo expuesto, que en el ámbito departamental, por expresa decisión del Señor Procurador General de la Nación que se encuentra vigente, la competencia para conocer de todas las investigaciones que estén en curso o deban iniciarse por conductas relacionadas con el abuso sexual y el maltrato a menores por parte de los docentes, es

217 Del 3 de octubre.

de las Procuradurías Regionales en primera instancia y de las Procuradurías Delegadas en segunda, como funcionarios especiales de conocimiento.

En consecuencia, las Procuradurías Provinciales no les asiste competencia alguna para conocer de tales temas.

En el ámbito distrital, rigen las disposiciones originales contenidas en la Resolución 346 del 3 de octubre de 2002, puntualmente el procedimiento y los criterios allí definidos.

Ahora bien, la jerarquización funcional que en el Decreto Ley 262 de 2000 se ha establecido al interior de la Procuraduría, lleva a concluir que las atribuciones del señor Procurador, en tanto sean ejercidas, crean efectos vinculantes a sus decisiones, de manera que no es discrecional su observancia por parte de los subalternos a quienes se dirigen.

> Lo anterior es así, pues mal podría entenderse que el Procurador puede impartir directrices, órdenes, directivas, circulares etc. cuyo cumplimiento quede a merced de la voluntad de sus destinatarios.
>
> Con todo, ha de entenderse que las directrices internas de la Procuraduría, obligatorias hacia dentro de ésta, no pueden tener efectos derogatorios de normas superiores como la ley. En consecuencia, si la ley le da la titularidad de la acción disciplinaria a las oficinas de control disciplinario interno, sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría, ello significa que la competencia de las mencionadas oficinas respecto de un asunto puntual, solo la perderán, asumiéndola la Procuraduría, cuando ésta de manera expresa manifiesta su intención de hacer uso de la potestad disciplinaria preferente.
>
> Así las cosas, mientras la Procuraduría no asuma el conocimiento de un caso, la competencia para conocer de éste seguirá siendo de la dependencia a la que, de ordinario, le ha sido dada dicha atribución: La Oficina de Control Disciplinario Interno respectiva.
>
> Finalmente, queda a criterio del Jefe de la Oficina de Control Disciplinario Interno, la adopción de la decisión que estime más conveniente frente a la negativa del Procurador Regional respectivo, a asumir el conocimiento de los casos que le hubieren sido remitidos con el argumento de haberse señalado, desde instancias superiores, un criterio de asunción del poder disciplinario preferente:
>
> Podrá disponer que su propia Oficina continúe el trámite interrumpido o que le de inicio (para ello le asiste competencia, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2° de la ley 734 de 2002).
>
> *Podrá insistirle al señor Procurador Regional sobre la necesidad de que asuma el conocimiento de los casos por éste devueltos; la argumentación de su insistencia podrá ser la clave del éxito de su cometido.*
>
> *Podrá proponer un conflicto de competencias administrativas; téngase en cuenta que respecto del tema ya hay un antecedente favorable en expediente radicado bajo el N° 11001-03-06-00-2010-00014-00 (C) del 25 de febrero de 2010, fallado*

por el Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Enrique José Arboleda Perdomo[218].

En lo que a ésta Oficina Consultora respecta, con ocasión de la consulta y de los hechos que la motivan, se ordena que por Secretaría se compulsen copias de las presentes diligencias a la Oficina de Veeduría de la Procuraduría General de la Nación, para que se investigue el alcance disciplinario de la conducta renuente atribuida al Procurador Regional de Caldas."

En estos términos dejamos rendido el concepto y precisamos que éste sólo constituye un criterio auxiliar de interpretación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 230 de la Constitución Política, 5° de la Ley 153 de 1887[219] y 25 del Decreto 01 de 1984[220].

En el *Concepto C-082 del 18 de julio de 2011*, la *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios* manifestó:

"(...) En el escrito de la referencia, consulta usted si al recibir la Personería Municipal una queja disciplinaria:

1ª '¿Se procede conforme al artículo 2° y 3° de la Ley 734 de 2002?'.

2ª '¿Se remite con documento simple y sin motivación, la información recibida o la queja recepcionada *(sic)* a la Unidad de Control Disciplinario del Municipio?'

3ª '¿Se hace acompañamiento por parte de la Personera, a la Unidad de Control Disciplinario Interno, a fin de que esta última efectúe diligencia de recepción de la queja, apartándose desde ese instante de conocimiento alguno de la situación?'

(...)

La Ley 136 de 1994[221], sobre organización y funcionamiento de los municipios, establece, en su artículo 178, las funciones de los personeros municipales y, entre ellas, en el numeral 4.°, la de '*ejercer vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas municipales; ejercer* ***preferentemente*** *la función disciplinaria respecto de los servidores públicos municipales; adelantar las investigaciones correspondientes acogiéndose a los procedimientos establecidos para tal fin por la Procuraduría General de la Nación, bajo la supervigilancia de los procuradores provinciales a los cuales deberán informar de las Investigaciones'* (Aparte tachado declarado inexequible por la Sentencia C-558 de 1996[222], Corte Constitucional).

Esto quiere decir que el Personero tiene competencia para juzgar disciplinariamente, en primera instancia, a cualquier servidor municipal, salvo, según el numeral

218 Citado por el consultante del radicado C-048/11, de este Despacho.

219 Del 15 de agosto.

220 Del 2 de enero.

221 Del 2 de junio.

222 Del 24 de octubre.

> *18, inciso 2.°, del mencionado artículo 178 de la Ley 136 de 1994*[223]*, al alcalde, los concejales y el contralor. La segunda instancia, según el numeral 4.° del artículo 178 ibídem, es de competencia de los procuradores departamentales, actualmente denominados regionales.*
>
> *En este orden de ideas, la Personería podrá asumir el conocimiento del caso, o decidir que sea tramitado por la Oficina de Control Disciplinario Interno.*
>
> *Ahora bien, el ejercicio del poder disciplinario preferente por parte de las Personerías Municipales respecto de las Oficinas de Control Disciplinario Interno que hubiere en su respectivo municipio, no ha sido reglado como si lo fue el que ejerce la Procuraduría respecto de los demás operadores disciplinarios.*
>
> *En consecuencia, las reglas de procedimiento que se deben observar para determinar qué criterios habilitan el ejercicio de dicha atribución y qué ritualidades procedimentales se han de cumplir, son del resorte de cada Personería, dentro del ámbito de su autonomía.*
>
> *Sobre el particular, este Despacho conceptuó en el año 2004 (Concepto C-069/04):*
>
> *'En cuanto a la manera como deben ejercer dicha atribución, se considera que a falta de normas propias que determinen el procedimiento por seguir en el caso de las personerías, éstas deben ejecutar el poder preferente de conformidad con las normas que lo desarrollan en el Código Disciplinario Único. Asimismo y aunque es cierto que el Procurador General, a través de la Resolución 346 de 2002*[224]*, fijó las reglas para el ejercicio preferente de la facultad disciplinaria por parte de las distintas dependencias de la Procuraduría, así como el trámite interno que se debe surtir para asumir o no una investigación, que obviamente descarta cualquier aplicación del mismo por parte de entidades diferentes a las allí anotadas, también lo es que en ella se consignan criterios y pautas que deben orientar el ejercicio de la facultad en examen, las cuales no resultaría inapropiado que pudieran servir de guía a los personeros cuando se trate de esa función'.*
>
> (...)".

En el *Concepto C-092 del 24 de agosto de 2011*, la *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios* concluyó:

> "(...) En el escrito de la referencia pregunta usted, acudiendo a la formulación de una petición en la modalidad de consulta, si es procedente que un Personero Municipal, haciendo uso del poder preferente, le solicite la remisión de un expediente sin motivación, ni sustentación, como lo establece la Resolución 346 de 2002[225], de la Procuraduría General de la Nación, concordante con el artículo 69 de la ley 734 de 2002. Pregunta también si mientras se resuelve dicha petición, esa Oficina puede continuar con el impulso del proceso.
>
> (...)

223 Del 2 de junio.

224 Del 3 de octubre.

225 Del 3 de octubre.

Respecto al tema de consulta, basta con darle un vistazo al inciso segundo del artículo 3° del Código Disciplinario Único, para concluir que la decisión de ejercicio del poder disciplinario preferente, ya sea por la Procuraduría o por una Personería Municipal, debe ser motivada:

'**Artículo 3°.** Poder disciplinario preferente. La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.

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

(...)

Las personerías municipales y distritales tendrán frente a la administración poder disciplinario preferente."

Queda claro, entonces, que no es porque lo establezca la Resolución 346, sino por que el propio legislador hace la exigencia de motivación, que en la decisión que disponga el ejercicio del poder disciplinario preferente, deben aducirse las razones que justifican su ejercicio.

De otra parte, en cuanto hace a la suspensión del trámite, esta Procuraduría Auxiliar solo puede indicarle que la figura solamente ha tenido una regulación interna en la Procuraduría, que puede o no ser discrecionalmente aplicada por las Personerías. Sobre el particular dispone la citada Resolución 346 de 2002[226]:

*'**QUINTO.** El ejercicio del poder preferente se someterá a las siguientes reglas de imperioso cumplimiento:*

a. La facultad para tramitar de oficio o por solicitud el ejercicio del poder preferente la tiene el funcionario competente de primera o segunda instancia según el momento procesal en que se encuentre el trámite ante el órgano de control interno.

b. Deberá hacerse de forma integral, es decir, asumiéndolo contra todos los implicados y por todas las faltas conexas, respetando la competencia por tal factor.

c. Cuando se aprehenda el conocimiento de un proceso por virtud del procedimiento descrito en el artículo tercero de esta resolución la Procuraduría General de la Nación llevará hasta su culminación el trámite procesal de primera y segunda instancia.

226 Del 3 de octubre.

> *d. No se podrá solicitar el expediente a los órganos de control interno sino hasta que se haya tomado la decisión de ejercer el poder preferente.*
>
> *e.* ***Ni la solicitud de ejercicio del poder preferente ni el trámite descrito en el artículo tercero de esta resolución paralizarán la competencia del órgano de control interno.***
>
> *f. Si el proceso se encontrare para fallo, desde el momento de la solicitud o cuando se determine proceder de oficio, podrá solicitarse temporalmente el expediente para evitar el agotamiento de la actividad procesal antes de que se tenga una decisión definitiva sobre el ejercicio del poder preferente" (las negrillas fuera del texto)* (…)".

En el *Concepto C-102 del 24 de agosto de 2011*, la *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios* expresó:

> Respecto al segundo interrogante, el artículo 2° del C.D.U. es el referente normativo obligado:
>
> *"Artículo 2°. Titularidad de la acción disciplinaria. Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.*
>
> *El titular de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales, es la jurisdicción disciplinaria.*
>
> *La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta.*
>
> Se infiere entonces de la norma transcrita, que la potestad disciplinaria radica simultáneamente en las Oficinas de Control Disciplinario Interno, en las Personerías Municipales y en la Procuraduría General de la Nación; sin embargo, como quiera que las dos ultimas entidades disponen de un poder disciplinario preferente, ha de concluirse que el "juez natural disciplinario" (hoy también autoridad disciplinaria) de los servidores públicos, es la Oficina de Control Disciplinario Interno de la respectiva entidad y que excepcionalmente, dicha atribución la pueden ejercer la respectiva Personería Municipal o la Procuraduría General de la Nación.
>
> Ahora bien, ha de precisarse que las Personerías (y con mayor razón la Procuraduría), son titulares del poder disciplinario preferente aún respecto de las entidades descentralizadas del orden municipal.
>
> Las reglas de competencia anteriores se rompen cuando quien ha de ser investigado es un particular (en tanto que ejerza función pública), pues de manera exclusiva dicha competencia le corresponde a la Procuraduría (incisos segundo y tercero del artículo 75 del C.D.U.).
>
> (…)".

En el *Concepto C-122 de 2011*, la *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios* determinó:

> En el escrito de la referencia, con ocasión del artículo 3° del Código Disciplinario Único, pide usted que se responda si "*es legal y de su competencia, que la Procuraduría revise procesos judiciales donde las partes son particulares (No intervienen entidades Estatales), y por consiguiente, se levante acta de visita*".
>
> (...)
>
> Al analizar el lugar que el Ministerio Público ocupa en la estructura del Estado y la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación, se puede distinguir claramente cuáles son sus funciones misionales. La conclusión que al respecto se obtiene es que la Procuraduría cumple tres tipos de funciones misiones diferentes:
>
> 1° Función de prevención y control de gestión:
>
> Función Relacionada con la aplicación de los mecanismos necesarios para evitar que los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas incurran en conductas sancionables, así como con la verificación del cumplimiento de las responsabilidades públicas, de tal manera que se logren los objetivos y metas del Estado en beneficio de la sociedad, bajo los principios de eficiencia, eficacia, moralidad, celeridad y publicidad.
>
> Esta función se desarrolla en diferentes áreas como por ejemplo: Protección de los valores constitucionales; protección y defensa de los derechos humanos; protección de la confianza del ciudadano en la integridad del Estado; protección a la función de prestación de servicios públicos a los ciudadanos; defensa del patrimonio público; protección y defensa de las entidades territoriales y del medio ambiente.
>
> 2° Función disciplinaria:
>
> Se relaciona con la facultad que la Procuraduría tiene para adelantar y decidir las investigaciones que por la comisión de presuntas faltas disciplinarias se sigan contra los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas. Su objetivo es determinar si la conducta del servidor público o del particular disciplinable, se apega o no a su deber funcional y, si fuere procedente, imponer la sanción que corresponda.
>
> En la medida en que es una función que de ordinario le corresponde al propio órgano estatal (salvo respecto de los particulares), cuando la asume la Procuraduría se concibe como un *heterocontrol* cuyo fundamento constitucional se denomina "ejercicio del poder disciplinario preferente", atribución que sin embargo no cobija a los funcionarios judiciales (Sentencias C-037 de 2003[227] y C-948 de 2002[228]).
>
> Con todo, cuando la actuación no la adelanta la Procuraduría, se puede constituir como sujeto procesal en el correspondiente proceso disciplinario.

227 Del 28 de enero.

228 Del 6 de noviembre.

Como puede advertirse, esta función constituye el eje central de la misión institucional en lo que respecta a la lucha contra la corrupción.

3° Función de intervención ante las autoridades judiciales y administrativas:

La Constitución Política le confiere al Procurador General de la Nación, para que la ejerza directamente o por medio de sus delegados y agentes, la facultad de "*intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales*".

Por su parte, el Decreto Ley 262 de 2000 y algunas otras normas posteriores, han precisado el alcance de las funciones de intervención ante las autoridades administrativas y ante las autoridades judiciales, señalando específicamente las funciones de intervención en procesos penales, en procesos contencioso administrativos, en procesos civiles y agrarios, en procesos de familia, en procesos laborales, ante el Consejo Superior de la Judicatura, ante el Congreso de la República, ante el Consejo de Estado y en los Procesos Agrarios, entre otras.

Ahora bien, en el orden territorial, la Procuraduría actúa por intermedio de los Procuradores Regionales, los Procuradores Distritales y los Procuradores Provinciales. Éstos últimos, tienen asignada una amplia competencia disciplinaria y una muy restringida competencia preventiva y de intervención; veamos:

El artículo 76 del Decreto Ley 262 de 2000 les asigna, en extenso, un buen número de funciones de contenido disciplinario (numerales 1 a 5). En los numerales 6°, 8° y 9° del mismo artículo, se encuentran atribuciones de naturaleza preventiva.

En cuanto hace a las atribuciones de intervención en materia judicial, podemos concluir que de tal naturaleza son las que a los Procuradores Provinciales les asignan los numerales 10° y 11° del mencionado artículo 76.

Adicionalmente, téngase en cuenta que en el artículo 2° de la Resolución 018 del 4 de marzo de 2000, el señor Procurador le delegó a las Procuradurías Provinciales y Distritales, las competencias y funciones previstas en el artículo 76 del Decreto Ley 262 de 2000.

Corolario de lo expuesto es que a las Procuradurías Provinciales les asiste una competencia en materia de intervención judicial, cuyo ejercicio se estima válido siempre que se someta a las condiciones señaladas en las normas habilitantes.

Si de tal atribución estuviere investida una Procuraduría Judicial, es obvio que las facultades del respectivo Procurador le permiten no solo tener acceso al respectivo expediente judicial, sino también dirigir memoriales o solicitudes al funcionario judicial a cargo del mismo, procurando incidir en las resultas de dicho proceso.

> De otra parte, se estima que el acceso a un proceso judicial no solo es posible en razón de la función de intervención judicial, sino también con ocasión del ejercicio de la atribución disciplinaria, cuando quiera que en el curso de dicho proceso se estime necesario acceder a un expediente judicial para obtener de allí una prueba. En tal caso, sin embargo, la facultad del Procurador Provincial se limita al acceso y obtención de la prueba, de modo que no le es permitido dirigir peticiones o memoriales al Juez o Fiscal de conocimiento, en procura de incidir en la decisión del asunto a su cargo.
>
> (...)".

En el *Concepto C-136 del 30 de noviembre de 2011*, la *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios* dijo:

> "(...) En el escrito de la referencia plantea usted algunos interrogantes genéricos relacionados con la ley 1474 de 2011[229].
>
> (...)
>
> 2ª "En materia de poder preferente: a.- ¿sigue vigente la regulación contenida –en cuanto al trámite que debe surtirse a instancias de la Procuraduría General de la Nación- en la Resolución N° 346 del 3 de octubre de 2002; b.- ¿dentro del marco definido por el derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo, podría tenerse como vulneración al mismo el hecho de que provocada una solicitud de poder preferente por parte del disciplinado y remitidas las diligencias por el operador disciplinario, a la Procuraduría General de la Nación, éstas fueren devueltas pero sin que se hubiere surtido el trámite de consulta ante el despacho de la Viceprocuradora General de la Nación?; c.- ¿en esta materia existe una regulación específica que solamente aplique a las Procuradurías Regionales o Distritales?
>
> *Respuestas*:
>
> a.- La Resolución 346 del 3 de octubre de 2002 está vigente en todos sus artículos, salvo el séptimo, que contenía una delegación que fue revocada mediante Resolución 187 del 4 de mayo de 2010.
>
> b. Si bien la regla general es que el envío del expediente a la Procuraduría debe estar antecedido de la correspondiente visita al mismo y la decisión final de la Viceprocuraduría sobre la necesidad de asumir el conocimiento del proceso, excepcionalmente se admite que antes de decidirse si se asume o no la facultad constitucional en comento, se solicite temporalmente el expediente para evitar el agotamiento de la actividad procesal respectiva (cuando se encuentra para fallo), caso en el cual no sería de extrañar la devolución de las diligencias merced a un informe negativo de quien lo revisa, procedimiento que no involucra a la Vicepocuraduría (ver artículos tercero, cuarto y quinto de la Resolución 346 del 3 de octubre de 2002; de éste último, especialmente el literal f).

229 Del 12 de julio.

> c. No existe en materia de ejercicio del poder disciplinario preferente regulación distinta de la contenida en la Resolución 346 de 2002[230], menos aún para el ámbito territorial.
>
> (…)".

En el *Concepto C-193 de 2011*, la *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios*, expuso:

> "(…) En el oficio de la referencia pregunta usted si "puede la Procuraduría Regional de Santander, disponer **la remisión por competencia directamente a las Personerías municipales**, de las quejas o solicitudes recibidas en ésa Procuraduría Territorial, y dirigidas en contra de funcionarios del orden municipal, sin antes enviarlas a las respectivas Procuradurías Provinciales para que realicen la respectiva evaluación de la queja, de acuerdo a su jurisdicción territorial y funcional".
>
> (…)
>
> *Respuesta:*
>
> La parte introductoria de la consulta, referida al poder disciplinario preferente, en virtud del cual la Procuraduría puede "iniciar, proseguir o **remitir** cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas" (artículo 3° del C.D:U.), hace necesario distinguir dos conceptos que parecen estar confundidos por el consultante: La facultad de decidir negativamente el ejercicio del poder disciplinario preferente y la simple remisión de un asunto al funcionario competente.
>
> Respecto del ejercicio del poder disciplinario preferente, es meridianamente clara la reglamentación contenida en la Resolución interna N° 346 de 2002[231], puntualmente en cuanto preceptúa:
>
> *'**La oficina competente** para conocer del proceso, prima facie y de manera perentoria en todos los casos, evaluará si la queja o denuncia amerita ser tramitada por la Procuraduría General de la Nación y en caso contrario, sin motivación alguna, la enviará a la respectiva oficina de control interno'*[232].
>
> Se infiere de la norma transcrita, que si la queja disciplinaria llegare a la Procuraduría Regional con petición de ejercicio del poder disciplinario preferente, el único que puede decidir si éste se asume o no es "la oficina competente para conocer del proceso", vale decir, la Procuraduría Provincial, en el caso de ser funcionarios del orden municipal los presuntos implicados, conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 1° del artículo 76 del Decreto Ley 262 de 2000.
>
> Por el contrario, si la queja hubiere sido simplemente radicada en la Procuraduría Regional, pese a carecer de competencia para su conocimiento,

230 Del 3 de octubre.

231 Del 3 de octubre.

232 Inciso segundo del artículo primero de la Resolución 346 del 3 de octubre de 2002.

pero sin solicitud de ejercicio de la atribución comentada, deberá dársele el curso que dispone el inciso primero del artículo 33 del Decreto 01 de 1984[233]:

'ARTÍCULO 33.Si el funcionario a quien se dirige la petición, o ante quien se cumple el deber legal de solicitar que inicie la actuación administrativa, no es el competente, deberá informarlo en el acto al interesado, si éste actúa verbalmente; o dentro del término de diez (10) días, a partir de la recepción si obró por escrito; en este último caso el funcionario a quien se hizo la petición deberá enviar el escrito, dentro del mismo término, al competente, y los términos establecidos para decidir se ampliarán en diez (10) días.'

La decisión remisoria del asunto al funcionario competente (el Procurador Provincial), no significará en éste caso pronunciamiento alguno sobre la facultad excepcional a la que se refiere el artículo 3° del Código Disciplinario Único, quedando a salvo la posibilidad de que la Procuraduría Provincial decida posteriormente asumir dicha competencia, bien a solicitud de alguien interesado o de manera oficiosa.

En resumen, podríamos decir que la remisión del asunto directamente a la Personería será válida si no media solicitud de ejercicio del poder disciplinario preferente y que en este caso, dicha atribución solo podrá ser tomada "por la oficina competente", de modo que se impone la remisión a la Procuraduría Provincial.

(...)".

En el *Concepto C-048 del 29 de mayo de 2012*, la *Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios* manifestó:

"(...) En el escrito de la referencia, dirigido al señor Procurador General de la Nación, al amparo de la solicitud de concepto pide usted precisión sobre algunos temas que guardan íntima relación con el ejercicio de la atribución disciplinaria de los servidores públicos, respecto de hechos eventualmente constitutivos de violación a los derechos humanos o al derecho internacional humanitario.

(...)

No sobra advertir que la Procuraduría conserva, respecto a este tipo de faltas, la posibilidad de asumir su conocimiento desplazando a quien de ordinario le compete, pues los hechos que atentan contra el Derecho Internacional Humanitario se consideran como primer criterio de ejercicio del poder preferente (literal a del artículo sexto de la Resolución 346 de 2002poner en superíndice los corchetes cuadrados de los llamados de nota al pie[234], por medio de la cual se regulan, en la Procuraduría General de la Nación, las competencias y trámites para el ejercicio del poder preferente).

(...)

233 Del 2 de enero.

234 Del 3 de octubre.

5ª '*Se emitan* ***lineamientos*** *del procedimiento a seguir en los eventos en que miembros del Ministerio Público, bien sea Procuraduría General de la Nación o sus Delegadas, Provinciales o Regionales o Personerías, avoquen o ejerzan el poder preferente de hechos presuntamente constitutivos de falta disciplinaria o procesos que se encuentren en curso en contra de personal militar uniformado, y sean negligentes en el trámite de la actuación, y posteriormente devuelvan las diligencias a la institución para que se continúe con el trámite procesal o se tomen las decisiones a que haya lugar. Es pertinente señalar, que la anterior situación se presenta incluso cuando ya se encuentran vencidos los términos instructivos o probatorios, o falta poco tiempo para la prescripción de la acción'.*

Respuesta:

Una de las reglas contenidas en la Resolución interna de la Procuraduría, por medio de la cual se reguló el trámite para el ejercicio del poder preferente (Resolución 346 del 3 de octubre de 2002), dispone que '*Cuando se aprehenda el conocimiento de un proceso por virtud del procedimiento descrito en el artículo tercero de esta resolución la Procuraduría General de la Nación llevará hasta su culminación el trámite procesal de primera y segunda instancia*' (literal c. del artículo quinto).

Así las cosas, si lo que la norma en mención pretende evitar es el ir y venir de un proceso disciplinario, con las consecuencias de impunidad que ello pudiera generar, es evidente que el funcionario de la Procuraduría que así hubiere procedido, está incumpliendo un deber funcional, lo que constituye falta disciplinaria al tenor de lo dispuesto en el artículo 23 del Código Disciplinario Único. En consecuencia, en cumplimiento del deber contenido en el numeral 24 del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, el funcionario que tuviere conocimiento de dicha irregularidad, deberá denunciarla ante la Veeduría de la Procuraduría o ante el Despacho del señor Procurador.

De igual forma deberá procederse cuando se tenga noticia de la mora en el trámite de la actuación procesal asumida en virtud de la competencia preferente que le asiste a la Procuraduría.

(...)".

12. Maneras de iniciarse, improcedencia y responsabilidad patrimonial con relación a la acción disciplinaria

La *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* en su artículo 86 (artículo 69 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002)* dispone que "la acción disciplinaria se iniciará y adelantará de oficio, o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad, o por queja formulada por cualquier persona, y no procederá por anónimos, salvo en los eventos en que cumpla con los requisitos mínimos consagrados en los artículos 38 de la Ley 190 de 1995[235] y 27 de la Ley 24 de 1992[236-237]" y que, conforme al artículo 210 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (modificado por el artículo 35 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021) "las quejas falsas o temerarias, una vez ejecutoriada la decisión que así lo reconoce, originarán responsabilidad patrimonial[238] en contra del denunciante o quejoso exigible ante las autoridades judiciales competentes".

Normas similares contiene la Ley 906 del 31 de agosto de 2004 (Código de Procedimiento Penal), al señalar en sus artículos 66, 67 y 69 (incisos 2 y 4) que la acción penal se iniciará de "oficio", "por medio de denuncia", "querella o cualquier otro medio"; que "el servidor público que conozca de la comisión de un delito que daba investigare de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente"; que "quien la reciba advertirá al denunciante que la falsa denuncia implica responsabilidad penal"; que "en todo caso se inadmitirán las denuncias sin fundamento" y que "los escritos anónimos que no suministren evidencias o datos concretos que permitan encauzar la investigación se archivarán".

---

235 Del 6 de junio.

236 Del 15 de diciembre.

237 Nota: Los artículos en su orden, expresan:

"*Artículo 38. Ley 190 del 6 de junio 1995.* Lo dispuesto en el artículo 27 numeral 1º de la Ley 24 de 1992 se aplicará en materia penal y disciplinaria, a menos que existan medios probatorios suficientes sobre la comisión de un delito o infracción disciplinaria que permitan adelantar la actuación de oficio".

"Artículo 27. Ley 24 del 15 de diciembre de 1992. Para la recepción y trámite de quejas esta Dirección se ceñirá a las siguientes reglas:

1. Inadmitirá quejas que sean anónimas o aquellas que carezcan de fundamento. Esta prohibición será obligatoria para todo el Ministerio Público.

2. Las quejas que involucren a algún servidor del Estado serán remitidas a la entidad respectiva para que en un plazo no mayor a cinco días informe por escrito al solicitante, con copia a la Defensoría remitente, el trámite y la gestión cumplida.

3. La negativa o negligencia a responder constituye falta grave, sancionada con destitución del cargo y será tomada como entorpecimiento de las labores del Defensor. En estos casos el Defensor podrá incluir el nombre del funcionario renuente en el informe al Congreso o divulgar a la opinión pública, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que haya lugar.

4. Cuando las circunstancias lo aconsejen se podrá mantener bajo reserva la identidad del quejoso, salvo las excepciones legales".

238 Que conforme al inciso 2º del mismo artículo 210 y Una vez advertida la temeridad de la queja en cualquier etapa del proceso, la autoridad disciplinaria podrá imponer una multa hasta de 180 salarios diarios mínimos legales vigentes. En tales casos, se citará al quejoso por parte de la autoridad disciplinaria para escuchar sus explicaciones, aporte pruebas y ejerza su derecho de contradicción. De no concurrir, se le designará un defensor de oficio que puede ser un defensor público o un estudiante de consultorio jurídico de Instituciones de Educación Superior legalmente reconocidas, con quien se surtirá la actuación. Escuchado el quejoso o su defensor, el funcionario resolverá en el término de cinco (5) días. Contra la decisión procede el recurso de reposición.

De lo transcrito en precedencia, se puede establecer que existe una clara identidad entre las formas de incoar la acción disciplinaria y la acción penal[239]. Esa identidad se resume, así:

- Identidad oficiosa;
- Identidad en cuanto a la información proveniente de servidor público;
- Identidad en cuanto a la procedencia por cualquier otro medio;
- Identidad por queja o denuncia formulada por cualquier persona;
- Identidad en que no procederán las denuncias anónimas o sin fundamento e,
- Identidad por responsabilidad de las denuncias falsas.

En este tema es muy valioso por lo didáctico, lo expuesto por Fernando Cruz Pariño, uno de mis mejores discentes en el estudio del derecho, quien en su obra "Derecho Disciplinario Práctico"[240], expuso:

> "La acción disciplinaria, es decir, la investigación contra un servidor público, tiene origen en los siguientes eventos:
>
> a. **Por queja**: Cuando una persona se ve afectada con el comportamiento del empleado estatal y formula la correspondiente querella, bien sea ante la oficina de quejas dispuesta para tal efecto en cada entidad, o mediante los diferentes medios de comunicación.
>
> Es posible también que la queja sea instaurada por otro servidor público de la misma entidad que se ve afectado con el comportamiento del funcionario cuestionado; en este caso, a pesar de tratarse de dos servidores públicos, se tiene por quejoso a quien formula la querella porque se ha visto afectado por el comportamiento del querellado.
>
> La importancia de determinar quién es el quejoso está en que, conforme a lo previsto en los artículos 101, 109 y 115 de la Ley 734 de 2002, de la decisión final que se adopte dentro del proceso – cuando sea de archivo o fallo absolutorio – habrá de notificarse al quejoso, en tanto que si la persona que informa sobre la irregularidad es un servidor público que no se ve afectado a nivel personal con este comportamiento, a él no se le enviará ninguna comunicació, ni se le notificará sobre la decisión que se adopte, simplemente porque al comunicar la novedad cumplió con uno de los deberes que a él atañen como es el poner en conocimiento de las autoridades las faltas o los delitos de los cuales tenga conocimiento.
>
> Conforme a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 90 la intervención del quejoso se limita únicamente a aportar pruebas, ampliar su queja bajo la gravedad del juramento, y a interponer y sustentar el recurso de apelación contra la decisión de archivo o el fallo absolutorio.

239 En circunstancias parecidas se expresaban los artículos 27 y 29 de la Ley 600 del 24 de julio de 2000 (Código de Procedimiento Penal anterior).

240 Editorial Universidad Cooperativa de Colombia, primera edición, Bogotá, mayo de 2007, págs., 20-24.

(...)

Respecto a las quejas más frecuentes contra servidores públicos tenemos aquellas relacionadas con el incumplimiento de obligaciones civiles (principalmente deudas) las cuales, en principio permitirían inicir acción disciplinaria contra el incumplido, según las voces del artículo 35, numeral 11 del CDU que consagra como prohibición el "incumplir de manera reiterada e injustificada obligaciones civiles, laborales y de familia impuestas en decisiones judiciales o admitidas en diligencia de conciliación", sin embargo, en la actualidad resulta difícil adelantar un proceso disciplinario por este tipo de situaciones en la medida en que la norma es clara en determinar que se requiere que el incumplimiento sea "reiterado e injustificado", lo que implica que no puede iniciarse acción disciplinaria si no se ha incumplido al menos en dos oportunidades la obligación, y además se requiere que el incumplimiento haya sido voluntario; es decir, que no se hayan presentado situaciones de fuerza mayor que condujeran a que el deudor no hubiera pagado a tiempo.

Al respecto, la Honorable Corte Constitucional expresó:

... el Congreso de la República al expedir la Ley 734 de 2002 que derogó la Ley 200 de 1995, contempló la misma disposición pero incorporando a condición establecida por el Tribunal Constitucional, es decir, elevó a rango legal la condición impuesta en la Sentencia C-728 de 2000, en el sentido de que la investigación disciplinaria que se adelante contra un servidor público por incurrir en incumplimiento reiterado e injustificado de sus obligaciones civiles, laborales, comerciales o de familia, *solamente se podrá iniciar con base en sentencias proferidas por las respectivas jurisdicciones* "en las que se declare que el funcionario no ha dado cumplimiento oportuno a sus obligaciones legales" (énfasis agregado)[241].

Así las cosas, el operador disciplinario, antes de iniciar una investigación disciplinaria por el presunto incumplimiento de obligaciones civiles, laborales o de familia, deberá verificar que existan al menos dos decisiones de la jurisdicción correspondiente en donde se declare que el servidor público no ha dado cumplimiento a sus obligaciones, pues de lo contrario, lo que se presentará será un desgaste innecesario para la administración al adelantar un proceso que deberá archivarse por inexistencia de la conducta.

Como podemos ver, la simple queja no amerita, *ipso ipso*, la iniciación de la actuación disciplinaria, es necesario que el funcionario encargado de evaluar la noticia efectúe la valoración y verificación de las pruebas aportadas para establecer si existe mérito o no para iniciar la acción, de ahí la importancia de la dependencia encargada de la recepción de quejas en cada una de las nstituciones del Estado.

b. **Por informe de autoridad competente o servidor público**: Este informe, que no es otra cosa que un resumen de los hechos que a juicio de un empleado estatal puede constituir falta disciplinaria, puede ser emitido por

241 Corte Constitucional, Sentencia C-949 del 6 de noviembre de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

el superior funcional del inculpado, o por el mismo servidor público involucrado en el hecho, o por la Policía Nacional.

Los casos más frecuentes de informes se presentan cuando el servidor público cuestionado tiene a cargo elementos de propiedad oficial y los pierde, extravía, daña o hace uso indebido de ellos, o cuando porta armas sin el permiso correspondiente o las usa de manera irregular[242], o cuando el subalterno presta sus servicios de manera deficiente, negligente o simplemente no asiste a laborar o lo hace de manera impuntual.

Un ejemplo clásico es el informe policivo que llega a las oficinas de control disciplinario luego de un fin de semana o un día festivo, porque el servidor estatal de cualquier entidad, bajo los efectos de bebidas alcohólicas, utilizó de manera indebida el vehículo o el arma de dotación oficial o, amparado en su investidura incurrió en comportamientos constitutivos de abuso[243] o pretendió incumplir normas de obligatorio cumplimiento.

Al igual que en el caso anterior, el funcionario encargado en cada entidad del Estado de evaluar la noticia disciplinaria debe hacer un análisis objetivo del informe y determinar si hay lugar a iniciar la acción, pues ocurren casos en que la conducta o el hecho que se informa es de tal levedad, o afecta tan poco la función pública que, en virtud del principio de proporcionalidad, no es necesario iniciar por esto una investigación, cuando la misma ley prevé otros mecanismos más prácticos y útiles para conjurar este tipo de situaciones.

Así por ejemplo, se reciben informes de los superiores indicando que un funcionario llegó retardado a su sitio de trabajo, hecho que perturba en grado menor el orden administrativo de la entidad o la dependencia a la cual pertenece el imputado, por lo que no hay razón para desgastarse con un procedimiento disciplinario cuando resulta de mayor utilidad que el jefe llame la atención a quien llegó retardado y, si es del caso, aplique un correctivo menor como puede ser el asignarle una tarea adicional o que preste un turno de disponibilidad o simplemente elaborar un memorando o dejar constancia de la situación en su folio de vida (no en su hoja de vida) y tener en cuenta esta novedad al momento de evaluar su desempeño.

c. **De oficio**: La palabra "de oficio" significa que la administración, o mejor el servidor público a quien la ley faculta para investigar un hecho, inicia la investigación correspondiente sin que para ello sea necesaria la existencia de una queja o denuncia, simplemente al enterarse de la existencia del hecho que interesa a la administración por ser constitutivo de falta disciplinaria, inicia la acción disciplinaria correspondiente, pues ese es "su oficio", y por eso en los escritos o autos de apertura de una investigación se consigna que la investigación se inició de oficio, es decir, que la acción no tuvo origen en un tercero, sino que fue la propia administración que, en ejercicio de sus

242 El autor cita estos ejemplos por haber pertenecido en la época a la Oficina de Control Disciplinario Interno del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S.

243 Recordamos que el autor cita estos ejemplos por haber pertenecido en la época en que escribió esta obra a la Oficina de Control Disciplinario Interno del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – D.A.S.

facultades legales, dio trámite al proceso mediante el auto de apertura de la indagación prliminar o la investigación correspondiente.

Un ejemplo nos sirve para entender mejor la expresión: supongamos que un conductor sale de su sede de trabajo y se estrella en el vehículo oficial, en este caso el sólo accidente es suficiente para que la administración, a través de la Oficina de Control dIsciplinario Interno, inicie la indagación correspondiente a fin de determinar las circunstancias que rodearon el hecho y así establecer si el comportamiento del conductor es o no constitutivo de falta disciplinaria o, lo que es lo mismo, si su comportamiento obedeció a causas ajenas a su voluntad, con base en las cuales pueda eximirse de reproche disciplinario.

También podemos citar como ejemplo los casos de flagrancia, es decir, aquellas situaciones en que el servidor público es sorprendido al momento de cometer la irregularidad; un ejemplo clásico es el servidor público encargado de prestar un turno de vigilancia que se queda dormido en su lugar de facción o sitio de trabajo, y es sorprendido por el supervisor, lo cual es sufiente para iniciar la acción disciplinaria en su contra, de manera "oficiosa", pues en este caso se afectó directamente la administración o la función pública porque el funcionario sorprendido durmiendo no estaba cumpliendo su servicio de manera diligente y eficiente.

d. **Por noticia:** En este caso es un medio de comunicación el que informa lo acontecido en relación con un servidor público como, por ejemplo, cuando ocurre un accidente aéreo o de tránsito en lugares apartados, o se tiene conocimiento a través de los noticieros de presuntas irregularidades en que pudieron incurrir miembros de la fuerza pública o de organismos de seguridad o, en general, de entidades del Estado por posibles actos de corrupción que no se conocían por parte de la Oficina de Control Disciplinario.

Lo importante en todos estos casos es que el servidor público encargado de recibir las quejas, las noticias o los informes analice minuciosamente los documentos o las informaciones puestas en su conocimiento y no se precipite iniciando de una vez la acción disciplinaria, cuando el caso podría solucionarse con un simple llamado de atención al inculpado, o solicitando información complementaria que permita establecer que el hecho no existió, o que a pesar de haber existido no fue cometido por un servidor público, lo que permite por simple inspección el archivo de las diligencias y, ante todo, evitar la pérdida de credibilidad de las instituciones públicas o el escarnio de un empleado estatal de manera injusta".

13. Obligatoriedad

Dispone el artículo 87 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (artículo 70 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), la obligación para el servidor público competente "que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria", para que en ejercicio de su potestad, incie "inmediatamente" la acción disciplinaria. Así mismo expresa la disposición referida que en caso de que no tuviere competencia "pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad competente, adjuntando las pruebas que tuviere". Finalmente destaca la norma comentada que "si los hechos materia de

investigación pudieren constituir delitos investigables de oficio, deberán ser puestos en conocimiento de la autoridad competente, enviándole las pruebas de la posible conducta delictiva[244]".

Del artículo en cita se desprenden tres grandes acontecimientos para el "servidor público que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de falta disciplinaria":

1. Si es competente, debe inciciar "inmediatamente" la acción disciplinaria.

2. Si no es competente, pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad que lo fuere, en compañía de las pruebas correspondientes.

3. Si fuere o no fuere competente y los "hechos materia de investigación pudieren constituir delitos investigables de oficio", los pondrá en conocimiento de la autoridad competente, así como las "pruebas de la posible conducta delictiva".

14. Independencia

El inciso 8º del artículo 2º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – modificado por el artículo 1º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021- (inciso 3º del artículo 2º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002), corrobora la independencia de la acción al señalar que: «La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta»[245]; de donde se precisa que una conducta realizada por algún destinatario del Código General Disciplinario puede ser a la vez objeto de un proceso disciplinario, penal, resarcitorio, o de otro de naturaleza punitiva o sancionatoria. Es decir, un servidor público puede ser destituido, objeto de la pérdida de su libertad, afectado con responsabilidad fiscal, y porqué no: declarada nula su elección, amén de otras decisiones en el mentado campo del derecho sancionatorio, sin que con ello se vea lesionado el principio contitucional del non bis in ídem, tal como lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz.

Es importante destacar que los diferentes procesos que puedan surgir por la conducta típica del destinatario de la Ley Disciplinaria, pueden iniciarse de manera simultánea por las correspondientes Autoridades Disciplinarias, quienes tienen la autonomía asignada por la Constitución y la Ley para tomar las decisiones que en derecho correspondan[246]. Cada proceso conservará la naturaleza que lo identifica, lo cual

244 Ver: Constitución Política: Art. 33; Ley 1952/19: Arts. 38 (25 y 26), 86, 88.

Igualmente deberá consultarse como doctrina de la Procuraduría General de la Nación, la Directiva: 6/97 y el Concepto de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios: PAD: C-380/07.

245 En Sentencia C-725 del 21 de junio de 2000, con ponencia de Alfredo Beltrán Sierra, expediente D-2658, allí se dijo:

"(…) 3.3.4. Como tal responsabilidad puede ser de índole civil, penal o disciplinaria, ha de recordarse ahora que las modalidades de la misma son de naturaleza jurídica diferente, son independientes la una de la otra y, en virtud de ello, un mismo hecho puede generar distintas consecuencias respecto de cada uno de los tipos de responsabilidad aquí mencionados (…)".

246 Sobre el tema ver Cobo Olivera, Tomás. El Procedimiento Administrativo Sancionador Tipo. Ed. Bosch. España 1999, págs. 43 a 46; Jalvo, Belén Marina. El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos – Fundamentos y Regulación Sustantiva. Ed. Lex Nova. 2ª ed. España julio de 2001, págs.., 185 a 187. Nieto, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Ed. Tecnos. 4 ed. (totalmente reformada). Madrid, 2006, págs. 469 a 471.

no es óbice para que los diferentes competentes se colaboren recíprocamente en el suministro de los elementos probatorios que conduzcan a hacer efectivo el debido proceso constitucional y los principios que inspiran cada uno de los regímenes sancionatorios o punitivos del Estado.

Sobre la independencia de la acción disciplinaria, las Altas Cortes y la Procuraduría General de la Nación, se han pronunciado, así:

La Corte Suprema de Justicia. Sala Plena en Sentencia del 7 de marzo de 1985, siendo ponente Manuel Gaona Cruz (Proceso 1259. Actor Hernando Duarte Polo), en varios de sus apartes, señaló:

> "El derecho disciplinario de la función pública es una especie del derecho punible y por lo tanto se halla sometido al respeto de las garantías procesales que para este exige la Constitución.
>
> "Procede la Corte a sistematizar en esta providencia los principios esenciales de su jurisprudencia en lo relativo al régimen disciplinario de la función pública:
>
> (...)
>
> 4º. Frente a nuestro régimen constitucional una misma persona puede ser coetáneamente sindicada, procesada y sancionada por haber incurrido tanto en la comisión de un delito, en su condición de agente del hecho punible, como de una falta disciplinaria, en su calidad de empleado oficial, con motivo de una misma actuación u omisión (Sentencia de junio 5 de 1975, G.J. CLII y CLIII, números 2393 y 2394, años 1975 y 1976, pp. 86–87).
>
> (...)
>
> 6º. Naturalmente, aunque el derecho disciplinario y el derecho penal apunten a veces a la misma conducta en forma simultánea, su propósito es específico es diverso y se encamina dentro de órbitas autónomas y propias, pues el fallador no es el mismo: **juez disciplinario administrativo** o de supervigilancia, en un caso, y juez penal, en el otro; el sujeto es considerado de manera distinta: como funcionario o empleado oficial, en un caso, y como posible agente del hecho delictivo, en el otro; la finalidad del averiguatorio es parcialmente disímil: la buena marcha y el buen nombre de la gestión pública, en un caso, y el **bien jurídico de tutela** contra el peligro o el daño social en el otro, salvo en algunos delitos llamados 'propios'; el rigor procesal es diferente: proceso disciplinario administrativo, en uno, y procedimiento penal judicial, en otro; y el tipo de sanción es también diferente: inhabilidad, desvinculación, suspensión, multa sobre el sueldo, amonestación, todo en razón de la función pública, en un caso, y pena privativa de la libertad o hasta penas accesorias, en el otro *(las negrillas fuera del texto)*.
>
> 7. Lo anterior deja entender entonces que siendo del mismo género punible el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario, no son de la misma especie, pero que, por lo mismo, por ser especies diferentes de un mismo género, tienen no solo rasgos propios que los caracterizan y diferencian, sino además, elementos comunes que los aproximan.

> Ciertamente, como ya lo ha sostenido la Corte en jurisprudencia anterior, **la Constitución no sigue ni impone escuela o doctrina alguna del derecho punible**. Pero lo que sí es claro es que **aquélla no admite teoría alguna que desconozca los principios y garantías enunciados atrás** (...)" *(las negrillas fuera del texto)*.

La misma Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 16 de octubre de 1992, con ponencia de Juan Manuel Torres Fresneda, sobre el tema, argumentó:

> *"Non bis in ídem. Nadie puede ser juzgado ni condenado dos veces por el mismo hecho".*
>
> "1. El primer planteamiento defensivo que para este momento procesal suscita el representante judicial del acusado se inclina a conseguir la invalidación de lo actuado, pues a su juicio, el hecho de haber estado sometido el doctor (...) a un proceso disciplinario generado en los mismos hechos que obligaron esta actuación penal, inhibe la posibilidad de un segundo juzgamiento, dado que de culminarlo se le estaría vulnerando su derecho constitucional a no ser juzgado ni condenado dos veces por el mismo hecho *(Non bis in ídem)*.
>
> La tesis, para la cual procura apoyo la defensa en los antecedentes del artículo 29 Constitucional tomados de los trabajos de los debates de la Asamblea Nacional Constituyente, fue debidamente analizada dentro de la ponencia original llevada a la Sala por el Honorable Magistrado Sustanciador doctor Saavedra Rojas, y como en su respuesta se coincidió por unanimidad, nada tiene que añadirse ahora como parecer complementario.
>
> Estas son, entonces, las razones en que la Corporación funda su afirmación de validez y legalidad de lo actuado, como la necesidad del fallo que motiva:
>
> 'Es evidente que el nuevo texto constitucional en la parte final del penúltimo inciso del art. 29 dispone el derecho ciudadano 'a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho'. Argumenta la defensa, se reitera, que al haber sido juzgado disciplinariamente el procesado no puede ser ahora objeto de juzgamiento penal.
>
> Ya la Sala antes y después de la vigencia de la nueva Constitución se había pronunciado al respecto y es así como con ponencia del Dr. Gómez Velásquez, dijo el 22 de mayo de 1990:
>
> 'Sabido es que la acción disciplinaria y penal no se excluyen y pueden adelantarse en forma autónoma. Esto lo dice la propia ley, y no significa que unos mismos hechos, pueden tener trascendencia penal y disciplinaria; tenerla sólo disciplinaria o únicamente penal. Así las cosas el juicio del valor que se emita para tener una conducta como atentatoria del régimen disciplinario, no es idéntico al que ha de vertirse cuando se trata de determinar si ese mismo comportamiento vulnera o no el estatuto penal. Aquí las opiniones se mueven sobre la materia diferente, que está reglada por parámetros diversos. Y mal puede entonces ser idénticos los fundamentos jurídicos de una y otra decisión.'

El 4 de marzo de 1991 con ponencia del Magistrado que ahora ejerce la misma función, la Sala dijo:

'Nadie discute que la acción disciplinaria y la penal se pueden ejercer paralelamente, pues así lo dispone la propia ley y es por ello que con mucha frecuencia un mismo hecho es origen tanto de un proceso penal como de un disciplinario; pero la aceptación de tales premisas no pueden llevarnos a aprobar que los juicios valorativos que haga el juzgado (sic) respecto de uno de ellos, sean diversos de los que deba realizar sobre los mismos hechos en el otro, porque a pesar de que la naturaleza de las infracciones y de cada uno de los procesos es diferente, los hechos originarios de las distintas acciones, son los mismos, y a pesar de lo afirmado con anterioridad, la verdad es que con menos exigencias que con la infracción penal, **la falta disciplinaria igualmente requiere de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad** y es prácticamente imposible que cuando se haya realizado la valoración penal de unos hechos para concluir en la existencia de un prevaricato por omisión, por ejemplo, posteriormente el mismo juzgado (sic) enfrentado a los mismos hechos pudiera hacer abstracción de tales elucubraciones y pudiera hacer una nueva valoración sin que tuviera hacer una nueva valoración sin que tuviera influencia sobre su intelección las que en sentido similar realizó con anterioridad. Habrá que reconocer que resulta difícil, por no decir imposible, que en el ejemplo colocado a manera de hipótesis, después de haber condenado por prevaricato por omisión, se pudiera absolver por mora en el proceso disciplinario.

Se acepta en principio la diferente naturaleza de las infracciones penales y disciplinarias, pero al mismo tiempo obliga reconocer su inmensa similitud, pues **ambas deben estar precedidas de requisitos de legalidad, y consecuencialmente del de tipicidad**; **en las dos igualmente debe estar demostrada la antijuridicidad**, esto es, **la vulneración del bien jurídico protegido que es la Administración Pública** afectada por la ineficiencia de la Administración de Justicia y, por último, **ambas deben ser conductas culpables**, como de manera reiterada lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia...' *(las negrillas fuera del texto).*

Podría pensarse como lo dice el recurrente que por haberse incluido expresamente el principio en la nueva Constitución y concretamente en el artículo 29 en el sentido que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, la situación ha cambiado y que por lo tanto en la actualidad es imposible el juzgamiento disciplinario penal paralelo, pero ello no es así, porque el principio tanto en la legislación anterior como en la actual se hace referencia es a la imposibilidad de doble juzgamiento penal por los mismos hechos y ello debe ser así, porque **los bienes protegidos penal y disciplinariamente son diferentes y buscan diversas finalidades** y es bien sabido que mientras el derecho penal tutela y garantiza derechos individuales, sociales y estatales de gran trascendencia, que son indispensables para la seguridad y como presupuestos necesarios de la armonía y desarrollo de las personas, de la sociedad y del *Estado*; el derecho disciplinario busca fundamentalmente como su nombre lo indica regular, disciplinar y velar por el correcto comportamiento de grupos humanos, sea que estén vinculados laboralmente a empresas estatales o privadas o que realicen actividades

profesionales reguladas por el *Estado*, para de esta manera garantizar un apropiado servicio público para prever el desarrollo adecuado de empresas particulares, o el ejercicio de una profesión liberal dentro de los marcos de la ética; y de este modo brindar un eficaz servicio a los que requieran de ellos. Se hace referencia a los múltiples estatutos disciplinarios que regulan las actividades de los diferentes entes estatales o privados (reglamentos de trabajo) o los que disciplinan determinadas profesiones (el estatuto ético de los abogados o médicos, por ejemplo). Pero es obvio que la existencia de tales estatutos disciplinarios y el sometimiento a ellos de sus destinatarios, no impide que la conducta simultáneamente vulnere, además de las previsiones disciplinarias, las penales. Sería inconcebible, que un abogado que en ejercicio de la profesión se apodere de dineros de su cliente, por el hecho de ser juzgado disciplinariamente, no pudiera serlo por un delito contra el patrimonio económico.

Considera entonces la Sala que por buscar diversas finalidades sociales y políticas, la introducción constitucional del principio *non bis in ídem* no ha modificado la situación que se presentaba con anterioridad y que sigue siendo posible el doble juzgamiento penal y disciplinario.

(…)

Y por si fuera poco la jurisprudencia citada por el constituyente Londoño Jiménez está enseñando precisamente lo contrario; es decir que sí es posible el juzgamiento paralelo de carácter penal y disciplinario y ello surge claro de la lectura de alguno de sus apartes como cuando se dice en la misma:

'Frente a nuestro régimen constitucional una misma persona puede ser coetáneamente sindicada, procesada y sancionada por haber incurrido tanto en la comisión de un delito en su condición de agente del hecho punible, como de una falta disciplinaria, en su calidad de empleado oficial, con motivo de una misma actuación y omisión'. (Sentencia del 5 de junio de 1975, G.J. CLII y CLIII Nros. 2393 y 2394 años 1975 y 1976, págs. 86 – 87).

(…)

En las condiciones anteriores no se viola el principio del *non bis in ídem* cuando un ciudadano es procesado y sancionado en razón de la misma conducta, desde la perspectiva disciplinaria y penal, porque a pesar de ser emanaciones de la misma función punitiva, **buscan la protección de bienes y derecho sustancialmente diversos**, de un lado **la buena marcha de la Administración Pública** concebida ésta como un servicio que presta el *Estado* a los ciudadanos para garantizar su bienestar y el desarrollo adecuado del hombre como tal, en una sociedad regulada y controlada, y de otro, la protección de un bien jurídico que por su trascendencia ha sido considerado como merecedor de protección penal, que al ser puesto en peligro o conculcado por la acción u omisión del sujeto agente, lo hace acreedor a las sanciones especialmente previstas.

En el primer caso, el ciudadano es sancionado en la calidad de funcionario que incumplió por acción u omisión deberes especialmente señalados en razón del cargo desempeñado y que tienen como **finalidades primordiales**

> **la eficacia, y la correcta administración pública**; y en el otro caso el ciudadano es castigado porque vulneró normas mínimas de convivencia social, que amenazan la estabilidad y seguridad del individuo, de la sociedad, del Estado. (Hasta aquí la trascripción de la ponencia del Dr. Saavedra). (...)" *(las negrillas fuera del texto)*.

La Corte Constitucional, por su parte y mediante Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996, siendo ponente Carlos Gaviria Díaz, precisó:

> "(...) Dice la demandante que el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 200 de 1995 al establecer que "la acción disciplinaria es independiente de la acción penal", viola el artículo 29 de la Constitución, que prohíbe juzgar a una misma persona dos veces por un mismo hecho. No comparte la Corte el criterio de la actora por las siguientes razones:
>
> (...)
>
> Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, **los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege**. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a **proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública**; en el **proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales** más amplios *(las negrillas fuera del texto)*.
>
> Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de 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 extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales.
>
> La acción penal, en cambio, cubre tanto la conducta de los particulares como la de los funcionarios públicos, y su objetivo es la protección del orden jurídico social. Cabe agregar que ya no es posible diferenciar la acción penal de la acción disciplinaria por la existencia en la primera de los conceptos de dolo o culpa, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 200

de 1995, parcialmente acusada, "en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".

Esta Corporación se ha referido al tema objeto de debate en varias oportunidades, tanto en procesos de constitucionalidad como de tutela; valga citar, entre otras, la Sentencia C-427/94[247], en cuyas consideraciones se hizo referencia a la diferenciación existente entre la acción disciplinaria y la acción penal. Dijo la Corte:

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

(...)

Y en Sentencia anterior (T-413/92[248]), expresó la Corte que el adelantamiento de las dos acciones precitadas no configura violación al principio *non bis in ídem*.

"Esta Sala considera que en el presente caso no se da una violación al precepto citado–artículo 29 C.N. principio *non bis in ídem* -, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. **El juez disciplinario** evalúa el comportamiento del acusado, con relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el **juez penal** hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello, es posible, como sucedió en este caso, que el juez penal haya absuelto y, por su parte, el **juez disciplinario** haya condenado. No hay, por tanto, violación de la norma superior invocada en este punto por el peticionario, como tampoco de otros derechos fundamentales".

En este orden de ideas, siendo la acción disciplinaria distinta de la acción penal, cada una puede adelantarse en forma independiente, sin que de su coexistencia se pueda deducir infracción al principio *non bis in ídem*, pues en este caso no existen dos juicios idénticos. En consecuencia, no encuentra la Corte que el inciso segundo del artículo 2º de la Ley 200 de 1995, materia de acusación, vulnere precepto constitucional alguno, motivo por el cual será declarado exequible (...)".

247 Del 29 de septiembre.

248 Del 5 de junio.

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-725 del 21 de junio de 2000, con ponencia de Alfredo Beltrán Sierra, dijo:

> "(...) 3.3.4. Como tal responsabilidad puede ser de índole civil, penal o disciplinaria, ha de recordarse ahora que las modalidades de la misma son de naturaleza jurídica diferente, son independientes la una de la otra y, en virtud de ello, un mismo hecho puede generar distintas consecuencias respecto de cada uno de los tipos de responsabilidad aquí mencionados (...)".

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-391 del 22 de mayo de 2002, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, manifestó:

> "(...) La acción disciplinaria, en cambio, es una acción pública que se orienta a garantizar la efectividad de los fines y principios previstos en la Constitución y en la ley para el ejercicio de la función pública; cuya titularidad radica en el Estado; que se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, las personerías, las oficinas de control disciplinario interno, los funcionarios con potestad disciplinaria y la jurisdicción disciplinaria; que es independiente de las acciones que puedan surgir de la comisión de la falta y que permite la imposición de sanciones a quienes sean encontrados responsables de ellas (...)"[249].

La Corte Constitucional, mediante Sentencia T-1093 del 4 de noviembre de 2004, con ponencia de Manuel José Cepeda Espinosa, expresó:

> "(...) Al respecto, basta citar los múltiples pronunciamientos de esta Corporación en los cuales se ha enfatizado que los distintos tipos de responsabilidad a los que están sujetos los servidores del Estado –penal, disciplinaria, fiscal, patrimonial- son independientes, y que una misma conducta puede dar lugar, en forma simultánea, a una declaratoria de responsabilidad en uno de estos ámbitos y a una exoneración en otro, o a la declaración conjunta de varios tipos de responsabilidad, sin que por ello se entienda violada la garantía constitucional del debido proceso –particularmente el principio de non bis in ídem-, puesto que las finalidades que persiguen los regímenes correspondientes son distintas entre sí, y los bienes jurídicos tutelados son diferentes en cada régimen. (...)".

La Corte Constitucional, mediante Sentencia C-504 del 4 de julio de 2007, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, dijo:

> "(...) el objeto de la acción disciplinaria no es la legalidad del acto administrativo sino el examinar si la conducta del agente estatal al declarar la caducidad o terminación del contrato estatal 'sin que se presenten las causales previstas en la ley para ello', lo fue en la modalidad dolosa o culposa, siendo así un ámbito diferente al de la acción contractual, por lo que no se vulnera el principio del juez natural (...)". "(...) la acción disciplinaria y la acción contractual difieren sustancialmente atendiendo la naturaleza de cada asunto, los bienes jurídicos que se protegen y la autoridad competente para su resolución. Al tratarse de dos regímenes jurídicos independientes, sin que el fallo que corresponda dictar en uno de ellos influya necesariamente en el

249 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Ob. cit., pág. 9.

> otro, ni la decisión que deba adoptarse en uno de dichos asuntos dependa de lo decidido en el otro, carece de todo fundamento jurídico la aplicación de la prejudicialidad (...)".

La Corte Constitucional, mediante Sentencia T-161 del 16 de marzo de 2009, con ponencia de Mauricio González Cuervo, expresó:

> "(...) Si bien, entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que ambos emanan de la potestad sancionadora del Estado, se originan en la violación de normas que establecen conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado e imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que tal identificación no es plena: la acción disciplinaria se produce dentro de 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 extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. (...) Así, la diferencia en cuanto a la naturaleza, principios, características y finalidad de los procesos penal y disciplinario, puede llevar a que por un mismo hecho: i) se condene penalmente y se sancione disciplinariamente a la misma persona, ii) se le condene penalmente y se le absuelva disciplinariamente, iii) se le absuelva penalmente y se le sancione disciplinariamente, o iv) se le absuelva penal y disciplinariamente. En todas las hipótesis descritas, se puede haber tramitado tanto el proceso penal como el disciplinario, sin que haya mérito para considerar que por tal razón se ha violado el principio non bis in ídem, pues, como se ha explicado, se trata de juicios que atienden a razones y fines diferentes, los cuales pueden dar lugar a decisiones similares o divergentes.

El Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil en Concepto del 16 de octubre de 1997. (Radicación 1028), con ponencia del Consejero César Hoyos Salazar, dijo:

> "(...) Si la conducta está tipificada simultáneamente como falta disciplinaria y como infracción sancionable de conformidad con otro ordenamiento jurídico, será posible adelantar las dos investigaciones e imponer las dos sanciones (...)".

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B" en fallo 0639-10 del 4 de noviembre de 2010, con ponencia del Consejero Víctor Hernando Alvarado Ardila, expresó:

> "(...) lo que atañe a la independencia de las acciones disciplinaria y penal". (...) "el bien jurídico protegido por la acción disciplinaria es distinto del que es propio del proceso penal. En efecto, aunque la investidura oficial es relevante, los tipos penal y disciplinario son distintos en su estructura básica, y por lo mismo la absolución penal no implica necesariamente la exoneración en el proceso correccional. El bien jurídico protegido por la norma penal es más amplio y genérico, pues se hallan involucrados los valores e intereses de toda la sociedad". (...) "el interés protegido por la acción disciplinaria es institucional, es decir más reducido en su ámbito, pues en el caso de la

> Policía Nacional, priman las exigencias de transparencia, confiabilidades propias del manejo interno de la institución (…)". "(…) la prueba trasladada". "(…) lo fundamental en materia de prueba trasladada, es que ella haya sido autenticada en el despacho de origen, y de modo singular que se haya producido en el proceso de origen con audiencia de la parte contra quien se utiliza, exigencia que tiene como fundamento que se cumpla el principio de contradicción. De este modo, si el hoy demandante participó en el proceso penal, de tal modo que allí obtuvo la absolución, la prueba originada en ese proceso cumple con el requisito de contradicción previa que es esencial para que pueda valorarse en el proceso de destino. (…)".

Concepto N.º 837 del 26 de enero de 1996 del Viceprocurador General de la Nación[250], firmado por el doctor Luis Eduardo Montoya Medina, con relación a la demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 2º inciso 2º de la Ley 200 del 28 de julio de 1995 (Código Disciplinario Único).

> "(…) Una detenida lectura de los argumentos que soportan las impugnaciones dirigidas contra los artículos 2º (…) en lo acusado, evidencian un erróneo ejercicio interpretativo de la demandante sobre el procedimiento disciplinario, como si la existencia de elementos comunes entre éste y el procedimiento penal les diera tal entidad, que todas las regulaciones del segundo deberían ser aplicables al primero para asegurar el cumplimiento del debido proceso amparado por el artículo 29 superior que se alega infringido.
>
> La mencionada identidad que se pretende hallar entre uno y otro procedimiento, ha llevado a la Corte Constitucional a deslindarlos en no pocas ocasiones, sin dejar de reconocer que guardan elementos comunes en cuanto atañe a la definición y señalamiento de una conducta prohibida por la ley – tipicidad – o determinabilidad legislativa, en cuanto a la responsabilidad imputable y a la existencia en ambos de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y en la medición de las sanciones. Sin embargo, los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas y las sanciones, dados sus particulares contenidos los hacen diferentes, a no dudarlo.
>
> En efecto, no puede perderse de vista, como lo ha percibido el Alto Tribunal Constitucional, que mientras la prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, la falta disciplinaria sin desatender la defensa del orden social busca proteger el desempeño del servidor público 'con miras al cumplimiento de la función pública', a lo que agregamos más allá de su referente legal obligado, el escenario de la diligencia, eficiencia y moralidad que prevé la carta para el desempeño de tal función.
>
> Precisado brevemente lo anterior, debe señalarse, que la primera acusación de la demanda se enfila en contra del inciso 2º de la Ley 200 de 1995, al considerar la impugnante que con la postulación legal de la independencia entre la acción disciplinaria y la acción penal se abre la posibilidad de iniciar dos procesos con base en el acaecimiento de unos mismos hechos, en franco detrimento del principio constitucionalmente reconocido del *non bis in ídem*.

250 Por haberse admitido el impedimento del Procurador General de la Nación por parte de la Corte Constitucional para emitir concepto en demanda de constitucionalidad.

Para efectos del análisis en detalle de la cuestión anterior, es necesario reiterar el reconocimiento de la similitud entre la acción disciplinaria y la penal, toda vez que ellas comparten un fundamento común, cual es la potestad punitiva del Estado, de manera que ambas pertenecen a la categoría de derecho sancionatorio. En esa medida, tanto la actuación penal como la disciplinaria se originan en la ilegalidad de la conducta, apuntan a la determinación de la responsabilidad y a la imposición de una sanción, y se llevan a cabo en virtud de un procedimiento normativamente predeterminado.

Sin embargo, se advierte, tales semejanzas no conllevan a la identidad de las acciones. De hecho, la investigación disciplinaria se desenvuelve dentro del ámbito estricto de la función pública, en razón de la relación de lealtad entre el funcionario y la Administración, teniendo por finalidad el correcto desempeño de las actividades que constituyen la función y el servicio públicos. De allí que la averiguación tenga lugar a partir, *v. gr.*, de la omisión del cumplimiento de un deber o una obligación propios del cargo, del abuso de su derecho, o en la trasgresión del régimen de prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades de quienes sirven al Estado, y que por lo mismo, las sanciones consistan en la suspensión en el ejercicio de las funciones, en la terminación del contrato de trabajo con el Estado, en la destitución del servidor, en la desvinculación del cargo, la pérdida del empleo o en la petición de la pérdida de investidura; modalidades las cuales, como claramente se percibe, se encuentran estrechamente ligadas al desempeño de la función.

El interés que aquí se quiere proteger es pues, el cabal desarrollo del servicio público. Las autoridades que conocen de la causa suelen ser entonces, administrativas de modo lato en cuanto corresponde su ejercicio al ente y organismo de la Rama del Poder Público en tanto nominador, o de modo preferente al Organismo Constitucional de Control, Procuraduría General, que no integra la Rama Ejecutiva del Poder Público, pero actúa administrativamente y profiere decisiones jurisdiccionales disciplinarias, al igual que el procedimiento mediante el cual aquélla se adelanta, sin que ello obste para la existencia de actuaciones disciplinarias cumplidas por la Rama Jurisdiccional.

La acción penal, en cambio trasciende el campo administrativo y del órgano de control para regular la conducta del funcionario o del particular en relación con la sociedad, de manera que, aunque parcialmente proteja a la Administración Pública y a la Administración de Justicia en si mismas consideradas, busca también, garantizar la efectividad de los derechos de las personas y la integridad del orden jurídico en otro sentido. La competencia para ejercitar este procedimiento punitivo es una atribución de carácter jurisdiccional.

Son, en síntesis, dos acciones y dos procesos diferentes, cada uno de los cuales apunta al logro de finalidades claramente definidas, tales como la disciplina en el ejercicio de las actividades que corresponden a la función pública, o la vigencia del, orden social constituido, de conformidad con lo cual su objeto consistirá en el reproche de la conducta injurídica del funcionario, bien respecto de la actividad administrativa o de la sociedad como un todo organizado.

En consecuencia, al tratarse ambos procedimientos de entidades de diversa categoría, aunque pertenecientes a un mismo género – el derecho sancionatorio punitivo -, su coexistencia no implica la ejecución de dos juicios idénticos con base en unos mismos hechos, de modo que no resulta plausible predicar la vulneración de la garantía fundamental del *non bis in ídem* propia del Estado de derecho, ni aún en el caso poco frecuente de la similitud en la tipicidad o determinación preexistente de los hechos considerados como falta disciplinaria o como hecho punible.

Así, lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia de marzo 7 de 1985, al afirmar:

'El derecho punitivo es una disciplina de orden jurídico que absorbe o recubre, como género, cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y por lo tanto son comunes aplicables siempre a todas las modalidades del derecho punible (...) las garantías señaladas en la Constitución y en la legislación penal sustantiva y procesal que la desarrolle, las cuales en sustancia son las siguientes:

5. La garantía del *non bis in ídem* aunque no por la misma conducta sino en relación con esta (sic). Con prohibición de doble sanción para la misma especie punible, v. gr. dos veces por el mismo delito o por la misma falta disciplinaria.'

Y la Corte Constitucional, en Sentencia N.º C- 427 de 1994[251], dijo:

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

A lo cual adheriríamos agregando que la sanción disciplinaria no restringe la libertad personal aunque afecte con la temporalidad debida derechos fundamentales, como los previstos en el artículo 40 de la Carta de modo justificado por la naturaleza de los deberes inherentes al servidor público.

En conclusión, es dable reputar la independencia de las acciones penal y disciplinaria, en la medida de lo cual un hecho constitutivo de falta puede no coincidir con la descripción típica penal o viceversa de modo que tenga lugar una investigación con precedencia a la otra en el tiempo, e incluso puedan surtirse en forma concomitante, sin que por esa circunstancia se pueda hacer referencia a ello en términos de un doble juzgamiento. Desde esta perspectiva no está llamado a prosperar el cargo formulado contra el inciso 2º del artículo 2º".

Consulta Nº 060 de 2005 de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios Esiquio Manuel Sánchez Herrera.

251 Del 29 de septiembre.

> "(...) La independencia de la acción penal y disciplinaria es evidente, (...) y por tanto no es menester que exista un proceso penal o que éste se encuentre fallado para que pueda surtirse el disciplinario, o viceversa; obviamente ello no descarta de ninguna manera la obligación que corresponde a todos los servidores de dar noticia sobre los ilícitos o irregularidades cometidos y que conozca por razón de sus funciones y si en el curso de cualquiera de las investigaciones se considera que puede presentarse o la comisión de un delito o de una falta, en su oportunidad, cada juzgador deberá comunicar al otro para los fines respectivos". "(...) el juicio que debe hacer el juzgador disciplinario es totalmente ajena a la que debe realizar el penal, que como ya se indicó, por la naturaleza de las acciones, tienen objetivos y finalidades diferentes e imponen de las autoridades respectivas valoraciones jurídicas distintas para efectos de establecer si se configura la falta o el delito, según el caso. (...)".

Fallo dentro del proceso 095-1569 de 2003, emitido por la Procuraduría Delegada para la Economía y la Hacienda Pública el día 14 de enero de 2005.

> "(...) De acuerdo con lo establecido en el inciso final del artículo 2º. de la ley 734 de 2002, la acción disciplinaria es independiente de cualquier otra acción, en virtud a que persigue fines específicos y diferentes a los pretendidos en las acciones penales y fiscales. Por lo tanto, independientemente que la Fiscalía absuelva a un funcionario, quien vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o la Contraloría, entidades que manejen fondos o bienes de la nación, son distintas responsabilidades a la de carácter disciplinario ya que, se trata de tres formas distintas de responsabilidad, totalmente independientes aún cuando puedan coincidir sobre un mismo hecho, suponiendo cada una de ellas una sanción de orden distinto y debiendo ser comprobada y ejecutada cada una mediante un procedimiento autónomo y ante una autoridad diferente. La responsabilidad disciplinaria se deriva del desacato a la normatividad propia de la función pública, con procedimientos, sanciones y autoridades específicas y es independiente de la penal o fiscal que la misma falta pueda originar (...)".

15. Doctrina acerca de las diferencias y semejanzas entre la acción disciplinaria y la acción penal

> "Diferencias.
>
> Oficiosidad. La acción penal no siempre puede iniciarse de oficio, pues hay casos en que la ley expresamente señala que debe existir un querellante o denunciante, quien es el directamente agraviado y por lo tanto, además de querellante, puede actuar en el proceso como parte civil.
>
> La acción disciplinaria puede siempre iniciarse de oficio, cuando la misma Administración descubre que se han cometido hechos irregulares que deben investigarse; por otra parte, cuando hay denunciante, en la acción disciplinaria, éste puede ser cualquier persona, quien no hace parte del Proceso Disciplinario.

Indesistibilidad: La acción penal puede ser desistible cuando la ley así lo prevé, es decir, que el querellante o denunciante puede renunciar a ella.

La acción disciplinaria no es desistible y por lo tanto, una vez iniciada debe adelantarse hasta su terminación, salvo cuando la acción se extingue por los motivos ya señalados.

La acción penal puede traer como consecuencia la condena del inculpado, quien debe cumplir una pena que puede privarlo de la libertad; la acción disciplinaria puede terminar con sanción para el investigado, la cual puede consistir en la desvinculación temporal o definitiva del empleo o en multa.

En la acción penal, no siempre quien tenga conocimiento de la comisión de un delito puede dar aviso a la justicia, porque si se trata de delitos que exigen querella de parte, sólo el directamente agraviado puede denunciarlo; en la acción disciplinaria, cualquier persona que tenga conocimiento de la comisión de una falta disciplinaria tiene la obligación de dar el aviso correspondiente.

La acción penal la adelantan los jueces que pertenecen a la Rama Jurisdiccional del Poder Público; la disciplinaria es adelantada por servidores públicos (también jueces)[252] que son funcionarios de la Rama Ejecutiva del Poder Público.

Semejanzas.

Tanto la acción penal, como la disciplinaria son públicas.

Las dos acciones pueden concluir con sanciones que en la penal se llaman técnicamente penas y en las disciplinarias sanciones propiamente dichas.

Las dos acciones caducan, por cuanto transcurrido cierto tiempo, prescribe (se extingue mejor) para el Estado el derecho de iniciarlas o proseguirlas"[253].

252 Las Altas Cortes se refieren al término "Jueces Disciplinarios", el cual se prefiere al de "operadores disciplinarios", en las Sentencias C.S.J. Sala Plena del 7 de marzo de 1985. Magistrado ponente Manuel Gaona Cruz; C-244 del 30 de mayo de 1996. Demandante Marcela Adriana Rodríguez Gómez. Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1058 (citado en la Sentencia de tutela T-413 de 1992); C-429 del 2 de mayo de 2001. Demandante Jesús Emilio González Jaramillo. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. Expediente D-2941; T-412 del 22 de mayo de 2004. Demandante Sandra Mora Moncaleano. Magistrado sustanciador Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1266441; T-1093 del 4 de noviembre de 2004. Demandante Gerardo Ramón de los Ríos Chavarriaga y otros. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349; C-720 del 23 de agosto de 2006. Demandante Sandra Vargas Leaño. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5968 y C-987 del 29 de noviembre de 2006. Demandante Sandra Mónica Cardozo Rojas. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-6273; C-242 del 7 de abril de 2010. Demandante Diego Alberto Zuleta García. Magistrado ponente Mauricio González Cuervo. Expediente D-7852 y Conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios números C-041 del 18 de marzo de 2009 (María Leonor Rueda Rueda), C-115 (PAD-2449) del 25 de junio de 2009 (Juan Carlos Novoa Buendía).

253 Mejía Ossman, Jaime y otros. *Régimen Disciplinario del Ministerio de Hacienda y Crédito Público*. Ed. Minhacienda. Bogotá, 1990, págs. 27 y 28. Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único–Parte General* –. Ob. cit., pág. 35.

Las dos acciones comportan para el Estado social de derecho la obligación de respetar el artículo 29 de la Constitución Política, ya que de acuerdo con ese mandato Superior "el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas".

16. Acción disciplinaria y existencia de falta disciplinaria

Tal como lo prevé el artículo 26 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (artículo 23 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002) al señalar que "constituye falta disciplinaria (...) la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley", ese preciso estadio de adecuación de la conducta a la norma, determina la génesis de la *acción disciplinaria*, la cual necesariamente tendrá que concluir con *archivo, terminación del proceso disciplinario, fallo sancionatorio, fallo absolutorio, revocatoria directa disciplinaria o con extinción de la misma*. Por tal razón, el texto de la norma trascrita, impone para que nazca la *acción disciplinaria*, la existencia de una conducta o comportamiento que se encuentre *descrito, previsto o tipificado* en el catálogo de faltas del *Código General Disciplinario*, en la forma como lo precisan, además, sus artículos *4º y 47*.

17. Acción disciplinaria en la comisión de una o varias faltas conexas "cometidas por funcionarios de distintas entidades"

Precisa el artículo 96 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (artículo 79 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), que cuando en estos casos "hubieren participado servidores públicos pertenecientes a distintas entidades, el servidor público competente de la que primero haya tenido conocimiento del hecho, informará a las demás para que inicien la respectiva acción disciplinaria".

18. Acción disciplinaria y causales de impedimento y recusación en quienes la ejerzan

El artículo 104 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (artículo 84 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), contiene diez "causales de impedimento y recusación" para los servidores públicos "que ejerzan las acción disciplinaria". Estas causales se tipificaron de acuerdo a la naturaleza y exigencia del derecho disciplinario, ya que el primer Código Disciplinario o Ley 200 del 28 de julio de 1995, en su artículo 68, las remitía a las contempladas en los Códigos de Procedimiento Civil y Penal, lo cual recortaba la autonomía del derecho disciplinario.

Según el artículo 104 citado, "Son causales de impedimento y recusación, para los servidores públicos que ejerzan la acción disciplinaria", las siguientes:

> "1. Tener interés directo en la actuación disciplinaria, o tenerlo su cónyuge, compañero permanente, o alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

2. Haber proferido la decisión de cuya revisión se trata, o ser cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del inferior que dictó la providencia.

3. Ser cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, de cualquiera de los sujetos procesales.

4. Haber sido apoderado o defensor de alguno de los sujetos procesales o contraparte de cualquiera de ellos, o haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia de la actuación.

5. Tener amistad íntima o enemistad grave con cualquiera de los sujetos procesales.

6. Ser o haber sido socio de cualquiera de los sujetos procesales en sociedad colectiva, de responsabilidad limitada, en comandita simple, o de hecho, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

7. Ser o haber sido heredero, legatario o guardador de cualquiera de los sujetos procesales, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil.

8. Estar o haber estado vinculado legalmente a una investigación penal o disciplinaria en la que se le hubiere proferido resolución de acusación o formulado cargos, por denuncia o queja instaurada por cualquiera de los sujetos procesales.

9. Ser o haber sido acreedor o deudor de cualquiera de los sujetos procesales, salvo cuando se trate de sociedad anónima, o serlo o haberlo sido su cónyuge o compañero permanente, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil[254].

10. Haber dejado vencer, sin actuar, los términos que la ley señale, a menos que la demora sea debidamente justificada".

254 Lo subrayado en los diferentes numerales del artículo 104 del Código General Disciplinario, fue demandado por Rodrigo Uprimny Yepes, María Paula Saffón Sanín, Marcela Sánchez Buitrago, Mauricio Albarracín Caballero, Alejandro Azuero Quijano y Luz María Sánchez Duque y la Corte Constitucional lo declaró condicionalmente exequible, por los cargos analizados, mediante Sentencia C-029 del 28 de enero de 2009, con ponencia de Rodrigo Escobar Gil, "(...) en el entendido de que en igualdad de condiciones, ellas comprenden también a los integrantes de las parejas de un mismo sexo". Expediente D-7290. (Tomado de Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único*. Concordado – Sentencias de Constitucionalidad – Doctrina y Conceptos de la Procuraduría General de la Nación. Ob. cit.).

Capítulo VI

Teoría de la falta disciplinaria

1. La tipicidad en materia disciplinaria

> "(…) ahora bien, adviértase que la responsabilidad disciplinaria no solamente deriva de las categorías dogmáticas *tipicidad* (…) y *culpabilidad* (…), sino que es menester que el investigador valore el elemento *ilicitud sustancial* (…), toda vez que la antijuridicidad en materia disciplinaria no puede derivarse automáticamente de la tipicidad de la conducta (…)"[1].

Tipicidad. Particularidades

En el derecho disciplinario colombiano, este concepto que forma parte de la dogmática del derecho penal ha encontrado respaldo en cuanto a su innegable existencia en la jurisprudencia nacional, como se verá más adelante, y en el derecho positivo disciplinario, cuando en el artículo 43 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002, señalaba: "**criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta**" (…) "**9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave**"[2]. La tipicidad, por consiguiente, es una institución disciplinaria que deviene del principio de legalidad constitucional, el cual encuentra eco en el inciso 2º del artículo 29 de la Carta Política y en los artículos 4º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019- Código General Disciplinario- (artículo 4º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002- Código Disciplinario Único-); 3º de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 – Código Disciplinario del Abogado-; 5c de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 -Código de Ética y Disciplinario del Congresista-; 44 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017- Código Disciplinario Militar- (artículo 3º de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003 – Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares-) y 7º de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 – Estatuto Disciplinario Policial- (artículo 3º de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 –Régimen Disciplinario para la Policía Nacional-), al concretar el juzgamiento **"conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa"** o **"por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización"**, deducción que se hace también para "**las normas complementarias"**, tal como lo dispone el inciso 1º del actual Código General Disciplinario al indicar: **"La preexistencia también se predica de las normas complementarias"** y cuándo el inciso 2º idem, aplicable a los demás regímenes sancionatorios, determina que **"la labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad"**, lo cual confirma que la tipicidad forma parte del Derecho Disciplinario.

Es decir, que el principio de legalidad se encarga de advertir que las conductas disciplinarias, para reprocharlas, deben estar consagradas de manera anticipada o preexistente

1 Concepto de la Procuraduría General de la Nación, PAD-C-004-2011, del 10 de mayo de 2011. Juan Carlos Novoa Buendía. Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios.

2 Las negrillas y el subrayado fuera del texto.

en la ley. Y el concepto de tipicidad se dedica a describir, de manera inequívoca, expresa y clara, esa conducta en la ley preexistente, de tal manera que, al no adecuarse en esas precisas condiciones, el comportamiento no podría considerarse como típico y podría devenir en atípico desde las ópticas relativa y absoluta[3].

Con el principio de legalidad y su derivado de tipicidad, el Estado le indica a sus destinatarios de la ley disciplinaria, también de manera anticipada, qué ilícitos disciplinarios serán objeto de sanción; los describe como si se tratara de una oración gramatical[4], en la que aparece tácitamente el sujeto y el objeto, así como expresamente el verbo que determina la acción u omisión conductual; sus ingredientes normativos[5] y subjetivos[6], así, como en algunos casos, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, todo lo cual deberá incorporarse en el actuar de los servidores públicos o de los particulares que desempeñan funciones públicas en aras de concretar de manera inequívoca, expresa y clara la trasgresión a las normas disciplinarias. Aquí pues no caben caprichos subjetivos de quienes ostenten la potestad disciplinaria, ni de los superiores jerárquicos arbitrarios, ni mucho menos de quienes fungen como comandantes de sus subalternos. El principio de legalidad y el concepto de tipicidad ponen frenos y contenciones al poder disciplinario del Estado, evitando que quienes detectan la potestad disciplinaria inventen conductas disciplinarias; o atribuyan sanciones a sus destinatarios, sin que las mismas se encuentren establecidas con anterioridad en la Constitución y en la ley. Es decir, son reglas que brindan seguridad jurídica a sus destinatarios, ya que evitan los juicios de valor de la autoridad disciplinaria y los acerca a la búsqueda de la verdad material y a la toma de decisiones justas.

Corolario de lo anotado en precedencia es que no resulta viable investigar y sancionar disciplinariamente una conducta típica, si la misma no se encuentra "descrita" en una ley preexistente y si además no coinciden todos los elementos estructurales contenidos en la disposición con relación al comportamiento, así se tenga que remitir a otras normas complementarias para establecer exactamente en qué consiste la conducta. Es decir, no puede establecerse ninguna clase de responsabilidad disciplinaria, si el comportamiento, objeto de investigación, no ha sido previamente tipificado, previsto o descrito como falta. De esta manera se colige que el concepto de tipicidad es presupuesto del principio de legalidad y por tal razón, para la concreción de la conducta en la norma, la autoridad disciplinaria tendrá que recurrir a la aplicación del artículo 10 del Código Penal (Ley 599 del 24 de julio de 2000), por remisión de los artículos 22 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (artículo 21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de

3 Atipicidad relativa: cuando el comportamiento no encaja en la descripción de la falta que se endilga, pero puede resultar en otra.

Atipicidad absoluta: Cuando el comportamiento no encaja en ninguna de las descripciones de faltas disciplinarias.

4 Término que gratamente recuerdo que empleaba mi Maestro el doctor Alfonso Reyes Echandía (Q.E.P.D.), en sus clases de Derecho Penal.

5 Expresiones que el legislador introduce en las normas conductuales disciplinarias y a las que hay que darles un significado para realizar el proceso de adecuación de la conducta en la disposición. Estos ingredientes normativos pueden encontrar su significado en la misma codificación disciplinaria o en otras.

6 Cuando la descripción objetiva del actuar del destinatario de la ley disciplinaria no basta para el proceso de adecuación dentro del tipo disciplinario y por ello es necesario conducir el comportamiento a un determinado propósito. Es la razón por la cual encontramos dentro de los diferentes tipos disciplinarios expresiones tales como: "con el ánimo"; "con la intención"; "con el propósito"; "con el fin"; "para", etc.

febrero de 2002); 16 de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 –; 5m de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017; 64 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (artículo 13 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2007[7] y 27 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 – Estatuto Disciplinario Policial- (artículo 20 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006)[8].

En efecto, el artículo 10 de la Ley 599 del 24 de julio de 2000 señala:

> "Tipicidad. La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal[9].
>
> En los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la ley".

Para corroborar el planteamiento anterior y una vez advertido que el concepto de "tipicidad" guarda estrecha relación con las normas que contienen el principio de legalidad disciplinaria y la definición de falta, tal como lo expresan los artículos 4 y 26 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (4º y 23 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002); 3º y 17 de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007; 5c y 10 de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017; 44 y 68 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (3º y 56 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003) y 7 y 48 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (3º y 37 de la derogada Ley 1015 de febrero 7 de 2006), es interesante transcribir sus textos legales para que no quede duda alguna acerca de la veracidad de la hipótesis formulada, así:

> *Ley 1952/2019. "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" *(las negrillas fuera del texto).*
>
> *Ley 1952/2019. "Artículo 26. La falta disciplinaria.* Constituye falta disciplinaria y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria correspondiente **la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código** que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley" *(las negrillas fuera del texto).*
>
> ––––––
>
> *Ley 734/2002. "Artículo 4°. Legalidad.* El servidor público y el particular en los **casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados**

7 Remite al artículo 21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 en donde se encuentra el Código Penal y obviamente por tratarse el Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, un régimen especial, se debe consultar la Ley 1407 del 17 de agosto de 2010 o Código Penal Militar, cuyo artículo 16 define la tipicidad en los mismos términos del artículo 10 de la Ley 599 del 24 de julio de 2000.

8 En donde además de la remisión a la Ley 599 del 24 de julio de 2000 o Código Penal, permite hacerlo al Código Penal Militar o Ley 1407 del 17 de agosto de 2010.

9 Para la materia objeto de estudio léase del "tipo disciplinario".

disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización" *(las negrillas fuera del texto).*

Ley 734/2002." Artículo 23. La falta disciplinaria. **Constituye falta disciplinaria**, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, **la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código** que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento" *(las negrillas fuera del texto).*

_____

Ley 1123/2007. "Artículo 3°. Legalidad. El abogado **sólo será investigado y sancionado disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización** y conforme a las reglas fijadas en este código o las normas que lo modifiquen" *(las negrillas fuera del texto).*

Ley 1123/2007. "Artículo 17. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria y da lugar a imposición de sanción **la comisión de cualquiera de las conductas previstas como tales en el presente código**" *(las negrillas fuera del texto).*

_____

Ley 1828/2017. "Artículo 5º. Las normas contempladas en este Código se aplicarán con arreglo a los siguientes principios:

(...)

c) *Legalidad.* El Congresista **solo será investigado y sancionado, por comportamientos que estén descritos como falta en el Código de Ética y Disciplinario del Congresista vigente** al momento de su realización *(las negrillas fuera del texto).*

(...)"

Ley 1828/2017. "Artículo 10. Faltas. **Las faltas ético disciplinarias** se realizan por acción, omisión, **por cualquier conducta o comportamiento ejecutado por el Congresista**, que conlleve el incumplimiento de los deberes, conductas sancionables previstas en el artículo 9º, violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y del conflicto de intereses, y por tanto darán lugar a la acción ética y disciplinaria e imposición de la sanción prevista en esta ley, sin detrimento de la competencia atribuida a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, en materia penal o contenciosa administrativa o a la Procuraduría General de la Nación" *(las negrillas fuera del texto).*

_____

Ley 1862/2017. "Artículo 44. Legalidad. Los destinatarios de este código **sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la Iey vigente al momento de su realización** y conforme a los principios rectores, normas prevalentes y procedimientos establecidos en esta codificación" *(las negrillas fuera del texto).*

Ley 1862/2017. "Artículo 68. Acción u omisión. Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de funciones, o por incumplimiento o inobservancia de la disciplina".

_____

Ley 836/2003. "Artículo 3°. Legalidad. Los destinatarios de este reglamento **sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente** al momento de su realización" *(las negrillas fuera del texto).*

Ley 836/2003. "Artículo 56. Noción. **Constituye falta disciplinaria**, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, **la realización de cualquiera de las conductas o comportamientos previstos como tal en el presente reglamento**, que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y atribuciones, trasgresión de prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el presente ordenamiento.

Para efectos del presente reglamento, también se deberá tener presente lo dispuesto en los artículos 34 numeral 1 y 35 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, referentes a los deberes y prohibiciones universales de todo servidor público" *(las negrillas fuera del texto).*

_____

Ley 2196/2002. "Artículo 7º. Legalidad. Los destinatarios de esta ley **solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por conductas que estén descritas como faltas en la Ley vigente al momento de su realización"** *(las negrillas fuera del texto).*

Ley 2196/2002. "Artículo 48. Otras faltas. Además de las definidas en los artículos anteriores constituyen faltas disciplinarias el abuso de los derechos, el incumplimiento de los deberes, la incursión en prohibiciones, la violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos y la incursión en conflicto de intereses, **contemplados en** la Constitución Política, los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, el **Código General Disciplinario, otras leyes y los actos administrativos,** además de las que constituyan remisión o destitución.

Para efectos de determinar la gravedad o levedad de la falta, por vía de remisión, **constituye falta gravísima la que esté taxativamente señalada en la Ley**, aquella que constituya causal de mala conducta o las demás conductas que en la Constitución o en la Ley hayan sido previstas con sanción

de remoción o destitución. En las demás, se determinará si la falta es grave o leve con base en los siguientes criterios:

a) La naturaleza esencial del servicio.

b) La forma de culpabilidad.

c) El grado de perturbación del servicio.

d) La jerarquía y mando en la institución.

e) La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.

f) 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.

g) Los motivos determinantes del comportamiento.

h) Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos" *(las negrillas fuera del texto).*

Ley 1015/2006. "Artículo 3°. Legalidad. **El personal destinatario de esta ley, será investigado y sancionado por conductas que estén descritas como faltas disciplinarias en la ley vigente** al momento de su realización" *(las negrillas fuera del texto).*

Ley 1015/2006. "Artículo 37. Otras faltas. Además de las definidas en los artículos anteriores, **constituyen faltas disciplinarias** la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, las prohibiciones, el abuso de los derechos o el incumplimiento de los deberes contemplados en la Constitución Política, los tratados públicos ratificados por el Gobierno colombiano, las leyes y los Actos Administrativos.

Parágrafo. Para efectos de determinar la gravedad o levedad de la falta, por vía de remisión, **constituye falta gravísima la que está taxativamente señalada en la ley** o aquella que constituya causal de mala conducta. **En las demás, se determinará si la falta es grave o leve con base en los siguientes criterios**:

1. El grado de culpabilidad.

2. La naturaleza esencial del servicio.

3. El grado de perturbación del servicio.

4. La jerarquía y mando en la Institución.

5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.

6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se preciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.

7. Los motivos determinantes del comportamiento.

8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos, y

9. La **realización típica de una falta objetivamente gravísima** cometida con culpa grave, será considerada falta grave" *(las negrillas fuera del texto).*

El concepto de "tipicidad" y el "principio de legalidad" con relación a los diferentes regímenes disciplinarios

Antes de ser reemplazada la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, en ese texto legal se describían modelos de comportamientos calificados como faltas gravísimas, que según el artículo 43 idem estaban "taxativamente"[10] señalados en ese código. Esas descripciones se encontraban ubicadas en el artículo 48 ibidem el cual constaba de 65 numerales y 5 parágrafos. En cambio, las conductas graves o leves, no se encuentran calificadas como tales, sino que las mismas se deducían de los criterios contemplados en el mismo artículo 43 para que la autoridad disciplinaria fuera quien con fundamento en los referidos criterios le asignara la connotación de graves o leves a los comportamientos señalados en el artículo 34, que contenía 40 deberes y en el artículo 35, que precisaba de 34 prohibiciones más las que se encontraran previstas en la ley. Igualmente, todas las faltas gravísimas consagradas en el artículo 48 del Código Disciplinario Único, según lo dispuesto en el numeral 9º del referido artículo 43, podían obtener la sanción para las faltas graves cuando se cometieran con culpa grave, así como todas las faltas gravísimas, según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 44, se podían sancionar conforme a las faltas graves cuando se cometían culposamente o las faltas graves dolosas en graves culposas y las leves dolosas en leves culposas, conforme a los numerales 3º a 5º, circunstancias que consideramos afectaban el principio de legalidad y consecuentemente el concepto de tipicidad, toda vez que esa ley disciplinaria lo que quería era que se investigara y juzgara por **conductas previstas y descritas como falta en la ley vigente al momento de la realización** o en mejor forma, que se concretara la responsabilidad **en modelos de comportamientos preexistentes y expresamente descritos en la ley disciplinaria y no con base en** fórmulas que no **preveían, ni describían o tipificaban conductas disciplinarias**, sino que se **transforman de gravísimas a graves; de graves dolosas a graves culposas y leves dolosas a leves culposas** y por ende la **responsabilidad se degradaba de destitución a suspensión con inhabilidad especial y sin inhabilidad y de multa a amonestación escrita**, lo que no concordaba con el respeto al principio de legalidad y con el concepto de tipicidad.

10 Con la teoría de los numerus apertus esto no sería del todo cierto, habida cuenta que a esas faltas gravísimas se le sumaban las faltas gravísimas con culpa grave (artículo 43-9) y las faltas gravísimas culposas (artículo 44-2).

En la actual Ley 1952 del 28 de enero de 2019 y en la forma como se redactó el principio de legalidad en su artículo 4º, éste no solamente quedó enriquecido al exigir que "**la preexistencia tambi*én* se predica de las normas complementarias"** (art. 4º inc. 1º) sino también cuándo en el mismo se concreta que la **"labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad"** (art. 4º inc. 2º), con lo cual se deja 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"** (art. 4º inc. 1º), lo cual determina que este básico principio, en cualquier democracia, se muestra como barrera de grandes dimensiones no solo a las pautas trazadas en la interpretación de las relaciones especiales de sujeción sino a las que convergen en la aplicación de la teoría de los numerus apertus, habida cuenta que creemos que no es el **fallador** el que determinará si una conducta es dolosa o culposa sino el **legislador** quien tendrá que **describirla**[11], máxime que en el artículo 48 numeral 3º de la nueva codificación disciplinaria desaparece la referencia a las faltas ***"gravísimas culposas"*** que para efectos de los numerus apertus traía el numeral 2º del artículo 44 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002, cuya redacción concretamente indicaba:

> Artículo 44 (2): "(...) 2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o **gravísimas culposas**" (las negrillas fuera del texto).

Recuérdese que en el artículo 48 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 existen sanciones para las **faltas graves culposas y leves culposas** y en ninguna parte para las **"faltas gravísimas culposas"**. Esta disposición únicamente se refiere a las **"faltas realizadas con culpa gravísima"** que se identifican en el numeral 2º con la sanción de "destitución e inhabilidad de 8 a 10 años". También no se olvide que el artículo 47 numeral 9º de la misma obra se refiere a que **"la realización de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave**" que de acuerdo con el numeral 4º del artículo 48 le corresponde a una sanción de "suspensión en el ejercicio del cargo de 1 a 12 meses". Con lo anterior queremos destacar que si bien **"la falta con culpa gravísima"** y la **"falta grave"** conducen a **"comportamientos culposos"** para efectos de dar cumplimiento a la teoría de los numerus apertus, no existe claridad normativa cuándo se sanciona por lo uno y cuándo por lo otro. Creemos que **la sanción no puede ser discrecional** en ninguno de los campos del derecho sancionatorio o punitivo del Estado y menos cuándo existe una **diferencia que no guarda proporcionalidad alguna**: por las faltas realizadas con **culpa gravísima** se destituye e inhabilita por 8 a 10 años y por las faltas cometidas con **culpa grave** se suspende de 1 a 12 meses. El artículo 29 edjustem, en nuestro parecer, es muy confuso para distinguir lo uno de lo otro. Además, para efectos de aplicación de la teoría de los numerus apertus, en el evento de la **culpa gravísima** o de la **culpa grave,** el Código Disciplinario Único contemplaba como sanción, en ambos eventos, la de la **suspensión del cargo**. Con el Código General Disciplinario al concluir que la falta fue realizada con **culpa gravísima** siempre arrojará como sanción la **destitución** del cargo. Es decir, **se equipara** el comportamiento **doloso con el culposo** para **destituir**, hecho que guardaba la proporción adecuada con el Código Disciplinario Único donde se buscaba siempre la **suspensión** en el ejercicio del cargo. Por ello seguiremos insistiendo en que por seguridad jurídica el **legislador** será quien debe establecer previamente las conductas objeto de reproche y no el **fallador** por aplicación de los numerus apertus. También seguiremos insistiendo que en

11 Es decir, señalar en el tipo disciplinario en qué consiste el comportamiento.

el principio de legalidad **solo** se permite investigar y sancionar por **comportamientos previamente descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización,** pues la aplicación de los numerus apertus se hace en contravía de la **preexistencia constitucional y legal** demarcadas por el constituyente y el legislador.

Igualmente seguiremos sosteniendo que el "principio de tipicidad", en la forma como se redactó en la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, descarta la polémica que se había trazado, por algunos estudiosos de esta hermosa disciplina, con relación a su **no aceptación 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 la nueva codificación disciplinaria. En efecto, los artículos 4º, 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**[12]. La preexistencia también se predica de las normas complementarias *(las negrillas fuera del texto).*
>
> La labor de adecuación típica[13] se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad[14]".
>
> "**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**

12 ¿Qué debe entenderse por comportamientos "descritos como falta" en la ley vigente al momento de su realización?, cuando la acción de "describir" (como siempre lo enseñó el Maestro Alfonso Reyes Echandía) consiste en formular una oración gramatical en que se indique en que consiste la conducta o el comportamiento, en este caso disciplinario, que se investiga y juzga. ¿Será que "realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo" (artículo 65), puede constituir una falta gravísima, advirtiendo que la misma ley disciplinaria no la "describe" como falta? o será que la redacción del artículo 26 de esta misma codificación no lo permite cuando prevé como "falta" la incursión en cualquiera de las "conductas previstas en este código" (esta expresión formaba parte del reemplazado artículo 4º del C.D.U.), las que indudablemente "no están previstas por pertenecer a otras leyes diferentes como lo son las "leyes penales"? o simplemente habrá de entenderse que con la sola "remisión a la ley penal" el comportamiento "descrito en la ley penal" automáticamente se transforma en "falta gravísima" y queda cumplido el requisito: "descrito como falta"?. Estos interrogantes simplemente se formulan por aspiraciones de justicia; por claridad académica; para no darle a los "delitos" la connotación de "faltas" y para garantizar más aún la "autonomía del derecho disciplinario" y una completa "seguridad jurídica" a sus destinatarios.

13 Como ya lo dijimos, pensamos que con esta expresión del legislador, ya no queda duda alguna que el derecho disciplinario está sujeto al principio de tipicidad y, por ende, su aplicación debe ser tan estricta como el derecho penal, ya que la conducta, descrita en la ley disciplinaria, debe adecuarse a la norma de manera clara, expresa e inequívoca, so pena de advertirse una atipicidad de la misma y de vulnerar la dignidad humana.

14 Estos principios de acuerdo con lo expresado en el artículo 65 de esta codificación, implican: el de especialidad, que el competente disciplinario primero debe adecuar a su destinatario las conductas "descritas" en el catálogo de faltas de la ley disciplinaria y el de subsidiariedad, que en el evento en que las conductas no se encuentren "descritas" en el catálogo de la ley disciplinaria, puede recurrir a las "faltas que coinciden con descripciones típicas de la ley penal". Recuérdese que el principio de legalidad y la definición de falta lo que garantiza es que los comportamientos "estén descritos o previstos como falta" y no los que "coincidan con descripciones típicas de la ley penal".

> **razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él**" *(las negrillas fuera del texto).*
>
> **"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.
>
> (...)" *(las negrillas fuera del texto).*

Por todo lo expresado, también concluiremos que la jurisprudencia trazada desde el primer Código Disciplinario Único del 28 de julio de 1995, por parte de la Corte Constitucional, le es perfectamente aplicable. Más adelante en el subtítulo relacionado con "jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a la tipicidad disciplinaria" aportaremos algunos apartes seleccionados de unas pocas sentencias de esa Alta Corporación.

En la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017[15], a favor del concepto de tipicidad y del principio de legalidad se describen por separado las conductas calificadas como gravísimas, graves y leves, tal como lo anuncian los artículos 76, 77 y 78.

De la misma el artículo 79 idem concreta que además de las faltas definidas en los artículos 76, 77 y 78, "constituyen faltas disciplinarias gravísimas los comportamientos consagrados en la ley como causal de mala conducta o que tengan prevista la sanción de destitución o remoción del cargo y la violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, consagrados en la Constitución o en la ley" y que serán **faltas graves o leves**, en tanto no estén previstas "como falta gravísima": el incumplimiento de deberes, la extralimitación de abuso de derechos y funciones, la incursión en prohibiciones contemplados en este código de acuerdo 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 en la Institución.
>
> 5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
>
> 6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se 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

15 Código Disciplinario Militar.

la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.

7. Los motivos determinantes del comportamiento".

La **discrecionalidad** concedida a la autoridad disciplinaria para definir la **tipicidad grave o leve** de la falta disciplinaria de acuerdo con los criterios que demanda el inciso 2º del artículo 78, no existía en la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003[16], pues simplemente **se consideraban de manera taxativa las faltas gravísimas, graves o leves**. Con esto creemos que el legislador disminuyó la garantía del principio de tipicidad que se había conquistado en la institución castrense al describir de manera clara, expresa, concreta e inequívoca los comportamientos objeto de reproche disciplinario.

Igualmente, el **legislador**, al no contemplar el criterio contenido en el numeral 9º del artículo 47 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 en el Código Disciplinario Militar, descartó la aplicación de la teoría de los ***numerus apertus*** y por consiguiente **el principio de legalidad**, en este sentido, **permanece incólume**.

En la Ley 2196 del 18 de enero de 2022[17] de la misma manera que en la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017[18], también a favor del concepto de tipicidad y del principio de legalidad se describen por separado las conductas calificadas como gravísimas, graves y leves (artículos 45, 46 y 47).

Igualmente el artículo 48 idem expresa que además de las faltas definidas en los artículos 45 y 46[19] constituyen faltas disciplinarias el abuso de los derechos, el incumplimiento de los deberes, la incursión en prohibiciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos y la incursión en conflicto de intereses, contemplados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, el **Código General Disciplinario**, otras leyes y los actos administrativos, **además de las que constituyan remisión o destitución**.

Para efectos de determinar la **gravedad o levedad de la falta**, por vía de **remisió**n, constituye **falta gravísima la que está taxativamente señalada en la ley**, aquella que constituya **causal de mala conducta** o las demás conductas que en la Constitución o en la Ley hayan sido previstas con sanción de **remoción o destitución**. En las demás, se determinará si la **falta es grave o leve** con base en los siguientes criterios:

"a. La naturaleza esencial del servicio.

b. La forma de culpabilidad.

c. El grado de perturbación del servicio.

d. La jerarquía y mando en la Institución.

16 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

17 Estatuto Disciplinario Policial.

18 Código Disciplinario Militar.

19 Este Estatuto Disciplinario Policial en el artículo 47 señala: "Serán consideradas faltas leves las que por remisión normativa así se determinen, atendiendo para ello los criterios establecidos en el inciso 2º del artículo 48 (...)".

> e. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
>
> f. 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.
>
> g. Los motivos determinantes del comportamiento.
>
> h. Cuándo la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos".

La **discrecionalidad** concedida a la autoridad disciplinaria para definir la **tipicidad leve** (artículo 47) de la falta disciplinaria por vía de remisión de acuerdo con los criterios que demanda el inciso 2º del artículo 48, existía en el parágrafo del artículo 37 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006[20], con lo cual, desde esa época, el legislador disminuyó la garantía del principio de tipicidad que habían conquistado al describir en los artículos 34, 35 y 36 ídem de manera clara, expresa, concreta e inequívoca los comportamientos objeto de reproche disciplinario en el mismo régimen (faltas gravísimas, faltas graves y faltas leves).

Igualmente, el **legislador** al no contemplar el criterio contenido en el numeral 9º del artículo 47 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 en el Estatuto Disciplinario Policial, descartó la aplicación de la teoría de los ***numerus apertus*** y por consiguiente **el principio de legalidad**, en este sentido, **permanece incólume**, aislándose del criterio que en el pasado contenía en el numeral 9º del parágrafo del artículo 37 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006, al señalar:

> "(...) se determinará si la falta es grave o leve con base en los siguientes criterios:
>
> (...)
>
> 9. La realización típica de una falta **objetivamente gravísima** cometida con **culpa grave**, será considerada **falta grave**". *(las negrillas fuera del texto).*

No podemos dejar de comentar lo expresado en el parágrafo del artículo 45 (faltas gravísimas) y en el parágrafo del artículo 46 (faltas graves) de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022, en donde se precisa que cuándo la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las faltas allí expresamente señaladas "en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad", constituirá **falta gravísima** o **grave** "realizar o incurrir en una conducta descrita en la ley como delito" **a título de dolo** (gravísima) **o culpa** (grave), "cuándo se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia del cargo o función; o cuándo se encuentre en periodos de descanso o situaciones administrativas tales como: franquicia, permiso, licencia, vacaciones, incapacidad, excusa del servicio, suspensión o en hospitalización, así como en vigencia de medidas sanitarias", redacción que en nuestro sentir, como ya lo explicamos con ocasión al estudio que en precedencia se realizó sobre los **principios rectores de la Ley Disciplinaria**, contraría el principio de

20 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

legalidad, ya que dicho principio exige que la conducta esté descrita o prevista como falta en la ley vigente al momento de su realización y no como delito (artículos 7º del Estatuto Disciplinario Policial y 4º y 26 del Código General Disciplinario)[21].

En la Ley 1123 del 22 de enero de 2007[22], es muy posible que la academia se formule reparos mucho más serios que los que puedan ocasionar las codificaciones especiales de los servidores públicos, habida cuenta que **allí solamente se describen conductas disciplinarias** que cada una de ellas pueden ser objeto de **censura, multa, suspensión o exclusión del ejercicio de la profesión**, conforme a los artículos 40 a 44, atendiendo los criterios de graduación establecidos en el artículo 45. Es decir, no existe "clasificación de las faltas" como sí ocurre en las demás codificaciones sancionatorias. Y más inquietudes aún podrán surgir, toda vez que uno de los argumentos para que operen los numerus apertus es que la mayoría de las codificaciones son netamente administrativas que producen decisiones del mismo género y, en cambio, el Código Disciplinario del Abogado, por el contrario, genera decisiones jurisdiccionales, es decir verdaderas sentencias conforme se afirma en la jurisprudencia, lo que impide, según los doctrinantes, la aplicación de la teoría de los numerus apertus[23], ya que ese tema en la legislación penal se orienta a través de los numerus clausus. Sin embargo, en la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 es conocido que esta teoría se aplica por parte de los **"jueces jurisdiccionales",** muy a pesar del contenido de los artículos 3º y 17, que a la letra dicen:

> *"Artículo 3º. Legalidad.* El abogado **sólo será investigado y sancionado** disciplinariamente **por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización** y conforme a las reglas fijadas en este código o las normas que lo modifiquen" *(las negrillas fuera del texto).*
>
> "Artículo 17. La falta disciplinaria. Constituye **falta disciplinaria** y da lugar a imposición de sanción **la comisión de cualquiera de las conductas previstas como tales en el presente código**" (las negrillas fuera del texto).

Se recuerda que en el Código Penal o Ley 599 del 24 de julio de 2000, en el que sus decisiones son de naturaleza jurisdiccional, allí, por consiguiente, no se aplica la teoría de los números apertus sino la de los numerus clausus, por mandato expreso del artículo 21, en el cual se indica que **sólo los comportamientos preterintencionales o culposos son punibles, en los casos expresamente señalados por la ley**.

21 En las voces del artículo 65 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) solo aplica como falta gravísima dolosa).

22 Código Disciplinario del Abogado.

23 Y como lo veremos posteriormente, también es la razón para reconocer bienes jurídicamente tutelados y aplicar la teoría de la antijuridicidad material, aspectos éstos que son desechados en las Codificaciones Disciplinarias existentes, por no ser ninguna de ellas portadora de decisiones jurisdiccionales.

El concepto de "tipicidad" y el "principio de legalidad" en las Fuerzas Militares

El señor coronel de la Fuerza Aérea Colombiana, Dagoberto Gómez Cortés[24], en sus escritos sobre derecho disciplinario de las Fuerzas Militares, ha dispuesto:

La tipicidad en el derecho disciplinario militar

Recordemos que este elemento de responsabilidad no se encontraba regulado expresamente en el *Régimen Disciplinario Militar* y tan solo se llega a él por el *principio de legalidad* consagrado en el *artículo 3º de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003*[25], hoy artículo 4º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*- Código General Disciplinario y artículos 44 y 56 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar). Último artículo en donde se define la tipicidad como principio rector, así:

> *"La ley disciplinaria definirá de manera inequívoca, expresa y clara la conducta objeto de reproche, ya sea de manera directa o mediante normas complementarias".*

En materia de tipicidad disciplinaria militar se aprecian dos sistemas de **tipificación de las conductas, uno cerrado y otro abierto**. En el primero se consagran de manera clara, taxativa y concreta las faltas propias del militar. En el segundo, hacen referencia a faltas que no se encuentran consagradas en el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares y tienen que ver con los deberes y funciones de todo servidor público.

El sistema cerrado de tipificación de las conductas se deriva del propio *artículo 217 de la Constitución Política*, en el que se consagra que, al personal de la *Fuerza Pública*, en razón de la *función especial* que cumplen los integrantes de las *Fuerzas Militares y la Policía Nacional* le son atribuibles un *régimen de faltas que le son propios*. Esa es la razón de ser de la Ley *1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar) aplicable al personal militar de las *Fuerzas Militares* y de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* —Estatuto Disciplinario Policial— que regula el régimen disciplinario para la *Policía Nacional*.

Como consecuencia de ese postulado constitucional se aprecian las faltas expresamente consagradas como tales en los *artículos 76* (faltas gravísimas), *77* (faltas graves)

---

24 Gómez Cortés, Dagoberto. Escritos sobre "Tipicidad en el Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares". Bogotá, 2010.

Se desempeñó como Jefe de la Oficina de Asuntos Disciplinarios de la Jefatura Jurídica de la Fuerza Aérea Colombiana, ante el Comando General de las Fuerzas Militares de Colombia; fue miembro del equipo de trabajo para la reforma del *Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares;* autor de numerosos artículos en el tema disciplinario militar; profesor y conferencista en escenarios académicos nacionales e internacionales; Jefe de la Oficina Segundas Disciplinarias y Administrativas de la Fuerza Aérea Colombiana y Jefe de la Jefatura Jurídica de la misma fuerza.

25 Hoy este principio de tipicidad está contenido en el artículo 56 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar) que derogó la Ley 836 del 16 de julio de 2003 (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares), de la siguiente manera: "Tipicidad. La ley disciplinaria definirá de manera inequívoca, expresa y clara la conducta objeto de reproche, ya sea de manera directa o mediante normas complementarias".

Este concepto de tipicidad, como norma rectora del *Código Disciplinario Militar*, nos permite seguir considerando que la teoría de los *numerus apertus* no forma parte del *Estatuto Disciplinario Castrense* y por lo tanto en ese escenario no se aplica, tal como lo hemos manifestado al referirnos a los artículos 44 y 74 *idem* y a la inexistencia del numeral 9º del artículo 47 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

y *78* (faltas leves) de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* [*58*, (faltas gravísimas), *59* (faltas graves) y *60* (faltas leves) de la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003)*].

Dentro de este marco del sistema cerrado de taxatividad se encontraban las remisiones que expresamente se hacían al Régimen Disciplinario tanto al *Código Penal Militar* como al *Código Penal Ordinario*, en tratándose de descripciones típicas consagradas en la ley como delitos, así como al reemplazado Régimen Disciplinario de los servidores públicos previsto en la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, veamos:

> a. "**En materia penal:** el legislador en materia disciplinaria militar, utilizando normas en blanco, tanto en el *numeral 30* del *artículo 58* de la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003* como en el *numeral 41* del *artículo 59* de la misma ley remitían a descripciones típicas que consagra la ley como delitos.
>
> b. **En materia disciplinaria:** el régimen disciplinario militar señalaba *taxativamente* la remisión a normas disciplinarias consagradas en el *Régimen Disciplinario para los servidores públicos,* como en el caso del *numeral 34* del *artículo 58* de la derogada *Ley 836 del 16 de julio 2003* que remitía en forma taxativa a los *numerales 4 al 16* del *artículo 48* de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2003*.
>
> En el *sistema abierto de tipificación de faltas* se requería necesariamente por parte del *operador disciplinario,* el que se indicará cuál fue la falta, el deber, o prohibición infringido por el militar para hacer la *adecuación típica*, requisito que no se exigía en el sistema cerrado de adecuación típica. (...)".

En la actualidad y en aplicación de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, los artículos 64 y 134, sólo permiten a las autoridades disciplinarias aplicar los ***principios rectores*** y las ***normas de procedimiento*** que no se hallen expresamente reguladas, "(...) cuándo no sean contrarias a la naturaleza de la acción disciplinaria militar".

La tipicidad con relación a las faltas disciplinarias de los Derechos Humanos (DD. HH.) y del Derecho Internacional Humanitario (DIH). La tratadista y docente María del Pilar Galvis García[26], en sus escritos sobre derecho disciplinario de las Fuerzas Militares, ha dispuesto:

> "**Tipicidad con relación a las faltas respecto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario**. Para dar inicio al presente estudio es necesario partir del origen del derecho a castigar del cual se ha dotado a los Estados, a través de Cesare Beccaría en su obra cumbre *"De los delitos y las penas"*, en donde manifiesta que contrario a lo que se afirmaba en su época, *el hombre no ha donado gratuitamente su libertad a cambio del bien público to-*

26 Galvis García, María del Pilar. "Material de conferencias" de la Especialización en Derecho Sancionatorio de la Universidad Nueva Granada de Bogotá, 2011.

Abogada de la Universidad Militar Nueva Granada, Especialista en Derecho Administrativo y Sancionatorio, Magíster en Derecho Público Militar. Laboró como Asesora del Ejército Nacional y del Comando General de las Fuerzas Militares; como docente de la Especialización en Derecho Sancionatorio de la Universidad Militar Nueva Granada y como asesora de la Oficina de Control Disciplinario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Es miembro del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario – CAAD.

> *mado en sentido abstracto*, sino que debido a la fatiga que implicaba el vivir en continuo estado de guerra, el cual hacía inútil su estado de libertad y frente a la escasa posibilidad de poder disfrutarla ante la amenaza inminente, *los hombres se unieron en sociedad y sacrificaron una parte de su libertad a cambio de seguridad y tranquilidad y es esa suma de libertades sacrificadas la que constituyen el concepto de soberanía* y que da lugar al imperio de ley a través de la institucionalización del Estado de Derecho [27].
>
> Como norma de normas, la *Constitución Política de Colombia*, en su artículo 6° positiviza una potestad sancionatoria frente a los particulares y los servidores públicos, cuando establece que los primeros sólo son responsables ante las autoridades por infringir la *Constitución* y las *leyes*, mientras que quienes ejercen funciones públicas lo son por la misma causa y por *omisión o extralimitación* en el ejercicio de ellas[28] y prescribe que dicho poder no puede ser ejercido de modo absoluto e ilimitado, pues al definirse al *Estado Colombiano* por el *Constituyente* como un *Estado social de derecho*, los jueces que lo aplican deben someterse al *imperio de la ley*, fundamentándose así la *legalidad* como principio constitucional del cual a su vez nace el principio legal de *tipicidad,* que obliga al legislador a "(…) *regular de manera clara y expresa la norma sancionatoria: (i) el grado de culpabilidad del agente (si actuó con dolo o culpa); (ii) la gravedad o levedad de su conducta (si por su naturaleza debe ser calificada como leve, grave o gravísima); y (iii) la graduación de la respectiva sanción (mínima, media o máxima según la intensidad del comportamiento). Si el precepto que contiene la conducta jurídicamente reprochable no permite definir tales aspectos, el mismo resulta contrario al principio de tipicidad y proporcionalidad y, por tanto, resulta inconstitucional* (…)"[29].

El ejercicio de la potestad sancionatoria se basa en que "(…) *la ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro* (…)"[30], apuntando a la persistencia en el cumplimiento de la función de los servidores públicos bajo los conceptos de *eficacia, eficiencia, moralidad y disciplina*, a fin de procurar la *realización de los fines* que la *Carta Política* ha impuesto al *Estado*; por lo tanto, la *tipicidad* respecto de sus infracciones ha de *regularse* por la ***lectura sistemática de la norma que establece la función, deber o prohibición en comunión con normas complementarias***[31], método legislativo conocido como *"normas en blanco"*, que tienen como finalidad lograr que el *juez disciplinario* pueda determinar en forma *inequívoca* el alcance de la conducta reprochable y la sanción aplicable[32], ***mas no para morigerar o flexibilizar las garantías constitucionales como el derecho a la defensa, el debido proceso o la culpabilidad así como aplicarlos con menor rigurosidad.***

27 Beccaria, Cesare. *De los delitos y las penas*. 1° ed. Madrid. Aguilar S.A. ediciones, 1969, pág.72.

28 Constitución Política de Colombia, art. 6.

29 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

30 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

31 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-404 de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

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

En consecuencia y frente a las *faltas* relacionadas con los *Derechos Humanos (DD.HH.)* y el *Derecho Internacional Humanitario (DIH)*, debe tenerse en cuenta respecto a las primeras, la necesidad que la conducta que se investiga se ajuste a los elementos propios de cada uno de las conductas constitutivas de *faltas gravísimas* previstas en los artículos 52 (1), 52 (a, b, c, d, e), 52 (3, 4, 5, 6, 53 (1, 2, 3, 4) de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*- Código General Disciplinario [*numerales 4 al 16 del artículo 48 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 2002* —excepto el numeral 7—, tales como *verbo rector, ingredientes normativos* (tanto de orden interno como internacional) y *subjetivos,* a fin que el destinatario del régimen sancionatorio comprenda en forma *precisa* y *exacta* el alcance del reproche disciplinario que se le endilga y puede ejercer efectivamente su defensa.

Con relación al *Derecho Internacional Humanitario (DIH)*, el régimen disciplinario *no contempla un catálogo específico de conductas objeto de reproche,* pues el *Código General Disciplinario* tipifica como *falta* la incursión en conductas que constituyen *"violación grave"*, lo que *exige* que la *falta endilgada* sea de *resultado mas no de mera conducta* y que se *adecue* a los *ingredientes normativos* previstos en las conductas violatorias señaladas en el *artículo Tercero Común a los Convenios de Ginebra de 1949* y en el *Protocolo II Adicional*.

Así mismo se ha categorizado como *falta disciplinaria* la comisión de *conductas descritas como conductas punibles en la ley penal* pero la condiciona a que el hecho investigado corresponda a una *conducta objetivamente descrita por la ley como delito*; a su vez que sea *sancionable a título de dolo* y que su *comisión* tenga que ver con la *función o cargo*, o *abusando* del mismo, siendo necesario *complementar* la disposición con las *conductas previstas* en el *Título II del Código Penal* colombiano, denominado *"delitos contra personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario"*, respecto de cada *elemento integrante del tipo*[33] (...)".

El concepto de "tipicidad" y el "principio de ilicitud o antijuridicidad sustancial (¿Las causales de justificación desaparecen la tipicidad?)

El artículo 26 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[34], así como los artículos 23 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[35], 56 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003[36], 37 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006[37], 17 de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007[38], 10 de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017[39], 74 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017[40] y 48 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022[41], al definir la falta disciplinaria, en su orden expresaron:

> *Ley 1952/2019. "Artículo 26. La falta disciplinaria.* **Constituye falta disciplinaria** y, por lo tanto, da lugar a la imposición de la sanción disciplinaria

33 Mejía Ossman, Jaime. Régimen Disciplinario. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007, págs. 97 a 100.

34 Código General Disciplinario.

35 Código Disciplinario Único.

36 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

37 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

38 Código Disciplinario del Abogado.

39 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

40 Código Disciplinario Militar.

41 Estatuto Disciplinario Policial.

correspondiente **la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código** que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, **sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley**".

Ley 734/2002. "Artículo 23. La falta disciplinaria. **Constituye falta disciplinaria**, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, **la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código** que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, **sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento"**.

Ley 836/2003. "Artículo 56. Noción. **Constituye falta disciplinaria**, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, **la realización de cualquiera de las conductas o comportamientos previstos como tal en el presente reglamento**, que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y atribuciones, trasgresión de prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, **sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el presente ordenamiento**...."

Ley 1015/2006. "Artículo 37. Otras faltas. Además de las definidas en los artículos anteriores, constituyen faltas disciplinarias la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, las prohibiciones, el abuso de los derechos o el incumplimiento de los deberes contemplados en la Constitución Política, los tratados públicos ratificados por el Gobierno colombiano, las leyes y los Actos Administrativos".

Ley 1123/2007. Artículo 17. La falta disciplinaria. Constituye falta disciplinaria y da lugar a imposición de sanción la comisión de cualquiera de las conductas previstas como tales en el presente código.

Ley 1828/2017. Artículo 10. Faltas. Las faltas ético disciplinarias se realizan por acción, omisión, por cualquier conducta o comportamiento ejecutado por el Congresista, que conlleve el incumplimiento de los deberes, conductas sancionables previstas en el artículo 9º, violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y del conflicto de intereses, y por tanto darán lugar a la acción ética y disciplinaria e imposición de la sanción prevista en esta ley, sin detrimento de la competencia atribuida a la Rama Jurisdiccional del Poder Público, en materia penal o contenciosa administrativa o a la Procuraduría General de la Nación. (...)".

Ley 1862/2017. Artículo 74. Falta disciplinaria. **Constituye falta disciplinaria** y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, **la realización de cualquiera de los comportamientos previstos como tal**

> **en la presente Ley**, **sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el presente ordenamiento**.
>
> *Ley 2196/2022. Artículo 48. Otras faltas.* Además de las definidas en los artículos anteriores constituyen faltas disciplinarias el abuso de los derechos, el incumplimiento de los deberes, la incursión en prohibiciones, la violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimentos y la incursión en conflicto de intereses, contemplados en la Constitución Política, los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, el Código General Disciplinario, otras leyes y los actos administrativos, además de las que constituyan remisión o destitución.

De la lectura de los textos legales que anteceden, muy probable por una falta de técnica legislativa, se dijo en los artículos 26 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019; 23 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002, 56 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003 y 74 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017, que constituye **falta disciplinaria** la incursión o **realización de cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en el código** o el reglamento **sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en la ley**, situación que no se expresó en los artículos 37 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006, 17 de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007, 10 de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 y 48 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022, lo cual al parecer indica **que no existe falta si se está amparado por alguna de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria**, es decir tanto por los **aspectos negativos de la antijuridicidad** como por los **aspectos negativos de la culpabilidad**.

La situación anterior, no puede interpretarse de esa manera, toda vez que en la misma definición **impera el impulso de la acción disciplinaria hasta la imposición de la sanción**, lo cual exige en sede de la búsqueda de la responsabilidad no solamente el proceso de adecuación de la conducta (tipicidad), sino la valoración de la ilicitud sustancial (antijuridicidad) y la culpabilidad. Si se aceptara que las causales de exclusión de responsabilidad convierten en atípica la conducta, no vemos por qué el código desarrolla los conceptos de ilicitud sustancial o antijuridicidad y de culpabilidad sino los va a utilizar y valorar en su momento, máxime que se trata de principios rectores de la ley disciplinaria.

El concepto de "tipicidad" y el "principio de culpabilidad" ante la creación de conductas culposas por parte de la autoridad disciplinaria

En los renglones anteriores quedó muy claro que el concepto de tipicidad está referido a la definición legal, clara, expresa e inequívoca de las características básicas estructurales de un comportamiento que afecte o contrarie los principios y fines del Estado, así la norma que describa la conducta se integre con varias normas que leídas en conjunto concluyan también de manera clara, expresa e inequívoca en qué consiste la acción u omisión que merece el reproche administrativo.

Cuando el artículo 44, numeral 2º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002, **contemplaba la sanción de suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas "gravísimas culposas"**, estaba aceptando que **las faltas gravísimas dolosas contempladas en el artículo 48** de esa misma obra **podían ser transforma-**

das en "culposas", lo que nos indica que esa disposición no está describiendo ningún modelo de comportamiento que refleje la tipicidad disciplinaria, sino que a las **faltas gravísimas dolosas** se le está añadiendo la **tipicidad gravísima culposa**, lo cual, contraría el principio de legalidad ampliamente desarrollado. Lo mismo ocurre en las Codificaciones Disciplinarias que anuncian que "la realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave será considerada falta grave", lo que también permite la transformación de las conductas gravísimas dolosas en culposas. Con lo manifestado creemos que se transgrede el principio de legalidad, ya que la autoridad disciplinaria se convierte en creador de conductas culposas que no se encuentran **"previamente descritas como falta en la ley vigente al momento de su realización".** Lo anterior debe tenerse en cuenta para la interpretación y aplicación de las restantes Codificaciones Disciplinarias.

El concepto de "tipicidad" y la teoría de los "numerus apertus". Justificación jurisprudencial

Lo primero que debe resaltarse es que en los antecedentes universales, y una vez revisado la mayoría de artículos incluidos en la internet, esta teoría estaba ligada a los **derechos reales** y como **aliada para ampliar indefinida e ilimitadamente los derechos constitucionales**, los medios de prueba, los derechos humanos implícitos, las medidas cautelares, las intervenciones corporales en medicina forense, el aseguramiento de las responsabilidades pecuniarias, el debido proceso, las diferentes manifestaciones de violencia, etc., **siempre y cuando se constate que con esos *numerus apertus* no se afectan las garantías de los ciudadanos**. En terrenos diferentes al análisis anterior, la doctrina internacional, en señal de respeto por la dignidad humana, del debido proceso y, concretamente, del principio de legalidad, los ha ido desplazando del panorama jurídico social de derecho, por considerar que **con ellos se ejercita la arbitrariedad administrativa**. En España, incluso, con la Constitución Política de 1978, fueron desplazados del derecho penal, donde estaban totalmente arraigados.

Del ejercicio que se tuvo a bien verificar en la internet, se concluye con gran facilidad que nuestra amada Colombia, es el único País actualizado en numerus apertus[42], avalados, en materia disciplinaria por muchísimos doctrinantes nacionales y, recientemente, por la Corte Constitucional[43], lo que va en contravía de la Carta Política de Estado Constitucional, social y democrático de derecho.

42 Esa actualización surgió con la Sentencia del 16 de diciembre de 1992 del Consejo Superior de la Judicatura, en la que el Presidente de esa época, quien después fungió como Juez Disciplinario, formuló la teoría de los numerus Apertus, que hoy se aplica en el derecho disciplinario. Surgió a raíz de una investigación a un Juez de la República que fue sancionado por una conducta descrita en el Decreto 196 de 1971 como dolosa, la cual por numerus apertus se transformó en "culposa", porque el Juez de la República investigado en uno de sus procesos su secretario admitió un poder de quien no era abogado titulado.

43 Ver Sentencias: C-155 del 5 de marzo de 2002, C-124 del 18 de febrero de 2003, C-853 del 17 de agosto de 2005 y C-987 del 29 de noviembre de 2006.

Jurisprudencia de la Corte Constitucional acerca de la teoría de los "numerus apertus"[44]

1. La Corte Constitucional, en Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002; demanda que presentara Carlos Mario Isaza Serrano y con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, expediente D-3680, expresó:

> *Numerus Apertus* **(en el derecho disciplinario):** "(…) Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, **el legislador** en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado *'numerus apertus'*, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que **en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como 'a sabiendas', 'de mala fe', 'con la intención de'** etc. Por tal razón, el sistema de numerus apertus supone igualmente que **el fallador** es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición. (…).
>
> (…)
>
> Lo anterior en razón a que el legislador en desarrollo de su facultad de configuración adoptó un sistema genérico de incriminación denominado numerus apertus, por considerar que el cumplimiento de los fines y funciones del Estado -que es por lo que propende la ley disciplinaria (art. 17 CDU)-, puede verse afectado tanto por conductas dolosas como culposas, lo cual **significa que las descripciones típicas admiten en principio ambas modalidades de culpabilidad, salvo en los casos en que no sea posible estructurar la modalidad culposa**. De ahí que corresponda al intérprete, a partir del sentido general de la prohibición y del valor que busca ser protegido, deducir qué tipos disciplinarios permiten ser vulnerados con cualquiera de los factores generadores de la culpa. (…)" (las negrillas fuera del texto).

2. La Corte Constitucional, en Sentencia C-853 del 17 de agosto de 2005; demanda que presentara Fernando Abello España y con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, expediente D-5637, señaló:

> *Numerus Apertus* **(o tipos abiertos, en blanco o remisivos):** "(…) El Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar la exequibilidad del parágrafo del artículo 55 de la Ley 105 de 1993.
>
> (…)

44 Tomadas de Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. T*emática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, págs. 754 a 756.

Expresa que los principios del derecho penal, que ha sido el prototipo del ius puniendi, se aplican a todas las vertientes del derecho sancionador, en el cual **el principio de legalidad constituye un pilar fundamental para la regulación de las sanciones administrativas. Sin embargo —agrega el Jefe del Ministerio Público—, tal principio no se aplica con la misma rigidez en materia penal y en materia administrativa**.

Afirma que en el derecho disciplinario **es más flexible** toda vez que a pesar de que la intervención del Estado en materia de derechos fundamentales es importante, ésta no lo es de tal envergadura como sí ocurre en el derecho penal, debido a que se dirige a enderezar la conducta de los particulares cuando desconocen disposiciones que están obligados a cumplir y cuyas sanciones afectan su patrimonio económico. **Por tal motivo, sostiene que en el derecho sancionador administrativo se da cabida a los** *numerus apertus* **o remisión a otras disposiciones, a efectos de configurar las faltas disciplinarias**, es decir, la aplicación de tipos en blanco, remisivos y abiertos.

(…)

VI. Consideraciones de la Corte Constitucional y fundamentos de la decisión.

1. El asunto a resolver

Para el demandante el parágrafo del artículo 55 de la Ley 105 de 1993 desconoce los artículos 29 y 150 -numeral 10- de la Constitución por cuanto concede una potestad legislativa, disfrazada de remisión, a una autoridad administrativa. Con tal proceder, asegura que se viola el principio de legalidad.

Tanto los intervinientes como el Procurador General de la Nación consideran que la disposición demandada es exequible.

(…)

El Jefe del Ministerio Público, por su parte, manifiesta que debido a que en el derecho sancionador administrativo los principios del derecho penal se aplican con mayor flexibilidad, tienen cabida los *numerus apertus* o remisión a otras disposiciones a efectos de configurar faltas disciplinarias. Por tal motivo, asegura que no es posible exigir en este caso una regulación legal integral y en detalle de los criterios para la imposición de las sanciones.

Afirma que el parágrafo acusado, leído dentro del contexto normativo en que se encuentra, no es inconstitucional por cuanto el legislador estableció claramente las conductas objeto de reproche, los sujetos a quienes se les impondrán las sanciones, las clases de sanciones y el procedimiento para su imposición.

(…)" *(las negrillas fuera del texto)*.

3. La Corte Constitucional, en Sentencia C-987 del 29 de noviembre de 2006; demanda que presentara Sandra Mónica Cardozo Rojas y con ponencia de Nilson Pinilla Pinilla, expediente D-6273, manifestó:

Numerus Apertus **(son constitucionalmente aceptables):** "(…) Adicionalmente, de manera precisa, la Corte ha considerado constitucionalmente aceptable el sistema de *numerus apertus* para la tipificación de las faltas disciplinarias sancionables, aun cuando este mismo sistema no sea de recibo para la tipificación de los delitos. Sobre esta importante diferencia ha resaltado la Corte:

'En relación con la precisión de la definición previa de las conductas que serán sancionadas, **la Corte ha aceptado de tiempo atrás que en este ámbito es admisible que las faltas disciplinarias se consagren en 'tipos abiertos'**, 'ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos'. La infracción disciplinaria implica siempre el incumplimiento o desconocimiento de un deber del servidor público; 'la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas'. En esa medida, las normas disciplinarias estructuradas en forma de tipos abiertos remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos; y es a este complemento al cual debe acudir el juez disciplinario al momento de decidir sobre la existencia de responsabilidad y la procedencia de las sanciones correspondientes. (Sentencia T-1093 del 4 de noviembre de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Este fallo remite a su vez a los planteamientos previamente hechos en las Sentencias C-948 del 6 de noviembre de 2002 (ya citada) y C-404 del 19 de abril de 2001 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) *(las negrillas fuera del texto).*

Es entonces claro para la Corte que el sistema de **numerus apertus** adoptado de tiempo atrás por las normas disciplinarias es válido y aceptable dentro de dicho contexto. Ello por cuanto los funcionarios públicos, al tomar posesión de sus cargos, **asumen un compromiso particularmente exigente en lo que se refiere al cumplimiento de las normas aplicables y de los deberes que de manera específica asumen**, en cuya observancia está interesado y comprometido el interés público. Por consiguiente, no resulta posible cuestionar la constitucionalidad de una norma como la demandada so pretexto de que, como consecuencia de la aplicación de este principio, **el funcionario público no tendría certeza sobre si su mal comportamiento** generará o no la inhabilidad aquí cuestionada. (…)" *(las negrillas fuera del texto).*

Jurisprudencia de la Corte Constitucional que confunde "numerus apertus" con "tipos abiertos, en blanco o remisivos"

Sobre el particular es preciso copiar algunos apartes de la Sentencia C-853 del 17 de agosto de 2005, proferida por la Corte Constitucional en demanda que presentara Fernando Abello España y con ponencia de Jaime Córdoba Triviño, expediente D-5637, en los que dijo:

"(…) El Procurador General de la Nación solicita a la Corte declarar la exequibilidad del parágrafo del artículo 55 de la Ley 105 de 1993.

(…)

Expresa que los principios del derecho penal, que ha sido el prototipo del *ius puniendi*, se aplican a todas las vertientes del derecho sancionador, en el cual el principio de legalidad constituye un pilar fundamental para la regulación de las sanciones administrativas. **Sin embargo —agrega el jefe del ministerio público—, tal principio no se aplica con la misma rigidez en materia penal y en materia administrativa**.

Afirma que **en el derecho disciplinario es más flexible** toda vez que a pesar de que la intervención del Estado en materia de derechos fundamentales es importante, ésta no lo es de tal envergadura como sí ocurre en el derecho penal, debido a que se dirige a enderezar la conducta de los particulares cuando desconocen disposiciones que están obligados a cumplir y cuyas sanciones afectan su patrimonio económico. Por tal motivo, sostiene que en el derecho sancionador administrativo se da cabida a los *numerus apertus* o remisión a otras disposiciones, a efectos de configurar las faltas disciplinarias, es decir, la aplicación de tipos en blanco, remisivos y abiertos.

Vi. Consideraciones de la Corte Constitucional y fundamentos de la decisión.

1. El asunto a resolver

Para el demandante el parágrafo del artículo 55 de la Ley 105 de 1993 desconoce los artículos 29 y 150 -numeral 10- de la Constitución por cuanto concede una potestad legislativa, disfrazada de remisión, a una autoridad administrativa. Con tal proceder, asegura que se viola el principio de legalidad.

Tanto los intervinientes como el Procurador General de la Nación consideran que la disposición demandada es exequible.

(…)

El jefe del Ministerio P**úblico, por su parte, manifiesta que** debido a que **en el derecho sancionador administrativo los principios del derecho penal se aplican con mayor flexibilidad, tienen cabida los** *numerus apertus* **o remisión a otras disposiciones a efectos de configurar faltas disciplinarias**. Por tal motivo, asegura que no es posible exigir en este caso una regulación legal integral y en detalle de los criterios para la imposición de las sanciones.

Afirma que el parágrafo acusado, leído dentro del contexto normativo en que se encuentra, no es inconstitucional por cuanto el legislador estableció claramente las conductas objeto de reproche, los sujetos a quienes se les impondrán las sanciones, las clases de sanciones y el procedimiento para su imposición.

(…)" *(las negrillas fuera del texto).*

Doctrina nacional y extranjera sobre el principio de tipicidad en materia disciplinaria

Alejandro Nieto García:

"Las infracciones y las sanciones no solo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable, sino que han de estar previstas con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley"

Carlos Gaviria Díaz:

"La persona debe saber de manera correcta e inequívoca que es lo que prohíbe la ley para poder regular su conducta y asumir la calidad de destinatario de la misma si es que realmente la infringe".

Jaime Mejía Ossman:

"Los artículos demandados, con relación a los *numerus apertus*, permiten que el competente disciplinario legisle, señale y transporte de cualquier manera, comportamientos que no están descritos como falta en la ley disciplinaria vigente al momento de su realización".

Carlos Arturo Gómez Pavajeau:

Dice que la tipicidad en materia disciplinaria es diferente a la tipicidad penal, habida cuenta que en el derecho penal, la conducta punible recorre la descripción típica (se ajusta o adecua a ella), mientras que en el derecho disciplinario la contraría. Indica que la lógica de la infracción a la norma disciplinaria opera en forma inversa a como sucede en el derecho penal, ya que en derecho penal, se puede hacer lo que no esté prohibido; en cambio en derecho disciplinario, sólo se puede hacer lo que está permitido y mandado. Argumenta que en materia disciplinaria no es posible la descripción exhaustiva de la conducta y por ello es amplia la utilización de tipos abiertos.

Marco Gerardo Monroy Cabra:

"La aplicabilidad del principio de tipicidad en el campo disciplinario ha sido reconocida en reiteradas oportunidades por la corte; así, por ejemplo, en la Sentencia C-404/01 se señaló que: 'dentro de los principios que rigen el derecho disciplinario está sin duda el de tipicidad, que exige que la conducta del servidor público que la ley erige como falta sea previamente definida por el legislador, así como la sanción correspondiente".

Jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación a la tipicidad disciplinaria

–**Faltas Disciplinarias (deben estar descritas en norma previa):** "(…) La Corte, en varias oportunidades ha reconocido que **la tipicidad es un prin-**

> **cipio rector en materia disciplinaria**. Así, en la Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) expresó la Corte:
>
> 'Las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas. Según las voces del artículo 124 de la Constitución, "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".

En la Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), expresó:

> '(...) **No sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que además, la sanción debe estar predeterminada**. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta'

Los criterios antes expuestos aparecen reiterados en la Sentencia C-310 del 25 de junio de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) en la cual se dijo:

> '(...) el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado'.
>
> 'También ha dicho que 'uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada'. **Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como parte integrante del debido proceso, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa'**. (...)". (Corte Constitucional, Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998. Demandante: Carlos Fernando Muñoz Castrillón. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-2086) *(las negrillas fuera del texto)*[45].

-Tipicidad (como principio esencial del derecho disciplinario): "(...) Uno de los principios esenciales en este campo es el de la tipicidad, según el cual no sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada. **Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir 'también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas'** (Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Consideración de la Corte N.º 3). Ahora bien, uno de los actores acusa la locución 'o en su defecto, a una mayor entidad' del artículo 22 del CDU, precisamente por violar el principio de tipicidad, pues no se indica con precisión la sanción a aplicar en caso de un concurso de faltas disciplinarias (...)". (Corte Constitucional. Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996. Demandantes: Andrés de Zubiría Samper y Carlos Fernando Muñoz Castrillón. Magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. Expedientes D-1067 y D-1076).

45 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., págs. 459 a 460.

_____

"(…) De esta forma, el sometimiento a dicho principio permite desarrollar otro igual de necesario en el campo procesal del derecho sancionatorio disciplinario, como es el de la tipicidad, '… según el cual **no sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa** sino que, además, la sanción debe estar predeterminada. **Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta**'. (Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996, M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero) (Subraya fuera del texto). (…)". (Corte Constitucional, Sentencia C-187 del 6 de mayo de 1998. Demandante: Roberto Bornacelli Guerrero. Magistrado ponente: Hernando Herrera Vergara. Expediente D-1849) *(las negrillas fuera del texto).*

_____

"(…) La Corte, **en varias oportunidades ha reconocido que la tipicidad es también un principio rector en materia disciplinaria**. Así, en la Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993 expresó la Corte:

'Las faltas disciplinarias **son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública** en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, **también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas**. Según las voces del artículo 124 de la Constitución, 'la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva'. (Corte Constitucional, Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Ver también las Sentencias C-280 del 25 de junio de 1996, M.P: Alejandro Martínez Caballero).

Estos criterios aparecen reiterados en la Sentencia C-310 del 25 de junio de 1997 (Corte Constitucional, M.P. Carlos Gaviria Díaz.) en la cual se anotó:

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

(…)

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

'a. No es fácil establecer de manera precisa, cuándo una norma deja de contener entre sus prescripciones los ingredientes normativos requeridos para producir la certeza en lo relativo a la definición de la conducta; pero **lo que sí es claro es que se proscriben las definiciones de una generalidad, vaguedad e indeterminación que no ofrecen la necesaria certeza requerida para hacer exigible las consecuencias sancionatorias**

que se derivan de la conducta descrita y que le otorgan un amplio poder discrecional a la autoridad encargada de aplicar la respectiva norma.

(…) *(las negrillas fuera del texto)'.*

(Corte Constitucional, Sentencia C-653 del 20 de junio de 2001. Demandantes: Roberto Augusto Serrato Valdés y Juan Carlos Hincapié Mejía. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente D-3313)[46].

-Tipicidad (cómo se regula en el derecho disciplinario): "(…) Así en el derecho disciplinario la regla general es que **la tipicidad de sus infracciones se regula 'por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria'**. Esa posibilidad de entrar a **definir la tipicidad de la conducta por medio de normas complementarias**, comporta un método legislativo conocido por la doctrina y la jurisprudencia como el de las normas o tipos en blanco, que como se dijo, consiste '**en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente**, pero que en todo caso pueden ser **complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras'** (Sentencia C-404 del 19 de abril de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Frente a tipos en blanco, ha considerado la Corte que se ajustan al principio de tipicidad y **son admisibles constitucionalmente, en los casos en que el correspondiente reenvío normativo permita al operador jurídico establecer y determinar inequívocamente el alcance de la conducta reprochable y de la sanción correspondiente** (Ver entre otras las Sentencias C-127 del 30 de marzo de 1993 y C-599 del 4 de agosto de 1999. M.P Alejandro Martínez Caballero, C-796 del 24 de agosto de 2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil).

Concretamente **en cuanto a la remisión** que se haga a determinadas disposiciones ha dicho la Corte (Ver Sentencia C-343 del 3 de mayo de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Jaime Araújo Rentería) que **deben estar presentes en la disposición acusada los contenidos mínimos que le permiten al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto** (Sentencia C-710 del 5 de julio de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Además, **es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada**. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-507 del 6 de julio de 2006. Demandante: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro. Magistrado ponente: **Álvaro Tafur Galvis.** Expediente D-6063) *(las negrillas fuera del texto).*[47]

- Tipicidad (cumple la función de garantizar la libertad y seguridad individuales): "… De esta manera la tipicidad cumple con la función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales **al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca qué comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica**.". (Sentencia C-769/98, M.P. Antonio Barrera Carbonell) (…)". (Corte Constitucional. Sentencia

46 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., págs. 1287 a 1288.

47 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 1289.

C-708 del 22 de septiembre de 1999. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: **Álvaro Tafur Galvis.** Expediente D-2329) *(las negrillas fuera del texto).*[48]

- Principio de Tipicidad (elementos): "… Para que se pueda **predicar el cumplimiento** del **contenido del principio de tipicidad**, se habrán de reunir tres elementos, a saber:

(i). **Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable** (lo subrayado fuera del texto). (Sobre éste punto en particular, la Corte ha afirmado que 'debido a que el derecho administrativo sancionador tiene adicionalmente más controles para evitar la mera liberalidad de quien impone la sanción, como por ejemplo las acciones contencioso administrativas, y dado que la sanción prevista no afecta la libertad personal de los procesados, la Corte ha aceptado que en el derecho administrativo sancionatorio, y dada la flexibilidad admitida respecto del principio de legalidad, **la forma típica pueda tener un carácter determinable. Posibilidad que no significa la concesión de una facultad omnímoda al operador jurídico, para que en cada situación establezca las hipótesis fácticas del caso particular**. Por ello, la Corte ha sido cuidadosa en precisar, que si bien es posible la existencia de una forma típica determinable, es imprescindible que la legislación o el mismo ordenamiento jurídico, establezcan criterios objetivos que permitan razonablemente concretar la hipótesis normativa, como ha sido reiterado con insistencia' (Subraya por fuera del texto original). Sentencia C-406 del 4 de mayo de 2004. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández, A.V.: Álvaro Tafur Galvis, A.V.: Manuel José Cepeda Espinosa, S.P.V.: Jaime Araújo Rentería) a partir de la aplicación de otras normas jurídicas:

(ii) Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley;

(iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción;

(…)".

(Corte Constitucional. Sentencia C-507 del 6 de julio de 2006. Demandante: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro. Magistrado ponente: **Álvaro Tafur Galvis.** Expediente D-6063).[49]

- Tipicidad (en el derecho disciplinario): "(…) la Corte ha dicho: (…) '**Dentro de los principios que rigen el derecho disciplinario, está sin duda el de la tipicidad**, que exige que **la conducta** del servidor público que la ley erige como falta **sea previamente definida por el legislador, así como la sanción correspondiente**. En efecto, la Corte en reiterada jurisprudencia ha establecido que los principios del derecho penal general se aplican mutatis mutandis al derecho administrativo disciplinario, toda vez que los mismos son garantía de los derechos fundamentales de la persona investigada (Cf. Corte Constitucional Sentencias T-438 del 1º de julio de 1992, C-195 del 20 de mayo de 1993, C-708 del 22 de septiembre de 1999, C- 280 de del 25 de junio de 1996 entre otras, y Corte Suprema de Justicia. Sentencia N.º 17 del 7º de marzo de 1985. M.P. Manuel Gaona Cruz).

'No obstante, dicho principio de tipicidad no tiene en el derecho disciplinario la misma connotación que presenta en el derecho penal, en donde resulta ser más riguroso. La razón de ser de esta diferencia se encuentra en la naturaleza misma de las normas penales y las disciplinarias. En las primeras, la conducta reprimida usualmente es

48 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 1290.

49 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., págs. 1006 a 1007.

autónoma. En el derecho disciplinario, por el contrario, por regla general los tipos no son autónomos, sino que remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición. Esta diferencia ha sido comentada por la doctrina especializada en los siguientes términos:

'Las normas penales no prohíben ni ordenan nada, sino que se limitan a advertir que determinadas conductas llevan aparejada una pena. Los tipos sancionadores administrativos, por el contrario, no son autónomos sino que se remiten a otra norma en la que se formula una orden o prohibición cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción. Estas normas sustantivas constituyen, por ende, un pretipo, que condiciona y predetermina el tipo de la infracción. Y por ello si se quisiera ser riguroso, la descripción literal de un tipo infractor habría de consistir en la reproducción de la orden o prohibición del pretipo con la advertencia añadida de la sanción que lleva aparejada su incumplimiento, es decir una reproducción de textos en doble tipografía' (Nieto García, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Tecnos. Madrid, 1994. P. 298. Citado por Jaime Ossa Arbeláez en Derecho Administrativo Sancionador, Ed. Legis Bogotá 2000).

'Por lo tanto **la tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función**, la orden o la prohibición **y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria** (Cf. Ossa Arbeláez, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador Ed. Legis Bogotá 2000 pág. 273). **Esta forma de definir la tipicidad a través de normas complementarias, es un método legislativo que ha sido denominado el de las normas en blanco. Estas consisten en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras. Sobre los tipos en blanco, la Corte ha dicho esas descripciones penales son constitucionalmente válidas, siempre y cuando el correspondiente reenvío normativo permita al intérprete determinar inequívocamente el alcance de la conducta penalizada y de la sanción correspondiente** (Cf. Sentencias C-127 del 30 de marzo de 1993 y C-599 del 4 de agosto de 1999. M.P Alejandro Martínez Caballero)". (Sentencia C- 404 del 19 de abril de 2001, M.P Marco Gerardo Monroy Cabra) *(las negrillas fuera del texto)*. (...)".

(Corte Constitucional. Sentencia C-431 del 6 de mayo de 2004. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-4857).[50]

- Tipicidad (en materia disciplinaria): "(...) La Corte, en varias oportunidades ha reconocido que **la tipicidad es un principio rector en materia disciplinaria**. Así, en la Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) expresó la Corte:

(...)

En la Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), expresó:

50 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., págs. 1290 a 1291.

'(…) **No sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que además, la sanción debe estar predeterminada**. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta'.

Los criterios antes expuestos aparecen reiterados en la Sentencia C-310 del 25 de junio de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) en la cual se dijo:

"'(…) el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, *mutatis mutandi* en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado'.

'También ha dicho que 'uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada'. Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como parte integrante del debido proceso, **pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa**'. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998. Demandante: Carlos Fernando Muñoz Castrillón. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-2086) *(las negrillas fuera del texto)*.[51]

- Principio de Tipicidad (en materias disciplinaria y penal): "(…) Acerca del principio de tipicidad en materia disciplinaria la Corte ha explicado:

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

En esta medida, la Corte ha admitido que mediante el principio de tipicidad 'se desarrolla el principio fundamental 'nullum crimen, nulla poena sine lege', **es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva**; en principio se **debe evitar pues la indeterminación** para no caer en una **decisión subjetiva y arbitraria** (Sentencia C-530 del 3 de julio de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett) *(las negrillas fuera del texto)*.

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

51 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., págs. 1291 a 1292.

(Corte Constitucional, Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería.

En la misma providencia la Corte concluyó:

'(…) para la Corte no cabe duda alguna que en el ámbito disciplinario los principios de legalidad y tipicidad actúan con menor rigurosidad que en el derecho penal delictivo, pues se admiten bajo determinadas condiciones el uso de tipos abiertos y de conceptos jurídicos indeterminados, a la vez que se le atribuye al juzgador disciplinario una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables. **Sin embargo, en aras de preservar el principio de reserva de ley, esta Corporación ha sostenido que es para el legislador un imperativo constitucional fijar en la ley disciplinaria, como mínimo, (i) los presupuestos básicos de la conducta típica que será sancionada, (ii) las remisiones normativas o los elementos determinables cuando se haya previsto un tipo en blanco o un concepto jurídico indeterminado, (iii) los criterios por medio de los cuales se puede precisar con claridad y exactitud la conducta, (iv) las sanciones y las pautas mínimas que permitan su imposición** y (v) los procedimientos que se adelanten para garantizar que su establecimiento se hará conforme a las exigencias mínimas del debido proceso' (Corte Constitucional, Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Aclaración de voto del magistrado Jaime Araújo Rentería) *(las negrillas fuera del texto).*

(…)

(Corte Constitucional. Sentencia C-720 del 23 de agosto de 2006. Demandante: Sandra Vanegas Leaño. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5968).[52]

- Principio de Tipicidad (exige al legislador la definición de las conductas reprobadas de manera clara, concreta e inequívoca, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho o la omisión a la prohibición): "(…) Sobre el particular la Corte ha expresado:

(…)

Cabe recordar entonces, que **el principio de legalidad está integrado a su vez por el principio de reserva legal y por el principio de tipicidad**, que por supuesto guardan entre sí una estrecha relación. Por lo tanto, **sólo el legislador está constitucionalmente autorizado para consagrar conductas infractoras de carácter delictivo, contravencional o correccional, establecer penas restrictivas de la libertad o sanciones de carácter administrativo o disciplinario**, y fijar los procedimientos penales o administrativos que han de seguirse para efectos de su imposición. De acuerdo con el segundo, **el legislador está obligado a describir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito, en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a sanción de carácter penal o disciplinario**. Igualmente, debe 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

52 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., págs. 1015 a 1016.

C-921 del 29 de agosto de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería). (Sentencia C-406 del 4 de mayo de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

Esto quiere decir que para poder, legítimamente, aplicar sanciones por parte del Estado (Al respecto debe recordarse que dichos principios se aplican de manera general en el derecho sancionador. Ver Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999, M.P. Álvaro Tafur Galvis), y como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, debe respetarse dicha garantía fundamental del debido proceso, destinada a 'proteger la libertad individual, controlar la arbitrariedad judicial y asegurar la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal' (Ver Sentencia C-653 del 20 de junio de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). (...)".

(Corte Constitucional. Sentencia C-507 del 6 de julio de 2006. Demandante: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro. Magistrado ponente: **Álvaro Tafur Galvis.** Expediente D-6063) *(las negrillas fuera del texto)*.[53]

- Principio de Tipicidad (exige la delimitación concreta de las conductas reprochables a efectos de su sanción): "(...) El principio de **tipicidad exige la delimitación concreta de las conductas reprochables a efectos de su sanción**. De conformidad con esta garantía del debido proceso disciplinario, **la norma creadora de las infracciones y de las sanciones, debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas, el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras**. La abstracta descripción de la conducta que tipifica el legislador como falta disciplinaria, con su correspondiente sanción, **debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; este principio proscribe la indeterminación en la tipificación de la conducta y la sanción**, en razón a que ello **propicia decisiones subjetivas y arbitrarias**. (Sentencia C-530 del 3 de julio de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett).

> Si bien la jurisprudencia ha admitido que en el derecho disciplinario pueda presentarse un menor grado de precisión en la descripción de las conductas sometidas a sanción, y bajo tal consideración, en algunos eventos, ha considerado admisibles los 'tipos abiertos' y 'los conceptos jurídicos indeterminados', ello sólo es factible **siempre y cuando puedan tener un carácter determinable al momento de su aplicación,** de manera que sea posible concretar la hipótesis normativa (Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005).
>
> **En el caso de los denominados tipos abiertos, la norma disciplinaria remite a un complemento normativo integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos**. De tal manera que en tales eventos**,** la tipicidad en las infracciones disciplinarias **se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones**, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria. (Sentencia C-404 del 19 de abril de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) (*las negrillas fuera del texto*).
>
> **En el caso de los 'conceptos jurídicos indeterminados', su concreción no se encuentra librada a la libre escogencia por parte del intérprete**. 'Dichos conceptos lejos de permitir a su interprete escoger libremente por una determinada opción

53 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 1017.

que se considere justa y válida, se encuentran sujetos a una única solución frente al asunto planteado, pues el mismo ordenamiento jurídico a través de los distintos métodos de interpretación, le impone al mismo dicha decisión. (Sentencias C- 818 del 9 de agosto de 2005; C- 371 de 2002) *(se destaca).*

Tal concreción, no responde a una apreciación discrecional del operador jurídico, si no que se encuadra dentro de los parámetros de valor o de experiencia que han sido incorporados al ordenamiento jurídico y de los cuales el operador jurídico no puede apartarse (Cfr. Sentencia C-371 del 14 de mayo de 2002) *(las negrillas fuera del texto)*.

Las expresiones usadas por el legislador en el numeral 10 del artículo 34, y en el numeral 18 del artículo 35 de la Ley 1015 de 2006[54], que erigen en falta disciplinaria, la comisión de conducta delictuosa (gravísima), o contravencional (grave) 'que empañe, o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la institución', no se adecúan a ninguna de las técnicas mencionadas con antelación, en cuanto no remite a otros complementos normativos, ni responde a parámetros de valor o de la experiencia que hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico, con algún nivel de consistencia y certidumbre. Por el contrario, se trata de expresiones que admiten multiplicidad de contenidos, que dependen de las concepciones y los cánones individuales del intérprete sobre lo que para él significa 'el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad o el prestigio' de una institución. La expresión empaña 'Quitar la tersura, brillo o diafanidad. / Oscurecer o manchar el honor o la fama, amenguar el mérito o la gloria de una persona o de una acción'. (Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 1992, Tomo I, pág. 808). Núcleo rector de las conductas disciplinarias examinadas, describe una acción carente de idoneidad para afectar el interés jurídico de la función pública.

Estas expresiones, incorporan conceptos vagos e imprecisos, que pueden fluctuar al vaivén de las convicciones y opiniones personales del intérprete, y adicionalmente no concretan una real afectación del deber funcional como presupuesto de legitimación del injusto disciplinario. La primera objeción estructura una violación al principio de legalidad en materia sancionatoria en su dimensión de necesidad de ley previa, estricta y precisa, en tanto que la segunda objeción, configura una trasgresión al principio de lesividad o ilicitud sustancial (capacidad de afectación de la función pública) que debe orientar las conminaciones disciplinarias. **Una y otra se proyectan en una violación del principio de reserva legal de las faltas disciplinarias, en tanto que la ambigüedad y la falta de precisión de las expresiones examinadas conduce a que sea el intérprete y no el legislador quien determine el contenido de la hipótesis normativa**.

Las expresiones 'que empañe o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto y el prestigio' referidas a la institución policial, dado su grado de indeterminación, **crean la posibilidad de que se sancionen conductas inocuas, es decir carentes de idoneidad para afectar la eficacia, eficiencia y la corrección de la función pública, y en particular los fines de la actividad policial**. Así mismo **despoja la falta disciplinaria de los atributos de precisión y taxatividad que la deben caracterizar**. Esto refleja un desconocimiento, por parte del legislador, de los límites constitucionales contenidos en los artículos 6°, 29, y 218 de la Carta, que

54 Del 7 de febrero.

deben guiar el ejercicio de la potestad de configuración en materia disciplinaria, lo que conduce a su inexequibilidad y así lo declarará la Corte en la parte resolutiva de esta sentencia *(las negrillas fuera del texto).*

(…)

> (Corte Constitucional. Sentencia C-097 del 14 de febrero de 2007. Demandante: **César Augusto Ospina Morales.** Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-6374).[55]
>
> **- Principio de Tipicidad (exige qué parte de la disposición requiere completarse con otros preceptos jurídicos y si es posible efectivamente completar la norma cuestionada a partir de la lectura de las normas a las que se remite):** "(…) De las consideraciones anteriores se desprende entonces que **las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse la autoridad disciplinaria para imponer las sanciones correspondientes**, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados (Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario y su respeto del debido proceso Ver, entre otras, la Sentencia C-181 del 12 de marzo de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos (Ver Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis).
>
> Así mismo cabe reiterar que como se señaló en la Sentencia C-343 del 3 de mayo de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Jaime Araújo Rentería) la remisión normativa (La Corte ha dicho que el acto de remitir consiste en 'indicar en el texto de la ley proferida otro lugar distinto, que puede ser dentro de la misma norma u otro texto cualquiera, donde consta lo que atañe al punto tratado'. Sentencia C-710 del 5 de julio de 2001. M.P.: Jaime Córdoba Triviño) como técnica legislativa no es per se inconstitucional cuando se analiza desde la perspectiva del principio de tipicidad, puesto que es preciso verificar qué parte de la disposición en cuestión requiere completarse con otros preceptos jurídicos y si es posible efectivamente completar la norma cuestionada a partir de la lectura de las normas a las que se remite (lo hasta aquí subrayado fuera del texto). Por tanto, no es posible inferir del principio de tipicidad que una remisión que el mismo legislador hace a otro contenido normativo sea de suyo inexequible. (Sentencia C-710 del 5 de julio de 2001. M.P.: Jaime Córdoba Triviño. En ésta sentencia, la Corte declaró exequible el parágrafo 3° del artículo 85 de la Ley 99 de 1993 'respecto a los cargos formulados y siempre que se entienda la expresión al estatuto que lo modifique o sustituya como una facultad que a futuro sólo puede ejercer el legislador', que dispone 'Parágrafo 3. Para la imposición de las medidas y sanciones a que se refiere este artículo se estará al procedimiento previsto por el Decreto 1594 de 1984 o al estatuto que lo modifique o sustituya'. En el mismo sentido, la Corte en Sentencia C-853 del 17 de agosto de 2005 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño. S.V.: Alfredo Beltrán Sierra) afirmó que 'En efecto, en ejercicio de la cláusula general de competencia el Congreso puede acudir a la figura del reenvío de normas siempre que ella sea clara y se refiera a un texto o textos

55 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., págs. 1018 a 1019.

definidos. Así mismo, para que una remisión sea ajustada a la Constitución no se requiere que ella se refiera a un texto legal en sentido estricto o formal, pues son admisibles las remisiones hechas a otra norma del orden jurídico'.

No obstante, como en la misma sentencia se precisó, para que la remisión sea constitucional, la disposición que la efectúa ha de comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que al respecto haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones (Sentencia C-710 del 5 de julio de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Además, es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se realice con el respeto debido al principio de tipicidad.

Adicionalmente, a las personas no se les puede aplicar una descripción de la conducta sancionada efectuada con posterioridad a la realización de la misma, porque ello desconocería el principio de *lex praevia* (Ver Sentencia C- 343 del 3 de mayo de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa S.V. Jaime Araújo Rentería). (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-507 del 6 de julio de 2006. Demandante: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro. Magistrado ponente: **Álvaro Tafur Galvis.** Expediente D-6063) *(las negrillas fuera del texto).*[56]

- Tipicidad (y faltas descritas en norma previa): "(…) También ha dicho que 'uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual **las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada'**. Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como parte integrante del debido proceso, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, '**nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa**. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-310 del 25 de junio de 1997. Demandante: Carlos Mario Isaza Serrano. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1515) *(las negrillas fuera del texto).*[57]

- Tipicidad, Antijuridicidad y Culpabilidad (como principios del derecho penal se aplican en el derecho disciplinario): "(…) Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, entre otros, se muestran como rectores del proceso disciplinario en general (Ver la Sentencia C-310 del 25 de junio de 1997, M.P. Dr. Carlos Gaviria Díaz). Así mismo, dada la utilización extensiva de algunos de los elementos singulares del derecho penal sustantivo y procesal, resultan aplicables en el derecho disciplinario los principios atinentes a la tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y proporcionalidad de la sanción, con las adaptaciones convenientes a la finalidad ya señalada de este régimen. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999.

56 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., págs. 1023 a 1024.

57 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 1293.

Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: **Álvaro Tafur Galvis.** Expediente D-2329).[58]

- Tipicidad del Derecho Sancionador (se aplica al derecho disciplinario): "(…) en la reciente Sentencia C-252 del 25 de marzo de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, expuso:

'(…)

'(…) Así, el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales **y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y non bis in ídem, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza**'. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004. Demandante: Javier Alejandro Acevedo. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-4560) *(las negrillas fuera del texto).*[59]

- Tipicidad en el Derecho Penal Delictivo y en el Derecho Sancionatorio (diferencias): "(…) Al respecto la Corporación ha afirmado que las diferencias principales que se encuentran entre la tipicidad en el derecho penal delictivo y en el derecho sancionatorio disciplinario, básicamente aluden a i) la precisión con la cual deben estar definidas las conductas en las normas disciplinarias y concretamente la posibilidad de establecer tipos disciplinarios en blanco y ii) la amplitud que goza la autoridad disciplinaria para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas disciplinarias en los procedimientos sancionatorios (Ver Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil A.V. Jaime Araújo Rentería).

3.4.2.2.1 En cuanto a la primera diferencia, esta Corporación ha reconocido que en el ámbito del proceso disciplinario son admisibles las faltas disciplinarias que consagren 'tipos abiertos' concepto jurídico que alude a aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos. **Así, la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria** (Ver Sentencia C-404 del 19 de abril de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En el mismo sentido ver Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil A.V. Jaime Araújo Rentería).

58 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 1295.

59 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 1295.

La razón que fundamenta la admisibilidad de los 'tipos abiertos' en el derecho disciplinario radica en la necesidad de salvaguardar el principio de eficiencia de la función pública (C.P. art. 209). Esta Corporación ha reconocido que exigir una descripción detallada en la ley disciplinaria de todos los comportamientos susceptibles de sanción, conduciría en la práctica a tener que transcribir todo el catálogo de deberes, mandatos y prohibiciones que se imponen a los servidores públicos en las distintas normas jurídicas, traduciéndose dicha exigencia en un obstáculo para la realización coherente, ordenada y sistemática de la función disciplinaria y de las finalidades que mediante ella se pretenden, cuales son, 'la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado' (Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis).

(...)

Además, es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se realice con el respeto debido al principio de tipicidad.

(...)

Aun cuando a juicio del actor, el señalamiento de esos criterios para definir sobre el nivel de lesión que puedan llegar a soportar los bienes jurídicos protegidos por la ley disciplinaria, pueda parecer amplio, el mismo no deja de ser expreso, preciso, cierto y previo ante las conductas que por comisión u omisión, constituyen infracciones disciplinarias, pues es de la competencia del legislador configurar el tipo disciplinario en forma genérica, con cierto grado de indeterminación y sin recabar en precisiones exageradas de los elementos que lo estructuran, mediante el uso de parámetros generales de las conductas dignas de desaprobación, para efectos de su encuadramiento típico.

Con base en lo anterior, es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario.

(...)

De manera pues que, no todas las faltas disciplinarias afectan gravísimamente los bienes jurídicos protegidos por el régimen disciplinario; de ahí que, a partir de la valoración de los diversos niveles de lesión, el legislador, como resultado del ejercicio de sus facultades, apoyado en la intensidad de afectación que observe en esos bienes jurídicos por cada una de tales faltas y siguiendo la gravedad del injusto, tenga la potestad de crear y clasificar las

conductas tipificadas como infractoras, en formas atenuadas o agravadas para efectos de la imposición de la sanción.

(…)

Las anteriores consideraciones llevan a esta Sala a concluir que cuando el legislador consagró una clasificación de las faltas disciplinarias entre graves y leves en el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, acusado, y estableció unos criterios con base en los cuales el investigador disciplinario deba definir sobre la responsabilidad final en materia disciplinaria de los servidores públicos, para efectos de aplicar la correspondiente sanción, lo hizo atendiendo a los postulados generales de los regímenes punitivos aceptados por el ordenamiento constitucional, en la forma vista, con claro desarrollo de las facultades legislativas en materia de definición de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, dentro de lo cual, es evidente que la misma puede ser graduada de conformidad con el nivel de culpabilidad con que se actúa y la intensidad de la lesión que se produzca en los bienes jurídicos protegidos con la ley disciplinaria' (Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis).

(…)

3.4.3 De todo la anterior se desprende, como ya lo ha señalado la Corte, que en el ámbito disciplinario los principios de reserva de ley y tipicidad actúan con menor rigurosidad que en el derecho penal delictivo, pues se admiten en determinadas condiciones, el uso de tipos abiertos, a la vez que se le atribuye al juzgador disciplinario una mayor amplitud para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas reprochables.

(…)".

(Corte Constitucional. Sentencia C-507 del 6 de julio de 2006. Demandante: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro. Magistrado ponente: **Álvaro Tafur Galvis.** Expediente D-6063) *(las negrillas fuera del texto).* [60]

- Tipicidad Penal (tiene cabida en los regímenes sancionatorios): "(…) La concordancia que un régimen disciplinario pueda tener con ese mandato constitucional, **en lo que a la determinación de las faltas disciplinarias se refiere, requiere dar cabida a los principios propios de los regímenes sancionatorios en lo relacionado con la valoración de la tipicidad**, antijuridicidad y culpabilidad. (…)" (las negrillas fuera del texto). (Corte Constitucional. Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: **Álvaro Tafur Galvis.** Expediente D-2329).[61]

- Tipicidad (y garantías constitucionales propias del proceso penal en el derecho disciplinario). "(…) En el ámbito del derecho disciplinario tienen aplicación, en lo pertinente, las garantías constitucionales propias del proceso penal, por tratarse de una manifestación administrativa del poder sancionador del Estado; **entre ellas el principio de tipicidad, que constituye una manifestación del principio constitucional de legali-**

60 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Ossman, Karolina, ob. cit., págs. 1296 a 1302.

61 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Ossman Acosta, Karolina, ob. cit., pág. 1303.

dad". (Decisión reiterada en las Sentencias C-507 del 6 de julio de 2006 y C-720 del 23 de agosto de 2006) *(las negrillas fuera del texto).* Corte Constitucional. Sentencia de Tutela – 1093 del 4 de noviembre de 2004. Magistrado ponente. Manuel José Cepeda Espinosa.

- Faltas Disciplinarias (deben estar descritas en norma previa): "(…) La Corte, en varias oportunidades ha reconocido que **la tipicidad es un principio rector en materia disciplinaria**. Así, en la Sentencia C-417 del 4 de octubre de 1993 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo) expresó la Corte:

'**Las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas**. Según las voces del artículo 124 de la Constitución, "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva'.

En la Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) expresó:

'(…) **No sólo las faltas disciplinarias deben estar descritas en norma previa sino que además, la sanción debe estar predeterminada**. Debe haber pues certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta'

Los criterios antes expuestos aparecen reiterados en la Sentencia C-310 del 25 de junio de 1997 (M.P. Carlos Gaviria Díaz) en la cual se dijo:

'(…) el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, *mutatis mutandi* en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado'.

'También ha dicho que 'uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, la sanción debe estar predeterminada'. Dicho principio está consagrado en nuestra Constitución como parte integrante del debido proceso, pues al tenor del artículo 29 de la Constitución, 'nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa' (…)" *(las negrillas fuera del texto)*. (Corte Constitucional. Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998. Demandante: Carlos Fernando Muñoz Castrillón. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-2086).[62]

- Tipicidad (y legalidad): En refuerzo de los principios de tipicidad y legalidad, la Corte Constitucional, en el año de 2012, señaló en la Sentencia C-030 del 1 de febrero de 2012. Demandante: Silvio Sanmartín Quiñones Ramos. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente D-2329, lo siguiente:

Ahora bien, en el ámbito del derecho disciplinario, el principio de legalidad se encuentra reconocido en varias disposiciones constitucionales. Así, el artículo 29 Superior

62 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina, ob. cit., págs. 459 a 460.

consagra que **nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa**. Los artículos 122 y 123 de la Carta Política establecen que **los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones se someterán a los comportamientos descritos en la Constitución, la ley y el reglamento**, y que, en todo caso, "no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento". El artículo 124 que le asigna al Legislador la potestad normativa para crear, modificar o derogar el régimen de responsabilidad al que se someten los servidores del Estado, disponiendo que "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva".

La jurisprudencia constitucional ha destacado el carácter garantista que conlleva la positivización constitucional del principio de legalidad en el ámbito del derecho disciplinario, en cuanto "**el sujeto disciplinado tiene derecho a conocer anticipadamente cuáles son las conductas prohibidas y las sanciones que se derivan de su infracción**. Al igual que puede exigir que su juicio se adelante conforme a los procedimientos preexistentes al acto que se le imputa y según las normas vigentes al momento de comisión del comportamiento antijurídico (C.P. artículo 29)."[63]

> Respecto a las finalidades que persigue **el principio de legalidad**, la jurisprudencia constitucional ha señalado que éste (i) **otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer**; (ii) exige que **el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley**, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser una competencia privativa del Legislador[64]; (iii) **constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos**; (iv) protege la libertad individual; (v) **controla la arbitrariedad judicial y administrativa**; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado.[65]
>
> **5.3** Otro principio rector del debido proceso y que se encuentra en intrínseca conexión con el principio de legalidad es el principio de reserva de ley, el cual se manifiesta en la obligación del Estado de someter el desarrollo de determinadas materias o de ciertos asuntos jurídicos necesariamente a la ley, o al menos, a tener como fundamento la preexistencia de la misma. Así lo reconoce expresamente el artículo 29 del Texto Superior, cuando establece que nadie podrá ser juzgado sino "conforme" a leyes preexistentes al acto que se le imputa. Sin embargo, este principio no implica que para su determinación la ley no pueda remitirse a otras normas reglamentarias.[66]
>
> En este sentido, la jurisprudencia de **esta Corte ha establecido que en el ámbito disciplinario, la consagración de los comportamientos reprochables disciplinariamente o faltas disciplinarias, así como las sanciones, los criterios para su fijación y los procedimientos para adelantar su imposición, corresponden a una materia que compete desarrollar de manera**

63 Ibidem.

64 Consultar las Sentencias C-597 del 6 de noviembre de 1996, C-827 del 8 de agosto de 2001 y C-796 del 24 de agosto de 2004.

65 Ver Sentencia C-653 del 20 de junio de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, reiterado en Sentencia C-124 del 18 de febrero de 2003, M.P. Jaime Araújo Rentería.

66 Ver Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

> **exclusiva a la ley, tanto en sentido formal como material**[67], de manera que **las conductas que prevean los deberes o faltas disciplinarias deben estar estipuladas previamente en una norma legal**. Así mismo, ha estipulado que no obstante lo anterior, para la determinación y aplicación de la norma disciplinaria en cada caso en concreto, la ley debe remitir al conjunto de funciones o de deberes específicos que se le asignen a los servidores públicos, las cuales se encuentran consignadas en normas jurídicas de inferior jerarquía a la ley, siempre y cuando su existencia se encuentre conforme a la ley misma.[68]
>
> **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**".[69]
>
> 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**"[70]. 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 dónde llega la protección jurídica de sus propios actos o actuaciones**."[71]

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".[72] 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.[73]

De conformidad con la doctrina y la jurisprudencia constitucional, el concepto de precisión mencionado, ligado analíticamente al principio de tipicidad, implica que son varios los aspectos normativos que debe regular de manera clara y expresa la norma

---

67 Ver, entre otras, las Sentencias T-181 del 12 de marzo de 2002, C-506 del 3 de julio de 2002, C-948 del 6 de noviembre de 2002, C-1076 del 10 de diciembre de 2002, C-125 del 18 de febrero de 2003, C-252 del 25 de marzo de 2003, SU-383 del 13 de mayo de 2003 y T-1093 del 4 de noviembre de 2004.

68 Ver Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

69 Ibidem.

70 Sentencia C-530 del 3 de julio de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, reiterado en Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

71 Sentencia C-796 del 24 de agosto de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

72 Sentencia C-564 del 17 de mayo de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

73 Ver Sentencia C-564 del 17 de mayo de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

sancionatoria: (i) el grado de culpabilidad del agente (si actuó con dolo o culpa); (ii) la gravedad o levedad de su conducta (si por su naturaleza debe ser calificada como leve, grave o gravísima); y (iii) la graduación de la respectiva sanción (mínima, media o máxima según la intensidad del comportamiento). **Si el precepto que contiene la conducta jurídicamente reprochable no permite definir tales aspectos, el mismo resulta contrario al principio de tipicidad y proporcionalidad y, por tanto, resulta inconstitucional**.[74]

No obstante y como ya se mencionó, si bien el principio de tipicidad es plenamente exigible en el derecho disciplinario, éste se aplica con una mayor flexibilidad y menor rigurosidad en este ámbito. Lo anterior, por cuanto "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"[75]. Para la Corte, la razón fundamental de esta característica del derecho disciplinario se origina en la naturaleza misma de las normas disciplinarias, **toda vez que éstas suelen carecer de completud y autonomía, ya que es necesario remitirse a otras preceptivas en donde se encuentren regulados en concreto los deberes, funciones, obligaciones o prohibiciones para los diferentes servidores públicos, teniendo en cuenta los cargos y ramas del poder público a los que pertenezcan**.[76]

> De esta forma, esta Corporación ha aclarado que **en el derecho disciplinario** la regla general es que **la aplicación de sus normas generales se lleve a cabo a partir de una interpretación sistemática y de una remisión a aquellas otras normas que contienen la prescripción de las funciones, deberes, obligaciones o prohibiciones concretas respecto del cargo o función cuyo ejercicio se le ha encomendado a los servidores públicos, y cuyo incumplimiento genera una falta disciplinaria**.[77] Esta forma de definir la tipicidad de la conducta a través de la remisión a normas complementarias, comporta un método conocido por la doctrina y la jurisprudencia como el de las **normas o tipos en blanco**, que consiste precisamente "**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**"[78].
>
> En consecuencia, la jurisprudencia constitucional ha encontrado que las principales diferencias existentes entre la tipicidad en el derecho penal y en el derecho disciplinario se refieren a (i) la precisión con la cual deben estar definidas las conductas en las normas disciplinarias, y (ii) la amplitud de que goza el fallador disciplinario para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas disciplinarias en los procedimientos sancionatorios.[79]
>
> **5.5** En relación con la primera de las diferencias mencionadas, esta Corporación ha admitido la validez, desde el punto de vista constitucional, de

74 Ver Sentencia C-796 del 24 de agosto de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

75 Sentencia C-404 del 19 de abril de 2001, reiterado en Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005.

76 Ver las Sentencias C-244 del 30 de mayo de 1996, C-564 del 17 de mayo de 2000, C-404 del 19 de abril de 2001 y C-181 del 12 de marzo de 2002, entre otras.

77 Ver Sentencia C-404 del 19 de abril de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

78 *Ibidem*.

79 Ver Sentencias C-404 del 19 de abril de 2001 y T-1093 del 4 de noviembre de 2004, entre otras.

que las normas que fijen deberes o faltas disciplinarias constituyan "tipos abiertos" o "conceptos jurídicos indeterminados".

(i) **El concepto jurídico de "tipos abiertos" hace referencia a "aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsumen en las mismas, remiten a un complemento normativo, integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos**. Así, **la tipicidad en las infracciones disciplinarias se determina por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones**, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria"[80-81]. *Ibidem*.

(...)

En consecuencia, el concepto jurídico de tipos abiertos en materia disciplinaria, hace referencia a una regulación genérica con una textura normativa abierta, que por tanto requiere de un complemento normativo para su interpretación y aplicación, y en consecuencia remite, para su determinación en concreto, a aquellas normas que consagren en concreto los deberes, obligaciones, mandatos o prohibiciones para los diferentes servidores públicos.

Respecto de los llamados tipos en blanco, ha considerado la Corte que se ajustan al principio de tipicidad y son admisibles constitucionalmente, en los casos en que el correspondiente reenvío normativo permita al operador jurídico establecer y determinar inequívocamente el alcance de la conducta reprochable y de la sanción correspondiente. [82] Así, en principio es válido el establecimiento de tipos disciplinarios que ostentan un grado de determinación menor que los tipos penales, sin que ello signifique que la imprecisión definitiva en la descripción de la conducta sancionable conduzca a la violación del principio de tipicidad.[83]

(...)

Por tanto, la jurisprudencia constitucional ha admitido expresamente que en materia disciplinaria es válido el uso de conceptos jurídicos indeterminados, siempre y cuando la forma típica tenga un carácter determinable al momento de su aplicación, para lo cual es necesario que en el ordenamiento jurídico, en la Constitución, la ley o el reglamento se encuentren los criterios objetivos que permitan complementar o concretar las hipótesis normativas de manera razonable y proporcionada, de lo contrario vulnerarían el principio de legalidad al permitir la aplicación discrecional de estos conceptos por parte de las autoridades administrativas.[84]

---

80 Sentencia C-404 del 19 de abril de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

81 Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

82 Ver Sentencias C-127 del 30 de marzo de 1993 y C-599 del 4 de agosto de 1999. M.P Alejandro Martínez Caballero.

83 Ver Sentencia C-796 del 24 de agosto de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

84 Al respecto puede consultarse la Sentencia C-530 del 3 de julio de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, mediante la cual la Corte analizó la constitucionalidad de la expresión "maniobras peligrosas e irresponsables" consagrada en el Código Nacional de Tránsito Terrestre. Así mismo, ver

> Acerca de este tema, esta Corporación ha expresado que "**el uso de los conceptos indeterminados es admisible en una infracción administrativa y no desconoce el principio de igualdad, pero siempre y cuando dichos conceptos sean determinables en forma razonable**, **esto es, que sea posible concretar su alcance, en virtud de remisiones normativas o de criterios técnicos, lógicos, empíricos, o de otra índole, que permitan prever, con suficiente precisión, el alcance de los comportamientos prohibidos y sancionados. Por el contrario, si el concepto es a tal punto abierto, que no puede ser concretado en forma razonable, entonces dichos conceptos desconocen el principio de legalidad,** pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonada a la discrecionalidad de las autoridades administrativas, que valoran y sancionan libremente la conducta sin referentes normativos precisos". [85] *(Resalta la Sala).* (...)". (Sentencia C-030 del 4 de febrero de 2012. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente D-8608).

Los conceptos de "tipicidad", "preservación del orden interno" y " correctivos" o medios para encauzar la disciplina

El artículo 68 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (artículo 51 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), expresa:

> "***Artículo 68. Preservación del 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 adoptará las medidas correctivas pertinentes sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno[86].

De la lectura atenta del artículo 68 del Código General Disciplinario, se puede concluir que, cuando se trate de **hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin afectar sustancialmente los deberes funcionales**, le corresponde al jefe inmediato el **adoptar las medidas correctivas pertinentes sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno y sin que le genere ninguna clase de antecedente disciplinario**, lo que reemplaza el **llamado de atención** al autor del hecho al que se refería el derogado artículo 51 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

Sobre el particular habrá que preguntarse: ¿cuáles ***hechos*** serán los que ***contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia***?, ¿se podrán

---

también la Sentencia C-406 del 4 de mayo de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, en donde la Corte estudió algunas atribuciones de la Superintendencia de Valores para imponer medidas correccionales a las instituciones financieras. Ver igualmente la Sentencia C- 762 del 29 de octubre de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

85 Sentencia C-530 del 3 de julio de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, reiterado en la Sentencia C-406 del 4 de mayo de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

86 Este artículo fue demandado por Carlos Mario Isaza Serrano el día 25 de febrero de 2002 y la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002 lo declaró EXEQUIBLE, con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, expediente D-3955.

Igualmente, todo lo subrayado fue demandado por Jaime Mejía Ossman el día *20 de mayo de 2002* y la *Corte Constitucional* mediante *Sentencia C-124 del 18 de febrero de 2003* lo declaró **EXEQUIBLE**, con ponencia de Jaime Araujo Rentería. *Expediente D-4075.*

solamente deducir de las faltas graves o de las leves? ¿O será que se parte de las faltas graves culposas o de las leves culposas? o ¿únicamente se deducen de las faltas leves culposas hacia abajo que son conductas que ameritan sanción con amonestación escrita conforme al numerales 6 del artículo 48 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019?

O será mejor que los interrogantes expuestos en precedencia no tienen razón de ser, habida cuenta que **lo que se valora no es el contrariar en menor grado el orden administrativo al interior de la dependencia sino la no afectación sustancial de los deberes funcionales**, caso en el cual no interesaría la predicha contrariedad **"en menor grado"** o, por qué no decirlo, en medio grado o en mayor grado, pues **en sede de antijuridicidad o de ilicitud sustancial sino se afectan sustancialmente los deberes funcionales, la conducta se transforma en jurídica, sin interesar si es gravísima, grave o leve**. O, por decir algo más: será que el legislador quiso decir: "**en menor grado"** con relación a lo sustancial de la ilicitud. Es decir: que no sea una ilicitud sustancial "**en mayor grado", sino "en menor grado"**.

Razón tienen algunos académicos, a los cuales coadyuvamos, en pensar que la anterior disposición es muy **ambigua**, incitante a la **discrecionalidad y a la arbitrariedad**, ya que el **legislador** no **puede dejar al jefe inmediato la potestad** de calificar ***motu proprio* qué hechos contrarían en menor grado el orden administrativo al interior de la dependencia**, cuando comportamientos **típicos muy menores** como los que conducen a faltas leves culposas **son objeto de reproche por parte de las autoridades disciplinarias**, lo que **desplazaría de manera automática la potestad disciplinaria y sería reemplazada por apreciaciones subjetivas del jefe inmediato**, circunstancia que obviamente **desnaturaliza el proceso disciplinario** y **desconoce el principio de legalidad**. Una razón más para **no admitir**, como lo formularemos más adelante, el criterio que la **tipicidad y la ilicitud o antijuridicidad sustancial son inescindibles**.

En el pasado con la aplicación de las Leyes 836 del 16 de julio de 2003 (Reglamento del Régimen para las Fuerzas Militares) y 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario de la Policía Nacional), se incluían los **medios correctivos** y los **medios preventivos** dentro de esas codificaciones disciplinarias, sin que esos medios **"correctivos"** (en las Fuerzas Militares) y **"preventivos"** (en la Policía Nacional), **tuvieran que ver con el "régimen disciplinario" de esos servidores públicos**, pues eran simples criterios del comandante **"para mantener y encausar la disciplina militar y policial",** los que tampoco constituyen conductas o comportamientos disciplinables en la Ley 1952 del 28 de enero de 2019. Los **"correctivos"** (en las Fuerzas Militares) o **"medios preventivos"** (en la Policía Nacional) empleados en ambas instituciones, estaban contenidos en los artículos 66 y 67 de la Ley 836 del 16 de julio de 2003 y 27 de la Ley 1015 del 7 de febrero de 2006, los cuales, en su orden, señalaban:

> *Ley 836/2003*. "*Artículo 66. Correctivos para encauzar la disciplina militar.* Los **correctivos para encauzar la disciplina militar podrán ser impuestos por cualquier superior jerárquico y no se consideran como sanciones disciplinarias**.
>
> Los correctivos serán: **Temas escritos sobre asuntos militares o de carácter general; la disminución de las horas de salida; las presentaciones en horas especiales ante quien se determine; las labores de aseo de armamento o de aseo o arreglo de dependencias; la pérdida de salidas; las llamadas de atención o al orden y la corrección para la prestación adecuada del servicio**".

> *Ley 836/2003.* "***Artículo 67. Prohibición.*** Está prohibida la aplicación de correctivos que vayan contra la dignidad humana o la integridad personal".
>
> *Ley 1015/06.* "***Artículo 27. Medios para encauzarla.*** *Los medios para encauzar la disciplina son preventivos y correctivos.*
>
> *Los* **medios preventivos hacen referencia al ejercicio del mando con el fin de orientar el comportamiento de los subalternos** a través de llamados de atención verbal, tareas tales como acciones de tipo pedagógico, asistencia a cursos de formación ética, trabajos escritos, como medios disuasivos de aquellas conductas que no trascienden ni afectan la función pública, sin que ello constituya antecedente disciplinario *(las negrillas fuera del texto).*
>
> (...)".

De los textos legales que preceden, se advertía que las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, también querían destacar esta figura para **"encauzar la disciplina"**, a través del superior jerárquico, sin que ninguno de esos medios se consideraban sanciones disciplinarias; ni constituían tipificaciones expresas de la Ley Disciplinaria Militar y Policial, pues simplemente se basaban para las Fuerzas Militares en "temas escritos sobre asuntos militares o de carácter general; la disminución de las horas de salida; las presentaciones en horas especiales ante quien se determinaba; las labores de aseo de armamento o de aseo o arreglo de dependencias; la pérdida de salidas; las llamadas de atención o al orden y la corrección para la prestación adecuada del servicio" y para la Policía Nacional: hacían "referencia al ejercicio del mando con el fin de orientar el comportamiento de los subalternos a través de llamados de atención verbal, tareas tales como acciones de tipo pedagógico, asistencia a cursos de formación ética, trabajos escritos, como medios disuasivos de aquellas conductas que no trascienden ni afectan la función pública", sin que ello constituyera "antecedente disciplinario".

La Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), cuándo en el artículo 27 se refería a los **"los medios correctivos"** se dirigía a: **"la aplicación del procedimiento disciplinario en caso de ocurrencia de falta definida como tal en la presente ley"**.

Algunos estudiosos del derecho disciplinario al no admitir dentro de la redacción de la figura de la **"preservación del orden interno"**, la amplitud que brinda el legislador sobre **los hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo** al interior de cada dependencia **sin afectar sustancialmente los deberes funcionales por parte del jefe inmediato** y al no poder determinar cuáles son esos **hechos que contrarían en menor grado** el orden administrativo [¿será en menor sustancialidad? ¿Cómo se determina?] y si esa valoración se deriva de faltas graves culposas o leves culposas ¿cuál será el menor grado? o cual será el menor grado de la sustancialidad y cuándo hay la exigida sustancialidad sin menor grado? Son reflexiones que **anulan la valoración que debe predicarse de la ilicitud sustancial**, ya que ese ejercicio mental implica la **libertad del jefe inmediato** para calificar los hechos que contrarían en menor grado la disciplina al interior de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional, **desplazando la potestad disciplinaria por sus apreciaciones subjetivas y por ende la valoración de la ilicitud sustancial requerida**, lo cual, como ocurre en la Leyes Disciplinarias Generales, **desnaturaliza el proceso disciplinario militar y policial**, con **desconocimiento del principio de legalidad**, pues una cosa es la **disciplina en el ejercicio del mando** y otra **el derecho disciplinario**. Recuérdese que los medios correctivos (en las Fuerzas

Militares) y los medios preventivos (en la Policía Nacional), **no admiten el poder disciplinario preferente** por no formar parte de la **potestad disciplinaria** sino de la esfera del **superior jerárquico para encauzar la disciplina** y **no el derecho disciplinario**.

Tipicidad, legalidad y el artículo 65 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[87] **(numeral 1º del artículo 48 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002**[88]**);** ***artículos 45 y 46 parágrafos de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022***[89] (**numeral 9º del artículo 34 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2002**).[90-91]

Una vez estudiado el *principio de legalidad*, así como el *concepto de tipicidad* y antes de abordar este tema que permite *aumentar el catálogo de faltas disciplinarias* con la *conversión* de conductas descritas en la ley como delitos, objetivamente calificados como "dolosos", es muy importante advertir que con estas reflexiones académicas lo que se propone es buscar "respuestas" en ese complejo tema de "reenvío a la ley que describa delitos", para que la autoridad disciplinaria pueda transformarlos en "faltas disciplinarias", lo cual obviamente queda claro que fue admitido por el legislador y por la *Corte Constitucional* dentro del terreno del derecho disciplinario. En la actualidad la *conversión de conductas descritas en la ley penal como dolosas en faltas disciplinarias gravísimas o graves*, desapareció de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar), lo cual consideramos **un compromiso más en defensa de nuestro Estado Constitucional, social y democrático de derecho**. El texto del numeral 30 del artículo 58 de la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003* (al igual que en el artículo 48 (1) de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*) señalaban:

> *"30. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo"*.

En efecto, el artículo 65 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[92] (numeral 1º del artículo 48 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[93]); artículos 45 y 46 parágrafos de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022[94] (numerales y 9º y 17 de los artículos 34 y 35 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006[95]), a diferencia de las normas que reemplazaron, anotan:

> *Ley 1952/2019*. "***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

87 Código General Disciplinario.

88 Código Disciplinario Único.

89 Estatuto Disciplinario Policial.

90 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

91 El artículo 58 (30) de la Ley 836 del 16 de julio de 2003 (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares), contenía este mandato en términos muy similares a la Ley 734 del 5 de febrero de 2002. Hoy, a través del legislador, abandonó este mandato al no incorporarlo en la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar).

92 Código General Disciplinario.

93 Código Disciplinario Único.

94 Estatuto Disciplinario Policial.

95 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él"[96].

Ley 2196/2022. "***Artículo 45. Parágrafo:*** 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 o incurrir en una conducta **descrita en la Ley como delito a título de dolo**, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia del cargo o la función; o cuando se encuentre en períodos de descanso o situaciones administrativas tales como: franquicia, permiso, licencia, vacaciones, incapacidad, excusa de servicio, suspensión o en hospitalización, así como en vigencia de medidas sanitarias".

Ley 2196/2022. "***Artículo 46. Parágrafo:*** Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá **falta grave** al realizar o incurrir en una conducta **descrita en la Ley como delito a título de culpa**, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia del cargo o la función; o cuando se encuentre en períodos de descanso o situaciones administrativas tales como: franquicia, permiso, licencia, vacaciones, incapacidad, excusa de servicio, suspensión o en hospitalización, así como en vigencia de medidas sanitarias"[97] *(las negrillas fuera del texto)*.

De las transcripciones anteriores, podemos destacar:

1. Como antecedente del artículo 65 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, se encontraba el artículo 48 numeral 1º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002, artículo y numeral que fue demandado por Jaime Mejía Ossman el día 20 de mayo de 2002 y la Corte Constitucional mediante Sentencia C-124 del 18 de febrero de 2003 lo declaró ***exequible***, siendo M.P. Jaime Araujo Rentería. Expediente D-4075. Por tratarse de similar contenido, esta decisión se aplicaba al numeral 9º del artículo 34 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional) y al artículo 58 numeral 30 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003 (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares) y obviamente a los artículos 65 y 45 (parágrafo) de las Leyes 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) y 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial), actualmente vigentes.

2. Igualmente el citado numeral 1º del artículo 48 de la reemplazada Ley *734 del 5 de febrero de 2002*, también fue demandado por Sandra Vanegas Leaño y la *Corte Constitucio-*

96 La reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único) en su artículo 48 numeral 1º, decía: "Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo".

97 La reemplazada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional) en sus artículos 34 y 35 numerales 9º y 17, respectivamente, señalaban:

"Artículo 34. Faltas gravísimas. Son **faltas gravísimas** las siguientes: (...) 9. Realizar una conducta descrita en la ley como delito, **a título de dolo**, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo".

"Artículo 35. Faltas graves. Son **faltas graves**: (...) 17. Realizar una conducta descrita en la ley como delito, **a título de culpa**, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo" *(las negrillas fuera del texto)*.

nal mediante *Sentencia C-720 del 23 de agosto de 2006* lo declaró ***exequible,*** con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández. *Expediente D-5968*, decisión de constitucionalidad que aplicaba y aplica a las codificaciones citadas.

Es preciso no olvidar que en la referida *Sentencia C-720 del 23 de agosto de 2006*, la *Corte Constitucional* le permitió a la *autoridad disciplinaria*, que una vez *transporte* como *falta* al *derecho disciplinario* el *delito* calificado como **objetivamente doloso**, le dé aplicación a la *teoría* de los *numerus apertus*, para que también le pueda deducir la connotación de *"culpa",* al haber expresado esa *Alta Corporación*:

> "(...)
>
> Para la Sala es evidente que el Congreso de la República no condicionó la aplicación de la norma *sub examine* al trámite de un proceso penal y menos aún a la calificación que una autoridad judicial hiciera respecto del comportamiento causante del proceso disciplinario. La disposición atacada obliga al "juez disciplinario" a verificar en la legislación penal si la conducta que ha dado lugar al proceso está descrita objetivamente o tipificada, **para posteriormente establecer dentro del proceso a su cargo si la misma conducta fue cometida con dolo o culpa, con el propósito de imponer la respectiva sanción atendiendo a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 734 de 2002 —Código Disciplinario Único**— *(las negrillas fuera del texto).*
>
> (...)".

3. De la misma manera el artículo 58 numeral 30 de la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003,* fue demandado por Marcela Patricia Jiménez Arango y la *Corte Constitucional* mediante *Sentencia C-431 del 6 de mayo de 2004* lo declaró ***exequible,*** con ponencia de Marco Gerardo Monroy Cabra. *Expediente D-4857.*

A diferencia de las *motivaciones* expresadas por la *Corte Constitucional* en la demanda instaurada en contra del artículo 48, numeral 1º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002,* en esta expresó:

> "(...) No obstante lo anterior, la Corte recuerda que la denuncia *temeraria,* esto es la que se formula sin fundamento, puede dar origen a la comisión de un delito castigado por la ley penal o la ley penal militar. Así, una vez establecida la comisión de estos delitos mediante sentencia judicial ejecutoriada, sí es posible derivar de esa conducta una responsabilidad disciplinaria, que devendría de la aplicación del numeral 30 del artículo 58 del Reglamento bajo examen, según el cual es falta gravísima *realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo* (...)".

Igualmente es de gran relevancia considerar lo expresado por la *Corte Constitucional*, a raíz de la acción de tutela instaurada por Juan Carlos Claros Pinzón contra la *Procuraduría General de la Nación, expediente D-946111,* en donde la *Corte Constitucional* mediante *Sentencia T-1137 del 11 de noviembre de 2004,* con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, dijo:

> "(...)
>
> En razón de lo expuesto, es dable concluir que no resulta posible disciplinar a un servidor público, a causa de una sentencia condenatoria proferida en su

> contra, estando pendiente el recurso de casación contra la misma, porque esta Corporación, en sentencia de constitucionalidad y por ende de efectos generales, resolvió que la casación impide la ejecutoria del fallo, de lo que se sigue que quien fue condenado e interpuso el recurso tiene que seguir siendo considerado inocente, amén de que puede actuar en consecuencia y exigir ser considerado como tal, para todos los efectos y mientras se define el recurso.
>
> (...)".

De la lectura de las sentencias de constitucionalidad que preceden, pareciera que la *Corte Constitucional* en la *Sentencia C-431 del 6 de mayo de 2004* admitiera la "prejudicialidad disciplinaria" cuando se trata de investigar y juzgar descripciones típicas consagradas en la ley como delitos sancionables a título de dolo en el caso de los destinatarios del *Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares*.

4. Las disposiciones de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único) y de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003 (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares) fueron redactadas en los mismos términos, lo cual no ocurrió con la del derogado Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, en cuyo texto desaparecieron las palabras "objetivamente", "típica", "consagrada", "sancionable", "o abusando del mismo". Probablemente esta redacción hubiera tenido que ver con la tipificación que aparecía en aquel régimen de la siguiente conducta:

> "***Artículo 34. Faltas gravísimas.*** Son faltas gravísimas las siguientes:
>
> (...)
>
> "10. Incurrir en la comisión de conducta descrita en la ley como delito, cuando se encuentre en situaciones administrativas tales como: franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado de servicio, o en hospitalización".

Algunos académicos criticaban la falta gravísima contenida en el numeral 10 del derogado artículo 34 de la Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), habida cuenta que muy a pesar de su constitucionalidad (Sentencia C-819 del 4 de octubre de 2006, con ponencia de Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-6234), la conducta que así se sancionare, no correspondería, en estricto sentido, a una afectación de un deber funcional en ejercicio de su cargo policial.

5. Dentro de las leyes que describen delitos, se encuentran las Leyes 599 del 24 de julio de 2000, 679 del 3 de agosto de 2001, 733 del 29 de enero de 2002, 747 del 19 de julio de 2002, 759 del 25 de julio de 2002, 777 del 17 de diciembre de 2002, 788 del 27 de diciembre de 2002, 813 del 2 de julio de 2003, 882 del 2 de junio de 2004, 890 del 7 de julio de 2004, 919 del 22 de diciembre de 2004, 975 del 25 de julio de 2005, 985 del 26 de agosto de 2005, 1028 del 12 de junio de 2006, 1032 del 22 de junio de 2006, 1121 del 29 de diciembre de 2006, 1142 del 28 de junio de 2007, qq53 del 31 de julio de 2007, 1154 del 4 de septiembre de 2007, 1181 del 31 de diciembre de 2007, 1200 del 31 de diciembre de 2008, 1236 del 23 de julio de 2008, 4336 del 17 de noviembre de 2008 (Decreto), 4450 del 25 de noviembre de 2008 (Decreto), 1257 del 4 de diciembre de 2008, 1273 del 5 de enero de 2009, 1309 del 25 de junio de 2009, 1311 del 9 de julio de 2009, 1329 del 17 de julio de 2009, 1336 del 21 de julio de 2009, 1357 del 12 de noviembre de 2009, 1426 del

29 de diciembre de 2010, 1453 del 24 de junio de 2011, 1474 del 12 de julio de 2011 (arts. 15 a 32), 1482 del 30 de noviembre de 2011, 1639 del 2 de julio de 2013, 1696 del 19 de diciembre de 2013, 1709 del 20 de enero de 2014, 1719 del 18 de junio de 2014, 1752 del 3 de junio de 2015, 1761 del 6 de junio de 2015, 1762 del 6 de junio de 2015, 1773 del 6 de enero de 2016, 1774 del 6 de enero de 2016, 1819 del 29 de diciembre de 2016, 1850 del 19 de julio de 2017, 1915 del 12 de julio de 2018, 1918 del 12 de julio de 2018, 1944 del 28 de diciembre de 2018, 1959 del 20 de junio de 2019, 2014 del 30 de diciembre de 2019, 546 del 14 de abril de 2020 (Decreto L.) 2081 del 3 de febrero de 2021, 2083 del 18 de febrero de 2021, 2098 del 6 de julio de 2021, 2110 del 29 de julio de 2021, 2111 del 29 de julio de 2021, 2168 del 22 de diciembre de 2021, 2292 del 8 de marzo de 2023, 2316 del 17 de agosto de 2023, 2356 del 28 de mayo de 2024, 2364 del 18 de junio de 2024 y 2375 del 30 de agosto de 2024, para que las autoridades disciplinarias, puedan convertir sus delitos en faltas disciplinarias, con tal que los mismos se encuentren contemplados como **"delito sancionable a título de dolo"** y siempre y cuando **"se cometan en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo"**.

Para que la conversión de los delitos en faltas disciplinarias pueda hacerse, es menester el cumplimiento de las siguientes exigencias:

- Es necesario que se precise que se trata de un **delito doloso** y no que el mismo por ministerio de alguna otra decisión del legislador se haya convertido, con fundamento en una ley, en una contravención o algo diferente. Recuérdese lo ocurrido con la Ley 1153 del 31 de julio de 2007 (Ley de tratamiento de las pequeñas causas) que algunos delitos, con el fin de descongestionar los despachos, pasaron a ser tenidos como "contravenciones". Debe tenerse en cuenta que, para los miembros de la Policía Nacional, como ya lo vimos, también puede tratarse de un **delito culposo**, lo que lo convierte en **falta grave** conforme a lo establecido en el parágrafo del artículo 46 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022.

- Igualmente es indispensable para realizar el proceso de adecuación típica de la conducta en el **delito doloso** que se transformará en **falta gravísima**, que el funcionario competente analice todos los elementos que configuran el tipo como lo son: sujetos, objetos (jurídico y material); núcleo rector del tipo o verbo rector, ingredientes normativos y subjetivos, así como los componentes circunstanciales de tiempo, modo y lugar. Lo anterior con la finalidad de poder establecer de manera clara, expresa e inequívoca que la conducta del presunto infractor efectivamente encuadra en la disposición penal que se trata de acercar al derecho disciplinario en su calidad de **falta**. Es decir, en nuestro parecer, **debe valorarse** conforme a las exigencias penales expuestas tanto **desde las *ópticas legales como jurisprudenciales y doctrinarias*** que al respecto se han concebido. Lo anterior con la finalidad de que el comportamiento no se confunda con otro parecido, para evitar que se cometa cualquier error que pueda interferir en la evaluación de la investigación disciplinaria, a través de los cargos o la acusación. Para esos efectos debe considerarse que el derogado Código Disciplinario Único y el Código General Disciplinario, quedó al interior del Código Penal, debiéndose por lo tanto interpretar y aplicar los tipos contenidos en la Ley 599 del 24 de julio de 2000 conforme a las exigencias allí contempladas[98].

98 Al respecto puede leerse a Edgar Pinzón Gaona, en la obra Ensayos sobre Derecho Disciplinario. Tomo I, Ediciones Nueva Jurídica, Colección Especializada del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario, Bogotá., 2010, págs., 164 a 167, quien analiza los conceptos de tipicidad; el concurso y sus variantes, la obligatoriedad de los principios y el delito y falta disciplinaria, temas que ofrecen gran claridad y que se aplican al derecho disciplinario.

- De la misma manera es incuestionable que se compruebe que la conducta se desarrolló en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo, situación que comporta la motivación legal que vincule al delito doloso con la afectación del deber y el ejercicio funcional. De lo contrario podría aceptarse que todas las conductas "omisivas" de los servidores públicos, se encuadran en el tipo penal de "prevaricato por omisión". Por ello no puede permitirse que cualquiera de los comportamientos descritos como delitos en la ley, puedan congraciarse con el reemplazado Código Disciplinario Único y con el actual Código General Disciplinario. A algunos tratadistas del derecho disciplinario les preocupa la falta de coincidencia de la tipicidad funcional con la tipicidad delictual, ya que puede darse el evento en que la autoridad disciplinaria esté investigando un peculado por uso y el juez penal un peculado por apropiación, lo que permitiría pensar que alguno de esos jueces estaría equivocado, máxime que el principio del juez natural en materia delictual sería el juez penal para que pueda calificar las conductas descritas en la ley como delitos dolosos y no el juez disciplinario[99]. Este último, podría aceptar la tipificación del juez penal, dicen ellos,

---

Veamos lo que dicen los numerales 4 y 5. "**4. Delito y falta disciplinaria**. ¿cómo se resuelve el tema, en caso de presentarse una conducta que se subsume en una descripción típica de carácter gravísima y al mismo tiempo en una de carácter grave, *verbi gratia*, en el caso de delito de concusión (artículo 404 del Código Penal) que por remisión tendría aplicación el numeral 1º del artículo 48 del C.D.U., y la contenida en el numeral 3º del artículo 35 de la misma disposición; en cuanto una y otra prohíben al servidor público solicitar dinero o cualquier otra clase de beneficios?

En tal caso, no es pertinente alegar el principio de favorabilidad, entendido este como la aplicación de preferencia de la ley permisiva o favorable frente a la restrictiva o desfavorable, porque debe tenerse en cuenta que este principio rige entratándose de conflicto de normas en el tiempo, esto es, la aplicación inmediata de la ley y la ultractividad o retroactividad de la misma.

Así mismo, no puede alegar la aplicación del principio de favorabilidad para quebrantar el de legalidad, en tanto, el principio en cuestión no constituye un favor, sino una norma aplicable de manera sucedánea, cuando en los casos de multiadecuación típica, hay solución de acuerdo a los principios de alternatividad, consunción, subsidiariedad y especialidad.

5. **Decisión de la controversia.** Considero, de acuerdo con lo antes dicho, que cuando el servidor público solicita la dádiva o cualquier otro beneficio en desarrollo directo de sus funciones, valga decir, quien dirige una licitación pública y solicita a uno de los oferentes dinero o dádiva alguna, se debe aplicar el numeral 1º del artículo 48 citado en concordancia con el artículo 404 del C.P. Pero cuando un servidor público solicite a un particular alguna dádiva sin que ello implique una contraprestación en el ejercicio de la función pública, ha de aplicarse el numeral 3º del artículo 35 del C.D.U., desarrollo del principio de la oralidad pública.

De otra parte, la adecuación típica y la descripción de las faltas disciplinarias en particular, tienen relevancia en los criterios para la graduación de la sanción previstos en el numeral 2º del artículo 47 del C.D.U., en la medida en que, si con varias acciones u omisiones se infringen varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, la fórmula de dosificación varía dependiendo de la determinación de la gravedad o levedad de la sanción prevista para la falta".

99 Diego Alberto Zuleta GARCÍA, en su obra *Introducción al Régimen Disciplinario Castrense*, de Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2013, en sus páginas 83 y 84, ha señalado:

"En efecto, tal como lo sostiene el profesor Mosquera Gallego, riñe la norma la prescriptiva superior contenida en el artículo 29, pues, uno de los elementos que integran la previsión constitucional infringida es la del juez natural, que para el caso de la determinación y calificación, así sea ésta de carácter provisional, siempre será el juez penal, que es a quien válidamente corresponde realizar el proceso de adecuación, en orden a establecer si la conducta encuadra en cualquiera de los tipos que el legislador estima como delitos y en consecuencia un comportamiento que se adecue a la descripción legal será el resultado de la calificación o escogencia que realiza el juez para concluir que la conducta del sujeto activo es una de las que consagra la ley penal como típica.

Creemos que bajo ninguna consideración puede el operador disciplinario invadir esta competencia, como quiera que ello significa en la práctica, un desplazamiento del papel que precisamente la ley le asigna al juez penal, el cual es asumido por el operador disciplinario cuando a su juicio llega a la conclusión de que el servidor público ha realizado objetivamente una descripción típica

pero una vez éste lo haya hecho para poderlo llevar como falta al proceso disciplinario sin que sea necesario quitarle la competencia al juez penal.

Sobre el tema que precede, Diego Alberto Zuleta García, precisó:

> "(...) Desde nuestro punto de vista, no puede constituir base del proceso disciplinario la presunta existencia objetiva de un delito, cuya materialidad la declara el operador disciplinario, pues, la ocurrencia objetiva de un comportamiento tanto del particular como del servidor público es de la incumbencia de quien funge como juez natural y es a él y a nadie más a quien le corresponde señalar, luego de un proceso de 'verificación' que en términos prácticos equivale al de adecuación típica, pues, no de otra manera se puede concluir que la descripción típica corresponde con exactitud a la conducta del servidor público y en tal medida merece ser investigada en tanto que la misma constituye delito, competencia que solo tiene el funcionario competente. Además, en referencia con su par del Código Único Disciplinario, esto es, el numeral 1º del artículo 48, no dejamos de preguntarnos ¿qué sentido tiene investigar penal y disciplinariamente a un funcionario público por la misma conducta cuando la sanción penal lleva implícita la misma función preventiva y correctiva que persigue el Derecho Disciplinario? ¿sí el concepto de antijuridicidad material no tiene cabida en el Derecho Disciplinario como tozudamente se pregona, cuál será el fundamento de aceptar como falta disciplinaria la realización objetiva de un hecho punible que tiene como presupuesto básico el principio de lesividad?
>
> Es en el anterior sentido que consideramos que el numeral 30 del artículo 58 de la Ley 836 de 2003 (o numeral 1º del artículo 48 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 o **9º del artículo 34 de la Ley 1015 de**l 7 de febrero de 2006), contraría el artículo 29 de la Constitución Política, pues no deja de ser violatoria del principio del juez natural, por el hecho de encontrarse estatuido en el inciso 2º del artículo 1º del Reglamento que: *'La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta'*, ya que, un cosa es quién es el juez natural y otra bien distinta cuáles sus competencias, que en nuestro entender resultan invadidas cuando el juez disciplinario verifica en la legislación penal si la conducta que ha dado lugar al proceso está descrita objetivamente o tipificada, toda vez que la mencionada verificación sólo le corresponde al juez penal (...)".[100]

Otros no estamos de acuerdo en traer conductas delictivas dolosas al derecho disciplinario, ya que el principio de legalidad contenido en el artículo 4º de la Ley 1952 del 28 de

---

consagrada en la ley como delito, tal y como lo consagra la disposición en comento.

La tipicidad como principio y entendida como la valoración que hace el juez de la conducta del presunto infractor, no puede quedar al arbitrio del operador disciplinario, quien se insiste, sin competencia, se adjudica el derecho de señalar, confrontar y verificar cuándo el comportamiento de un servidor público está descrito objetivamente como delito y ha ingresado en la órbita del derecho penal. Esta constatación es una atribución exclusiva y excluyente del juez penal. Si no fuera así, la potestad de iniciar la correspondiente investigación criminal se diluiría y finalmente la afirmación con la subsiguiente decisión de si ha habido infracción de la ley penal podría tener dualidad de competencias. ...".

Mosquera Gallego, también se refiere a este tema en: *Ensayos sobre Derecho Disciplinario*. Tomo II. Colección Especializada del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2011, págs., 208 a 303.

100 Tomado de Zuleta García, Diego Alberto.Introducción al Régimen Disciplinario Castrense. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2013, págs. 84 y 85.

enero de 2019, exige que "**en los casos previstos en este c**ódigo", "solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén "**descritos como falta**[101] en la ley vigente al momento de su realización", y los delitos son **descripciones punibles**, que no están "**previstas**" como "**faltas disciplinarias**" en el **Código General Disciplinario**, sino en **leyes** que los ubican como **descripciones típicas delictuales** "**a título de dolo**", razones que les permiten concluir que al **transportar los delitos** a los **diferentes estatutos disciplinarios**, se está **vulnerando el principio de legalidad**, como rector del derecho disciplinario y, consecuentemente, los de la **dignidad humana** y del **debido proceso constitucional**.

Elementos del tipo

En materia disciplinaria y con los fines de garantizar la *seguridad jurídica* de sus destinatarios; que la *conducta*, descrita en la *falta*, no pueda ser calificada como *contraria al ordenamiento legal* mientras no se encuentre previamente descrita y con su consecuente sanción y que los *comportamientos* deben concretarse a la luz de los *principios constitucionales y legales,* también podemos hablar, como se hace en el derecho penal, de "elementos del tipo", los cuales contienen los siguientes aportes gramaticales: *sujeto, objeto, conducta e ingredientes especiales (normativos y subjetivos)*. Lo anterior con el fin de "describir" de manera expresa, inequívoca y clara la conducta objeto de sanción disciplinaria.

* **El sujeto activo como elemento del tipo.** En la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, a diferencia del derecho penal, solamente se admite hablar de *sujeto activo con cualificación jurídica*, es decir, para esta especialidad del derecho sancionatorio lo serán:

> "(…) los **servidores públicos**[102] o los **particulares contemplados en el artículo 70**[103]**;** los **gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y**

101 La descripción es explicar de manera muy clara, concreta, detallada y expresa en qué consiste un comportamiento o conducta. Es decir, en una norma legal en qué consiste el proceder de quien se adecua a ella. Es señalar, a través de una oración gramatical, quienes son los sujetos, los objetos, el verbo rector, los ingredientes normativos y subjetivos o las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se desenvuelve un proceder. Por ello se dice que la descripción puede hacerse con fundamento en acciones activas u omisivas de los destinatarios de la ley disciplinaria. De ahí que la tipicidad disciplinaria, es precisamente la descripción de comportamientos o conductas que se concretan en faltas en las codificaciones de ese género.

En el Expediente N.º 10-011957-0007-co. Res: N.º 2010-016202 de la *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de San José de Costa Rica*, a las quince horas y cincuenta minutos del veintiocho de septiembre del dos mil diez, se dijo:

"(…) *el principio de tipicidad, como se indicó,* ***exige que las conductas se encuentren claramente descritas y que contengan al menos tres elementos esenciales****: el* ***sujeto activo****, el* ***verbo o acción****, que se refiere a la conducta desplegada u omitida por el autor y* ***la consecuencia punitiva a imponer****. La redacción de los tipos penales debe ser lo suficientemente clara y precisa, a fin de evitar ambigüedades o interpretaciones antojadizas o arbitrarias por parte de los aplicadores del derecho. Sobre este tema, debe decirse que esta Sala ha admitido la técnica legislativa de las normas penales en blanco, en las cuales se remite a normas del mismo rango para completar el tipo penal; también ha admitido la constitucionalidad de tipos penales con algún nivel de apertura, siempre y cuando, la delimitación de la conducta no dependa absolutamente del criterio subjetivo del juzgador.* (…)" (las letras inclinadas y las negrillas fuera del texto).

102 Artículo 25 inciso 1º del Código General Disciplinario.

103 El artículo 70 del Código General Disciplinario, señala: "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.

> **asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria**[104]. Los **indígenas que ejerzan funciones públicas o que administren recursos del Estado**[105].
>
> El doctor Alfonso Reyes Echandía (q.e.p.d.) los denomina: *agente, actor o sujeto agente*[106].

En la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, aparecían en su artículo 25 como 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.
>
> Los **indígenas que administren recursos del Estado** serán disciplinados conforme a este Código.

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 al representante legal como a los miembros de la Junta Directiva, según el caso.

La disposición anterior señalaba:

"Artículo 53. Sujetos disciplinables. (Modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 del 12 de julio de 2011). 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.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva".

104 Artículo 25 inciso 2º del Código General Disciplinario. Allí se señala que son destinatarios de la Ley Disciplinaria "para efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998".

105 Artículo 25 inciso 2º del Código General Disciplinario.

106 Tomadas de Reyes Echandía, Alfonso. Derecho Penal. Editorial Temis. Segunda Reimpresión de la undécima edición. Bogotá, 1990, pág. 99.

> Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, **son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria**" *(las negrillas fuera del texto).*

En el artículo 66 y el parágrafo de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2019*, también y a diferencia del derecho penal, se admite hablar de *sujeto activo con cualificación jurídica*, es decir, en el *Código Disciplinario Militar*, son sus destinatarios:

> "(...) los oficiales, suboficiales, soldados e infantes de marina de las Fuerzas Militares que hayan cometido la conducta en servicio activo.
>
> **Parágrafo.** Los alumnos de las escuelas de formación de oficiales, suboficiales, soldados e infantes de marina de las Fuerzas Militares se regirán por el Reglamento Académico y Disciplinario propio de la respectiva escuela.
>
> Los oficiales, suboficiales, soldados e infantes de marina, que se encuentren en calidad de alumnos en las escuelas de capacitación, centros de entrenamiento o similares, que cometan faltas disciplinarias no relacionadas con su reglamento académico o disciplinario, se regirán por el presente código" *(las negrillas fuera del texto)*.

En la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003* (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares), ocurría lo mismo, pues eran sus destinatarios:

> "(...) el personal de oficiales, suboficiales y soldados 'en servicios activo, de las Fuerzas Militares'[107]; los prisioneros de guerra, quienes 'estarán sujetos a las normas del Derecho Internacional Humanitario'[108] y los alumnos de las escuelas de formación de oficiales y suboficiales, quienes se regirán por el Reglamento Académico y Disciplinario propio de la respectiva escuela[109] y que adecuan su conducta a lo descrito en la norma" *(las negrillas fuera del texto)*.

En el artículo 30 y sus parágrafos 1º y 2º de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* (Estatuto Disciplinario Policial), también se presentaba la misma situación que en la *Codificación General Disciplinaria* y en el *Código Disciplinario Militar*, ya que allí se expresaba que:

> "Son destinatarios de esta ley, el **personal uniformado y quienes presten el servicio militar en la Policía Nacional**, aunque se encuentren retirados, siempre que la conducta se haya cometido en servicio activo.
>
> Salvo las normas expresamente establecidas en la presente ley, el Código General Disciplinario regirá sobre los servidores públicos de la Policía Nacional en cuanto les sea aplicable".
>
> "**Parágrafo 1º.** El **personal que conforma la especialidad de la Justicia Penal Militar y Policial** será disciplinado conforme a las disposiciones que en

107 Artículo 15 inciso 1º de la Ley 836 del 16 de julio de 2003.

108 Artículo 15 parágrafo 1º de la Ley 836 del 16 de julio de 2003.

109 Artículo 15 parágrafo 2º de la Ley 836 del 16 de julio de 2003.

> materia de competencia disciplinaria se apliquen para el Cuerpo Autónomo de la Justicia Penal Militar y Policial".
>
> "**Parágrafo 2º.** Las conductas de los **estudiantes de las escuelas de formación de la Policía Nacional** se regirán por el manual académico. Serán, además, destinatarios de la presente ley **quienes ostenten esta misma condición de estudiantes encontrándose escalafonados en la carrera policial, siempre que la conducta constituya falta disciplinaria**" *(las negrillas fuera del texto).*

La derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006* (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), no se escapaba de los comentarios que anteceden, pues ocurría lo mismo, pues a diferencia del derecho penal, se refería únicamente al *sujeto activo con cualificación jurídica*, es decir, sus destinatarios eran:

> "El **personal uniformado escalafonado y los auxiliares de policía que estén prestando servicio militar en la policía nacional,** aunque se encuentren retirados, siempre que la falta se haya cometido en servicio activo"[110]; "el **personal que desempeña cargos en la justicia penal militar, tratándose de faltas relacionadas con el desempeño de las funciones jurisdiccionales propias del respectivo cargo**, a quienes le serán aplicadas las normas disciplinarias de la rama jurisdiccional por la Procuraduría General de la Nación, salvo que se trate de conductas relacionadas con el ejercicio de la función policial, caso en el cual serán investigados por las autoridades disciplinarias que señala esta ley"[111]; "los **estudiantes de las seccionales de formación de la policía nacional**, quienes deberán regirse por el manual académico expedido por el director general de la policía nacional, salvo que se trate de conductas relacionadas con el ejercicio de la función policial, caso en el cual serán investigados por las autoridades disciplinarias que señala esta ley[112], y que realicen el comportamiento descrito en la norma" *(las negrillas fuera del texto).*

No se escapan de las consideraciones anteriores las *Leyes 1123 del 22 de enero de 2007* (Código Disciplinario del Abogado) y *1828 del 23 de enero de 2017* (Código de Ética y Disciplinario del Congresista), los cuales de la misma manera y a diferencia del derecho penal, solamente se aplican a los *sujetos activos cualificados*, así:

> *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*
>
> "***Artículo 19. Destinatarios.*** Son destinatarios de este código **los abogados** en ejercicio de su profesión que cumplan con la misión de asesorar, patrocinar y asistir a las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas así se encuentren excluidos o suspendidos del ejercicio de la profesión y quienes actúen con licencia provisional.
>
> Se entienden cobijados bajo este régimen los **abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio**, así como los **curadores *ad litem***. Igualmente, lo serán **los abogados que en representación**

110 Artículo 23 inciso 1º de la Ley 1015 de 7 de febrero de 2006.

111 Artículo 23 parágrafo 1º de la Ley 1015 del 7 de febrero de 2006.

112 Artículo 23 parágrafo 2º de la Ley 1015 del 7 de febrero de 2006.

de una firma o asociación de abogados suscriban contratos de prestación de servicios profesionales a cualquier título" *(las negrillas fuera del texto).*

Ley 1828 del 23 de enero de 2017

"**Artículo 3º. Ámbito de aplicación.** La presente ley se aplicará a **Senadores de la República y Representantes a la Cámara que en ejercicio de su función** transgredan los preceptos éticos y disciplinarios previstos en este Código, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Rama Jurisdiccional del poder público en materia penal o contencioso administrativa.

Constituye afectación a la función congresional, cuando se incurre en violación a los deberes, prohibiciones y cualquiera de las conductas estipuladas en este código.

La acción ética disciplinaria es autónoma e independiente de otras de naturaleza jurisdiccional que se puedan desprender de la conducta del Congresista.

La Procuraduría General de la Nación conocerá de los actos o conductas no previstas en esta normativa que en condición de servidores públicos realicen los congresistas contraviniendo la Constitución, la ley, el bien común y la dignidad que representan" *(las negrillas fuera del texto).*

*** El sujeto pasivo como elemento del tipo.** En todas las codificaciones disciplinarias de la *Rama Ejecutiva del Poder Público*, el sujeto pasivo, como titular del *objeto, interés* o *bien jurídico tutelado* que se defiende en las *descripciones* legales de conductas disciplinarias y que se *afectan o contrarían* por la conducta de los destinatarios de la ley disciplinaria, es el Estado.

* **La conducta como elemento del tipo.** En materia disciplinaria, al igual que en materia penal, la conducta se encuentra descrita en el tipo disciplinario, para lo cual utiliza uno o varios verbos que conducen a explicar o interpretar en qué consiste la acción u omisión del destinatario. De esa manera y a través del verbo, se realiza el *proceso de adecuación* del comportamiento activo u omisivo de quien infringió con su proceder la conducta plasmada en la tipicidad disciplinaria. La doctrina comparada nacional o extranjera, muy anterior a la doctrina disciplinaria, ha llamado este *"verbo"* en el que se condensa el **"actuar en determinado sentido para lograr una finalidad"** como "verbo rector" o "núcleo rector del tipo" o "verbo principal" o "único"[113], para mostrar que el comportamiento o la conducta gira a su alrededor.

Por regla general en la descripción del tipo solamente existe **"un solo verbo rector"**, esto es el utilizado en la ley para explicar en qué consiste la conducta activa u omisiva descrita[114]; a veces se utilizan otros verbos, pero estos solamente apuntan a mostrar "circunstancias de la conducta" y no su núcleo principal[115]. Cuando el legislador emplea "varios verbos rectores", lo hace en los tipos llamados "compuestos" y en este caso

113 Reyes Echandía, Alfonso. Ob. cit., pág. 105.

114 Artículo 39 numeral 3 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019. "Solicitar (verbo principal), directa o indirectamente, dádivas, agasajos, regalos, favores o cualquier otra clase de beneficios". (artículo 35 numeral 3 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002).

115 Artículo 39 numeral 30 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019. "Proporcionar (verbo principal) noticias o informes sobre asuntos de la administración, cuándo no esté facultado (verbo circunstancial) para hacerlo" (artículo 35 numeral 34 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002).

todos los verbos hacen parte, cada uno, de una conducta activa u omisiva distinta de las referenciadas en los demás[116].

* **El objeto jurídico como elemento del tipo.** Lo será el *interés o bien protegido* en las descripciones de las conductas o comportamientos plasmados en los diferentes tipos disciplinarios, cuando son *afectados o contrariados* por sus destinatarios como consecuencia de su clara, expresa y estricta adecuación a ellos. Ese *interés protegido* será siempre dispuesto por quien confecciona las leyes precisamente para tutelar *bienes jurídicos* de suprema importancia del *Estado* con el fin de garantizar sus *principios, fines* y *funciones*, tal como lo orientan los artículos 209 y 2º de la *Constitución Política*; los artículos 5º, 23 y 114 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (artículos 16, 22, 94 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002); artículos 57 y 58 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (artículo 14 de la derogada Ley 836 de julio 16 de 2003), artículo 5m de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017* (que remite al Código General Disciplinario), artículo 11 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*, el artículo 24 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* (artículo 14 de la derogada Ley 1015 de febrero 7 de 2006) y el *artículo 3º* **de la**s *Leyes 489 del 29 de diciembre de 1998* y *1437 del 18 de enero de 2011*. El *interés* del Estado en materia disciplinaria será entonces proteger sus *objetos, intereses o bienes jurídicos* que no son otros que la **igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad** (art. 209 C.P.), **servir a la comunidad, promover la prosperidad general; 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** (art. 2º C.P.), 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 (art. 5º C.G.D.), **salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función** (art. 23 C.G.D.), **debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad** (art. 3º Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de la *Ley 489 del 29 de diciembre de 1998*).

De lo anterior se concluye que los *objetos*, *intereses* o *bienes jurídicos* tutelados en los que el legislador ha puesto todo su empeño en la aplicación e interpretación de la ley disciplinaria, son: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, publicidad, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, neutralidad, eficiencia, debido proceso, buena fe, participación, responsabilidad, coordinación, servicio a la comunidad, promoción de la prosperidad general, garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitación de la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defensa de la independencia nacional; mantenimiento de la integridad territorial y aseguramiento de la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, que todos debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función **pública, amén de los establecidos como principios y fines en los tratados internacionales.**

116 Artículo 39 numeral 7 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019. "Omitir, negar, retardar o entrabar (verbos principales) el despacho de los asuntos a su cargo o la prestación del servicio a que está obligado" (artículo 35 numeral 7 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002).

- Ingredientes especiales del tipo. Para el derecho disciplinario existen dos clases de ingredientes especiales:

***** ***Ingredientes normativos* e *Ingredientes subjetivos.***

Por **ingredientes normativos** entendemos la cualificación que hace el legislador de los sujetos o del objeto, o para darle claridad al significado y contenido de la conducta o de los componentes circunstanciales que de ella se precisan. Esos *ingredientes normativos* se depositan en la disposición típica, a través de palabras o expresiones que requieren ser definidas en el mismo código o en otras leyes o codificaciones (de contenido jurídico) o en "valoraciones de orden académico, ético o social"[117] (contenido extrajurídico). Ejemplos de los *ingredientes normativos de contenido jurídico* podrían ser las palabras: "expresiones injuriosas o calumniosas" de que trata el numeral 19 del artículo 39 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (numeral 23 del artículo 35 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002); "sustraer o apoderarse" a que se refiere el numeral 39 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (numeral 12 del artículo 58 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003); "fuga de persona capturada, retenida, detenida o condenada" del numeral 3 del artículo 45 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* (numeral 2 del artículo 34 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006); "proponer incidentes, interponer recursos, formular (…) excepciones" del numeral 8 del artículo 33 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*; "incumplir (…) el plazo o prórroga para rendir ponencia" del literal e. del artículo 9 de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*. Ejemplos de los **ingredientes normativos de contenido extrajurídico** podrían ser las expresiones: (…) "dádiva, agasajos, regalos, favores" del numeral 3 del artículo 39 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (numeral 3 del artículo 35 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002); "prostitución dentro de las instalaciones militares" a que se refiere el numeral 35 del artículo 76 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (numeral 11 del artículo 58 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003); "estar bajo el efecto de bebidas embriagantes" del numeral 27 del artículo 45 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* (numeral 26 del artículo 34 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006); "utilizar intermediarios" del numeral 5 del artículo 30 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*; "asistir a las sesiones del Congreso en estado de embriaguez" del literal d. del artículo 9 de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*.

En cambio, los **ingredientes subjetivos** conducen a probar una **particular finalidad, intención, propósito o ánimo** del sujeto activo del comportamiento a efectos de evitar sancionar conductas sin ninguna relevancia o sin que las mismas se constituyan en un *referente material objeto de protección* por parte del legislador. Ejemplos de los *ingredientes subjetivos*: Si no fuera "con *el propósito de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial, religioso, político o social*" de que trata el numeral 1 del artículo 52 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (numeral 6**º del artículo 48 de la** reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), sería objeto de sanción disciplinaria quien *"sin el propósito"* procediera de igual manera en las conductas que señala el referido numeral. Si no se hubiera exigido "para actividades del servicio", el empleo de personas ajenas a las Fuerzas Militares, para otra actividad diferente, hubiere sido objeto de punición disciplinaria, conforme a lo expresado en el numeral 49 del artículo 77 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*. De la misma manera si no se hubiera exigido el provocar o dar lugar *"intencionalmente"* a accidentes terrestres, marítimos o fluviales a que se refer**ía** el *numeral 26* del *artículo 58* de la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003*, *cualquier* accidente terrestre, marítimo o fluvial será fácilmente sancionable disciplinariamente. Igualmente, si no se hubiera consagrado el ingrediente subjetivo *"con el fin"* en la utili-

117 Reyes Echandía, Alfonso. Ob. cit., pág. 111.

zación del cargo de que trata el numeral 5 del artículo 45 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* (numeral 4 del artículo 34 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006), cualquier actividad distinta a la de "extralimitarse en el ejercicio de sus funciones", sería sancionable disciplinariamente conforme a la conducta allí descrita. Si el numeral 3 del artículo 35 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007* no hubiere advertido el concepto "para gastos o expensas irreales o ilícitas" sería sancionable cualquier exigencia de dinero o bien, por parte del abogado, para otras finalidades y si no se hubiera advertido la expresión "para rendir ponencia" en el literal e. del artículo 9º de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*, el incumplimiento del plazo o prórroga sería sancionable para cualquier otra actividad distinta a la ponencia.

Debe aquí tenerse muy presente la *Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002*. Demandante: Carlos Mario Isaza Serrano. Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. *Expediente D-3680*, en cuya *ratio motivandi* se precisa que los tipos disciplinarios en donde se contemple algún *ingrediente subjetivo*, a esa descripción no se le puede aplicar la teoría de los *numerus apertus*. Es decir: la conducta dispuesta como "dolosa" no se puede transformar en *"culposa"* por parte de la *autoridad disciplinaria*, tal como se deduce del siguiente aparte:

> "(…) Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, **el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado *'numerus apertus'*, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa —como sí lo hace la ley penal—, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como *'a sabiendas', 'de mala fe', 'con la intención de'*[118] etc**. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición. (…)" *(las negrillas fuera del texto).*

Clasificación de los tipos

Los *tipos* o *faltas* disciplinarias señaladas en las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019*[119] (734 del 5 de febrero de 2002[120]), *1862 del 4 de agosto de 2017*[121] (836 del 16 de julio de 2003[122]), *2196 del 18 de enero de 2022*[123] (1015 del 7 de febrero de 2006[124]), *1123 del 22 de*

118 También: "con el ánimo", "con el propósito", "para", "con el fin".

119 Código General Disciplinario.

120 Código Disciplinario Único.

121 Código Disciplinario Militar.

122 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

123 Estatuto Disciplinario Policial.

124 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

enero de 2007[125] y *1828 del 23 de enero de 2017*[126], para efectos de concretar en ellos una perfecta e inequívoca *adecuación de la conducta*, como lo *exhorta* nuestra *Corte Constitucional*, pueden tener como ayuda, en lo que se ajuste a la *ley disciplinaria* por operar de manera *similar*[127], la clasificación realizada por el maestro Alfonso Reyes Echandía (q.e.p.d.) con relación al *Código Penal*. Por lo tanto, se sugiere consultar su obra aquí referida[128], sobre todo cuando algunas de las *codificaciones disciplinarias* mencionadas, con excepción de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar) permiten tener como "faltas gravísimas" descripciones *típicas* consagradas en la *ley* como *delitos* sancionables a *título de dolo*, **lo que, en nuestro parecer, implica transportar esas descripciones delictuales dolosas con los fundamentos legales, doctrinales y jurisprudenciales del derecho punitivo del Estado**. Por ello, las clasificaciones en cuanto a su *estructura*; al *sujeto activo*; al *bien jurídico tutelado* y a su *contenido*, serán de invaluable ayuda para la *autoridad disciplinaria*.

Otros aspectos de gran relevancia y que deben ser objeto de estudio, lo serán los *dispositivos amplificadores del tipo*[129] y la *antijuridicidad material*, cuando se trate de transformar *conductas punibles de* en *faltas disciplinarias*, amén de contemplar la posibilidad de aplicar otras instituciones propias del *Derecho Penal* como el *concurso y sus principios,* así como la *diminuente punitiva* en caso de *excesos en las causales de ausencia de responsabilidad*.

Sería de gran importancia estudiar la *coparticipación* en el derecho disciplinario, toda vez que no es exacto que todo interviniente en el derecho disciplinario sea autor (directo o indirecto), ya que en las faltas que requieren de un resultado para su adecuación, puede presentarse la hipótesis de que el autor no tenga las mismas calidades exigidas en el tipo disciplinario (como en la complicidad), sin embargo, concurre a su realización. Lo mismo cuando el tipo disciplinario permite la presencia de un resultado que se puede separar por circunstancias de tiempo y lugar de la conducta reclamada en la norma (como en la tentativa). Estos aspectos en respaldo de la exigencia constitucional, legal y jurisprudencial al principio rector de la *proporcionalidad* y para mantener incólume el respeto constitucional por la dignidad humana.

La atipicidad en materia disciplinaria

Al igual que en el *derecho penal* y en la medida en que la conducta del destinatario de la ley disciplinaria definitivamente no se encuentre **"descrita"** en el catálogo de *faltas*

125 Código Disciplinario del Abogado.

126 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

127 Sentencia C-404 del 19 de abril de 2001. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-3218.

En la *Sentencia C-796 del 24 de agosto de 2004*, con ponencia de Rodrigo Escobar Gil, *expediente D-4997*, ha dicho la Corte Constitucional que "(…) (iv) es válido el establecimiento de tipos disciplinarios que ostentan un grado de determinación menor que los tipos penales, sin que ello signifique que la imprecisión definitiva en la descripción de la conducta sancionable no conduzca a la violación del principio de tipicidad (…)".

128 Derecho Penal -Parte General- Segunda reimpresión de la undécima edición. Editorial Temis. Bogotá, 1990.

129 La tentativa y la coparticipación (autoría, determinación, coautoría y complicidad).

dispuesto por las *Leyes 1952 del 28 de enero de 2019*[130] (734 del 5 de febrero de 2002[131]), *1862 del 4 de agosto de 2017*[132] (836 del 16 de julio de 2003[133]), *2196 del 18 de enero de 2022*[134] (1015 del 7 de febrero de 2006[135]), *1123 del 22 de enero de 2007*[136] y *1828 del 23 de enero de 2017*[137], debe entenderse que la conducta goza de **atipicidad absoluta**, es decir, el comportamiento *no podría encuadrarse* en *ninguno* de los *tipos disciplinarios* descritos por el legislador en esas codificaciones. De la misma manera puede ocurrir que alguno o algunos de los elementos que integran la *tipicidad disciplinaria* no se *adecuen* al *comportamiento seleccionado* en las codificaciones referidas, como podría ocurrir con el *objeto*, el *verbo rector*, los *ingredientes normativos* o *subjetivos* y las *circunstancias* de *tiempo, modo y lugar*, pero se puede encuadrar en *otro tipo disciplinario distinto de aquél,* caso en el cual estaríamos en presencia de la **atipicidad relativa**. Es decir, hablamos de **atipicidad absoluta** cuando el comportamiento no se subsume en ninguna falta disciplinaria y existe **atipicidad relativa**, "porque a pesar de que la conducta corresponde *in genere* a un tipo (...), no es posible realizar con ella proceso de plena adecuación por falta de coincidencia respecto de alguno de los elementos constitutivos del tipo"[138].

2. La Ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea en la ley disciplinaria

> "(...) ahora bien, adviértase que la responsabilidad disciplinaria no solamente deriva de las categorías dogmáticas *tipicidad* (...) y *culpabilidad* (...), sino que es menester que el investigador valore el elemento *ilicitud sustancial* (...), toda vez que la antijuridicidad en materia disciplinaria no puede derivarse automáticamente de la tipicidad de la conducta (...)"[139-140].

Generalidades

Cuando nos ocupamos del principio rector de la *ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea,* al cual remitimos este análisis, se tuvo la oportunidad de señalar que esta institución del derecho disciplinario se encontraba redactada en el *artículo 5º* de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[141]; se estableció que por mandato del

130 Código General Disciplinario.

131 Código Disciplinario Único.

132 Código Disciplinario Militar.

133 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

134 Estatuto Disciplinario Policial.

135 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

136 Código Disciplinario del Abogado.

137 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

138 Reyes Echandía, Alfonso. *Derecho Penal* (segunda reimpresión de la undécima edición). Edit. Temis. Bogotá, 1990, págs., 150 a 152.

139 Concepto de la Procuraduría General de la Nación, PAD-C-004-2011, mayo 10 de 2011. Juan Carlos Novoa Buendía. Procurador Auxiliar para Asuntos Disciplinarios.

140 Este concepto contrarresta el pensamiento de algunos exponentes de esta disciplina que insisten en que la tipicidad y la ilicitud sustancial son inescindibles (inseparables o indivisibles). Es decir que con el solo hecho de encuadrarse el comportamiento en una conducta dispuesta en el catálogo de faltas, la misma es típica y a su vez ilícita, lo cual no compartimos, pues la valoración de la ilicitud depende de la contrariedad de los principios y fines de la función pública y además de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, lo cual solo emerge del recaudo y análisis probatorio.

141 Código Disciplinario Único.

artículo 13 de la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003*[142], se aplicaba a los miembros de las *Fuerzas Militares de Colombia* y que para el *Régimen Disciplinario de la Policía Nacional*, este concepto se ubicaba en el *artículo 4º* de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*. Igualmente advertimos que en la actualidad este concepto se ubica en los artículos 9º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[143], 4º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[144], 5º (m) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017* (que remite al Código General Disciplinario)[145]; 57 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[146] y 12 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[147].

También se dijo en el estudio de la *ilicitud o antijuridicidad sustancial*, como principio rector, que en el *artículo 5º* del reemplazado *Código Disciplinario Único*, se destacaba de manera muy clara el concepto jurídico de la **antijuridicidad**, que para efectos de una adecuada *interpretación*, **debía considerase como un verdadero ingrediente normativo**, es decir como una expresión que el legislador dispuso en ese texto legal, que para efectos de su significación en el *mundo jurídico*, era menester buscarla dentro del mismo ordenamiento disciplinario o en otras leyes o codificaciones, que para efectos de *integración normativa*, conforme al *artículo 21* de esa codificación, *únicamente* podría limitarse su *interpretación* y *alcance* a la definición que sobre el mismo hace el *Código Penal o Ley 599 del 24 de julio de 2000*, así como lo permitían los artículos 13[148] y 20 de los derogados *Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares* y del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, respectivamente, los cuales se enuncian también *como principios rectores* de cada una de esas **especiales** codificaciones disciplinarias.

Igualmente se advirtió que, de acuerdo con lo expresado en precedencia, era importante acercar a este escrito académico el contenido de los artículos 5º y 4º de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* (Código Disciplinario Único) y de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006* (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), así:

> "*Ley 734/2002. **Artículo 5°. Ilicitud sustancial.*** La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna[149]**"**.
>
> "*Ley 1015/06. **Artículo 4. Ilicitud sustancial.*** La conducta de la persona destinataria de esta ley será contraria a derecho cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna".

Igualmente es de gran trascendencia mencionar que en el derogado primer *Código Disciplinario Único de 1995*, el *Congreso* no se preocupó por definir este principio rector como "ilicitud sustancial", sin embargo, en el artículo 17 de esa codificación (Ley 200 del 28 de julio de 1995) lo definió como "finalidades de la ley y de las sanciones disciplinarias", lo cual salvo mejor criterio significa que el legislador dejó de manera expresa fijada la posición de la existencia legal de la **"antijuridicidad o ilicitud sustancial"** en el terreno del *derecho disciplinario*, cuando dijo:

142 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

143 Código General Disciplinario.

144 Código Disciplinario del Abogado.

145 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

146 Código Disciplinario Militar.

147 Estatuto Disciplinario Policial.

148 Por mandato de este artículo, se aplica el artículo 21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 a los miembros de las Fuerzas Militares.

149 Artículo declarado exequible, mediante Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002. Magistrado ponente Álvaro Tafur Galvis. Expediente: D-3937.

> *"Ley 200/1995. **Art. 17. Finalidades de la ley y de las sanciones disciplinarias.*** La ley disciplinaria garantiza 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".

De la lectura del principio rector de la ley disciplinaria consagrado en el artículo 17 de la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*, se deduc*ía* que el legislador creó esa especial codificación, en la cual describ*ía* conductas y sanciones, para garantizar **"el cumplimiento de los fines y funciones del Estado"**, lo cual se lograba cuando el *juez disciplinario*[150] aplica ese instrumento del derecho sancionador en el instante en que sus destinatarios, con sus comportamientos, **los afectan o ponen en peligro**.

En ese entonces para dar aplicación al concepto de *antijuridicidad material incorpórea*, o lo que es lo mismo al de *ilicitud o antijuricidad sustancial*, la *Ley 200* se integraba con el artículo 4º del *Decreto 100 del 23 de enero de 1980* (Código Penal de esa época), por dispensarlo el artículo 18 de esa derogada codificación; lo que resulta válido hacerlo hoy, por mandato del artículo 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (artículo 21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), con el artículo 11 de la *Ley 599 del 24 de julio de 2000*[151] (Nuevo Código Penal).

Hoy en vigencia del artículo 9º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[152] al definir la **ilicitud sustancial**, desapareció el concepto o ingrediente normativo de lo **"antijurídico"** y se reemplazó por el de **"ilícito"**, lo cual salvo mejor criterio tiene el mismo significado, pues **lo ilícito es antijurídico o contrario a derecho** y, por ende, ambos elementos siempre requerirán, como **fin máximo de la ilicitud o antijuridicidad sustancial** su **afectación o contrariedad sustancial**, que en el caso del derecho disciplinario lo será **la afectación o contrariedad sustancial del deber funcional con el comportamiento del disciplinado**, lo que **solo** se logra **cuándo se afectan o contrarían sustancialmente los principios de la función pública**. "Por lo tanto, no es el concepto simple de lo **ilícito o del deber en sí mismo** lo que convierte en **antijurídica o ilícita** una conducta sino la **afectación o contrariedad sustancial del deber funcional** (como se introduce en el cuerpo de la norma), lo que la convierte en **ilícita o antijurídica** y en todo caso: además de la **contrariedad sustancial de los principios de la función pública** se torna también **ilícita o antijurídica**, cuando **no existan causales de justificación en la conducta del destinatario de la ley disciplinaria**, razones de peso que no permiten fusionar en

150 Así lo vienen llamando las Sentencias C.S.J. Sala Plena del 7 de marzo de 1985. Magistrado Ponente Manuel Gaona Cruz; C-429 del 2 de mayo de 2001. Demandante Jesús Emilio Gómez Jaramillo. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. Expediente D-2941; T-412 del 22 de mayo de 2004. Demandante Sandra Mora Moncaleano, Magistrado sustanciador Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1266441; T-1093 del 4 de noviembre de 2004. Demandante Gerardo Ramón de los Ríos Chavarriaga y otros. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349; Revista Procurando del 37 de octubre de 2005. Artículo de Jesualdo Villero Pallares en su calidad de Veedor de la Procuraduría General de la Nación; Revista Procurando 43 de abril de 2006. Artículos de Edgardo José Maya Villazón y Carlos Arturo Gómez Pavajeau en sus calidades de Procurador General y Viceprocurador General de la Nación; C-720 del 23 de agosto de 2006. Demandante Sandra Vargas Leaño. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5968; C-987 del 29 de noviembre de 2006. Demandante Sandra Mónica Cardozo Rojas. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-6273; T-007 del 18 de enero de 2013. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expedientes T-3.496.735 y T-3.578.059 y Concepto C-102 del 24 de agosto de 2011 de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios Juan Carlos Novoa Buendía.

151 Esta disposición señala: "Antijuridicidad. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal".

152 Código General Disciplinario.

una sola categoría "**conductas típicamente antijur*í*dicas"**, es decir: **jamás se pueden almacenar en una sola categoría dogmática la tipicidad disciplinaria y la ilicitud o antijuridicidad sustancial** para convertirlas en **inescindibles, es decir inseparables o indivisibles,** como lo considera un sector de la doctrina y menos cuándo el tiempo aún no ha facilitado el espacio para valorar la **ilicitud o antijuridicidad sustancial** como lo ordena la *Ley General Disciplinaria* o cada una de las *Codificaciones* que gobiernan el proceso disciplinario[153]. Recuérdese que la expresión **ilicitud sustancial** solamente se encontraba en el *nomen iuris* del artículo 5º de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[154], lo que en la actualidad forma parte de la redacción expresa del artículo 9º de la *Ley 1952 del 5 de febrero de 2002* al exigir en el *interior* de la norma que **"la conducta será ilícita cuándo afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna"**. Algunos tratadistas se quejan de que con el artículo 2º de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021* se haya **eliminado** el inciso que traía originalmente el artículo 9º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[155], lo cual, en nuestro criterio, creemos que ese **recorte** o **eliminación de ese segundo inciso para nada afecta el concepto legal, doctrinal y jurisprudencial** que hoy en día se tiene sobre la **"afectación del deber funcional"** como equivalente a la **"contrariedad o afectación de los principios de la función pública"**[156], en razón que el artículo 5º del actual *Código General Disciplinario*, **conservó** la **"contrariedad o afectación de los principios de la función pública"** como los **"fines de la sanción disciplinaria"**, así:

> "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 fuera del texto)*.

Es decir: cuando el artículo 5º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* se refiere a los "**fines de la sanción disciplinaria"**, ese texto legal no deja duda que es **"para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados",** razón por la cual la *autoridad disciplinaria* **deberá tener en cuenta la afectación o contrariedad de los mismos** conforme a lo normado en los artículos 9°, 47 y 50 *ídem*, para dar cabal cumplimiento a los *enunciados constitucionales y legal* de los *artículos 209, 2º y 23* (este último del Código General Disciplinario), lo que equivale a concluir: que

153 Es muy claro el artículo 9º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 al requerir o exigir la afectación del deber funcional sin justificación alguna para deducir la ilicitud o antijuridicidad del comportamiento, luego es muy obvio que una vez se encuadre la conducta en la norma típica, deberá procederse a valorar de un lado: la afectación o contrariedad de los principios de la función pública, pues el deber per se nunca lo va a determinar y luego y a pesar de que se compruebe que si fueron afectados o contrariados, debe valorarse si existen o no causales de justificación de la conducta. Esas dos etapas valorativas necesariamente deben hacerse por separado, luego no puede considerarse lo uno de lo otro como inseparables e indivisibles, ya que son separables y divisibles. El repetido ejemplo de llegar a las 10:00 de la mañana cuándo el reglamento prevé que es a las 8:00, no está autorizando para declarar el incumplimiento del deber y por ende su ilicitud o su antijuridicidad, ya que debe comprobarse a renglón seguido su afectación o contrariedad o no y la existencia o no de causales de justificación de la conducta, lo que no permite aceptar que la tipicidad y la ilicitud o antijuridicidad son inescindibles.

154 Código Disciplinario Único.

155 Esto expresaba el inciso eliminado: "Habrá afectación sustancial del deber, cuando se contraríen los principios de la función pública".

156 Muy posiblemente para seguir presumiendo que la sola infracción del deber general de respetar y cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos, constituye falta en el derecho disciplinario y por lo tanto la tipicidad y la ilicitud sustancial se deben analizar en una sola valoración que los convierte en inescindibles.

sin la afectación o contrariedad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los reglamentos *no puede* **inferirse responsabilidad alguna, pues de suyo la conducta no será jamás cometida con ilicitud sustancial y por ende no podrá ser objeto de sanción disciplinaria o mejor:**

"La conducta investigada **no contraría los deberes funcionales** cuándo con ella **sustancialmente** no se han *afectado* los artículos 209 y 2º de la Constitución Política; 23 del *Código General Disciplinario*; 3º de la *Ley 489 del 29 de diciembre de 1998* y 3º de la *Ley 1437 del 18 de enero de 2011"*[157].

Entonces procede el siguiente interrogante final: ¿al **eliminarse** el segundo inciso del artículo 9º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019,* por parte del artículo 2º de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021,* ese **recorte** cambia en algo el principio rector de la **ilicitud o antijuridicidad sustancial**? ¿O se prefiere el **recorte** para seguir concluyendo que solo la adecuación de la conducta en el **deber infringido** basta para que el comportamiento sea **típicamente antijurídico**?

Sobre este complejo tema y en parecida posición, Pedro Alfonso Martínez Hernández, en su ponencia sobre "la ilicitud sustancial en el *Código General Disciplinario – ética de consecuencias en el derecho disciplinario*", considera que la respuesta al problema que plantea la dogmática disciplinaria no se encuentra en la **falta** ni en la **conducta** sino en la **"afectación del deber funcional"**. Esto dijo:

> "(…) 2. Lo ilícito no es la falta ni la conducta sino la afectación: ética de consecuencias en el derecho disciplinario.
>
> El artículo 5º del CDU -Ley 734, dispone que lo ilícito es la 'falta'.
>
> Esta decisión legislativa no fue compartida por todos. Esiquio Manuel Sánchez, entre otros, estima que lo ilícito no es la 'falta' sino la 'conducta'. Al respecto expresó que, 'varias veces hemos dicho que no se debió decir la 'falta' sino la 'conducta', porque es ésta la que puede o no llegar a ser ilícita sustancialmente, la expresión falta ya supone que el comportamiento contiene todas las categorías dogmáticas que la conforman'[158].
>
> Con una óptica semejante, el artículo 9º del CGD reemplazó el vocablo 'falta' por el de 'conducta'.
>
> En mi caso, considero que, en la medida que el 'deber funcional' representa el objeto de protección o la finalidad buscada con la norma que contiene el derecho, deber o prohibición infringido por el servidor público y, dado que la ilicitud sustancial consiste en la afectación sustancial del deber funcional sin justificación alguna, se deduce, entonces, que lo ilícito no es la 'falta' ni la 'conducta' sino la incidencia, el impacto o la consecuencia de la infracción, es decir, lo ilícito es la **'afectación" sustancial** del deber funcional.

157 Tomado del Código General Disciplinario. Comparado, concordado, sentencias de constitucionalidad, jurisprudencia, notas y conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios (1995-2021). 3 ed. Editorial Ediciones Doctrina y Ley (en prensa). Bogotá, noviembre de 2021, págs. 12 a 14.

158 Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. Dogmática practicable del derecho disciplinario. Preguntas y respuestas. 3ª Ed. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., 2012, pág. 132. Esta misma apreciación se tiene el texto de Alejandro Ordóñez Maldonado sobre la ilicitud sustancial. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. PGN-IEMP. Bogotá, 2009.

Esta misma lectura, en un entorno semejante, fue expuesta en ocasión anterior:

'El **Deber Funcional** también se relaciona con **los efectos o el impacto** de las conductas de los servidores públicos en el cumplimiento de los fines estatales. Esta característica podría servir para legitimar la norma prevista en el artículo 26 del CDU, según la cual se asume como autor el exservidor público 'cuándo los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función'.

Obsérvese las dos dimensiones de esta norma: por un lado, alude a los *efectos* de la conducta, no se refiere a la conducta en sí misma sino a sus consecuencias y, por otro lado, se refiere a la pérdida de vigencia del vínculo laboral del servidor público. Es decir que al momento de iniciar la actuación disciplinaria ya no están activos los deberes funcionales [en este escrito deberes funcionariales] porque se ha producido el retiro del servicio; pero esa circunstancia no inhibe el inicio y, por supuesto, a continuidad de la actuación disciplinaria en la que se determine el grado de afectación del deber funcional (CDU, art. 5º). Por ello, me parece una disposición adicional del CDU que expresa también diferencias entre deber funcional y deberes funcionales [hoy funcionariales] del servidor público'.

De esta manera, si lo ilícito es la **afectación sustancial** del deber funcional, entonces en derecho disciplinario existen objetos de protección o de tutela por el ordenamiento jurídico, con lo cual, se trata de una disciplina que además de valorar una ética de conductas (tipicidad y culpabilidad), integra igualmente una ética de consecuencias (ilicitud sustancial).

La postura mayoritaria tiene una comprensión diferente del tema. Estima que el derecho disciplinario se estructura únicamente a partir de una ética de conducta o de comportamiento y que la ética de resultados no tiene cabida en esta disciplina. El siguiente aparte refleja dicha postura:

'Nos afiliamos a la fundamentación de una teoría monista de las normas, anclado el concepto en las normas subjetivas de determinación (...)

'Esa tesis subjetivo-monista, considera que el desvalor de acción o desvalor de la intención basta, es suficiente, para la apreciación del ilícito disciplinario. **El desvalor de resultado** queda, de esta manera, **deportado** del ámbito del injusto **y relegado** a la categoría de condición objetiva de punibilidad.

'Esta teoría encuentra su esencia en la naturaleza y la forma como están construidos los tipos disciplinarios, que son de infracción de deber y de mera actividad o mera conducta. Esa tesis también encontraría respaldo en el siguiente presupuesto: si para sustentar el injusto disciplinario, en Colombia se utilizara una norma objetiva de valoración, necesariamente habría de distinguir entre **comportamientos disciplinarios tentados** y **comportamientos disciplinarios consumados**. En cambio, si la forma subjetiva de determinación fundamentara el ilícito disciplinario, no cabría hacer esa determinación. Es cierto, entonces, que en materia disciplinaria no hay campo para la tentativa, pues quien infringe el deber puede estar ya frente a la comisión del ilícito disciplinario'.

Al respecto, estimo que argüir la ausencia de 'comportamientos disciplinarios tentados' como fundamento para rechazar la presencia de una ética de consecuencias en derecho disciplinario puede presentar, desde la perspectiva de la propuesta que se hace en este escrito, tres problemas relevantes: (i) la existencia de tres (3) tipos disciplinarios que corresponden a los mismos tres (3) tipos de faltas disciplinarias, lo cual imprime una dinámica propia en la construcción de los fundamentos de la tipicidad en esta disciplina; (ii) Considerar que las categorías y las estructuras lógicas del derecho penal pueden ser usadas sin restricción ni licencia alguna en la configuración del derecho disciplinario. De otra parte, ¿no es acaso la tentativa, como elemento amplificador del tipo, un elemento de tipicidad y no de antijuridicidad en el derecho penal? Si ello es así, ¿cuál podría ser entonces el fundamento que legitime la importación de categorías de la tipicidad penal para fijar los alcances de la ilicitud sustancia (antijuridicidad) en materia disciplinaria?

Esta afirmación, según la cual 'en disciplinario no hay tentativa y por lo tanto no hay reproches de resultado', acogida sin reserva alguna en el ámbito disciplinario, armoniza con la figura de la 'inescindibilidad entre tipicidad y antijuridicidad en derecho disciplinario' o, lo que es lo mismo, de las 'conductas típicamente antijurídicas' promovida desde la dogmática disciplinaria. Sobre el particular, Carlos Arturo Gómez Pavajeau asume que:

'(...) si se tiene en cuenta que existe un deber general de respetar y cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos, debe concluirse que toda incursión en prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, como también el abuso de derechos y funciones de que da cuenta igualmente el artículo anterior, quedan reconducidos a la infracción al deber consagrado en los numerales 1 del artículo 40 de la Ley 200 de 1995 y 1 del artículo 34 del NCDU. //Si son así las cosas, esto es, que en derecho disciplinario la tipicidad es la descripción de la infracción a un deber, tipicidad y antijuridicidad se encuentran inescindiblemente unidas. Lo anterior por cuanto, al ser constitutivo de falta disciplinaria el incumplimiento de los deberes, tipicidad y antijuridicidad se encuentran refundidas, pues tal diferencia no es posible efectuarla en derecho disciplinario por no ser de la esencia de las descripciones típicas la presencia de un resultado que resulta separable espacio-temporalmente de la conducta en sí. De allí que el ilícito disciplinario sea una conducta típicamente antijurídica' (subrayado fuera del texto).

Las categorías de la responsabilidad disciplinarias son autónomas. Por lo tanto, en mi criterio, resulta improcedente generalizar la figura de las 'conductas típicamente antijurídicas' porque con ella se podría desconocer en casos específicos el principio de identidad y los derechos fundamentales a la defensa y al debido proceso.

De esta manera, lo ilícito en derecho disciplinario no es la 'falta' ni la 'conducta' sino la 'afectación' del deber funcional y, desde esta lectura tanto del artículo 5º del CDU[159] como en el artículo 9º del CGD[160], la ética de conse-

159 Código Disciplinario Único.

160 Código General Disciplinario.

cuencias ha estado presente desde hace varios lustros en la configuración legislativa del derecho disciplinario, en particular en la ilicitud sustancial"[161].

Ilicitud o antijuridicidad sustancial (o afectación sustancial del deber funcional). Referente material

Como lo podemos verificar fácilmente, el derecho disciplinario **nace admitiendo un referente material** para justificar los comportamientos que se describieron en la *Ley 200 del 28 de julio de 1995*[162], aspecto éste que hoy en día, a través del contenido constitucional de los artículos 209 y 2º de la *Carta Política de 1991*; de lo expresado en los artículos 5º y 23 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[163] (16 y 22 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[164]); 11 y 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[165]; 5m de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[166]; 58 y 121 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[167] (14 y 198 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003[168]) y 24 y 27 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[169] (14 y 20 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006[170]), así como en las manifestaciones jurisprudenciales y de algún sector de la doctrina[171], encuentra

161 Hernández Martínez, Pedro Alfonso. La ilicitud sustancial es una categoría autónoma en el Régimen Disciplinario: mucho más que "conductas típicamente antijurídicas" de los servidores públicos. Lectura desde el derecho de la función pública. En: *Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. Ensayos sobre Derecho Disciplinario*. T. I. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., septiembre de 2010, págs. 41-74.

162 Primer Código Disciplinario Único.

163 Código General Disciplinario.

164 Código Disciplinario Único.

165 Código Disciplinario del Abogado.

166 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

167 Código Disciplinario Militar.

168 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

169 Estatuto Disciplinario Policial.

170 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

171 Por ejemplo, Diego Alberto Zuleta García, en su obra *Introducción al Régimen Disciplinario Castrense*. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá 2013, págs., 230 y s.s., sobre el particular manifiesta:

> "Comparto la afirmación de PUIG según la cual: 'Que el Derecho Penal **sólo** deba proteger *'bienes jurídicos'* no significa que **todo** *'bien jurídico'* haya de ser protegido penalmente, ni que tampoco todo ataque a los bienes jurídicos penalmente protegidos deba determinar la intervención del Derecho Penal (Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. P.P.U., 1996).
>
> "(...) existen bienes jurídicos donde hay un interés privado e individual que no necesitan la protección del Derecho Penal y por tanto son protegidos por otras ramas jurídicas *verbi gratia* por el Derecho Civil (fíjese como se protegen los bienes patrimoniales de las personas a través del proceso de Responsabilidad Civil). En otros campos, por ejemplo, Riascos Gómez, Libardo Orlando. *Las faltas disciplinarias en el nuevo Código Disciplinario del Abogado de 2007*, pág. 6. http://www.monografía.com/trabajos-pdf/faltas disciplinarias. Código del Abogado. Consultado el 29 de febrero de 2012), enseña que, en el ámbito especial regulado por el Código Disciplinario del Abogado de 2007, las faltas según el bien jurídico tutelado, se clasifican así:
>
> (...)
>
> el bien jurídico protegido por el Estado es *pluri-defensivo*, porque abarca bienes representados en valores y principios constitucionales de la persona humana cualificada, como valores y principios constitucionales y legales de las personas jurídicas de derecho público. En efecto, entre los primeros encontramos los siguientes: la dignidad, el decoro, la honradez, la lealtad, la fidelidad, el honor, la ética y la deontología de la profesión de la abogacía. Entre los segundos, podemos relacionar: la moralidad pública y la eficiencia y eficacia de la administración de justicia.

total comprensión para que la *autoridad disciplinaria* pueda deducir que *solo* se podrá hablar de un comportamiento *ilícito o antijurídico*, cuando **afecte los principios y fines del Estado** o se encuentre cobijado por ***causales de justificación***, ya que de lo contrario se estaría incursionando en la **responsabilidad objetiva**, la cual está **proscrita** en todas las codificaciones sancionatorias.

Con razón Carlos Mario Isaza Serrano, al demandar el día 15 de febrero de 2002 el artículo 5º del reemplazado *Código Disciplinario Único*[172] de 2002, expresó:

> "(…) Respecto de esta norma se depreca una declaratoria de exequibilidad condicionada, en el sentido de declarar que **la afectación del deber funcional debe ser material y no formal**; entendida la primera de éstas como trascendente al interés jurídico protegido, bien por su vulneración o bien por su puesta en peligro, **desde la consideración de que dicho interés jurídico hace parte de la estructura de la falta disciplinaria, cuando el deber funcional con cuya regulación se ha tratado de proteger, se incumple**.
>
> Lo anterior porque al **desplazarse el presupuesto de la ilicitud de la falta disciplinaria del campo del daño material, al del deber funcional, exclusivamente**; se viola la Constitución Política en sus artículos segundo, y 29, dado que se tiene como único escenario de proyección de la conducta oficial del servidor público o del particular que desempeña funciones públicas; para estructurar la antijuridicidad, un referente jurídico-formal con el que se delinean las expectativas del Estado, sobre el desempeño de sus agentes, prescindiendo del resultado material de la conducta examinada disciplinariamente, **en relación con el interés jurídico, que con la observancia del deber funcional se busca proteger**.

(…)

A buen seguro, el legislador disciplinario de 2007 permeado por los altos valores y principios constitucionales *ut supra* relacionados, 'colgó' a cada bien jurídico protegido una serie de tipos disciplinarios que pretenden tutelarlo, no importando para ello, si en el fondo estaban relacionado en algunos casos verdaderos tipos penales que afectaban también a bienes jurídicos tutelados en el derecho penal o inclusive en el mal llamado 'Código Disciplinario Único) (…)".

"(…) me identifico con la postura de Sampedro Arrubla, cuando indica que 'para el caso de la justificación de la conducta, tradicionalmente se ha partido del presupuesto relativo a la naturaleza tutelar sobre bienes jurídicos por parte del derecho sancionatorio y en este caso del derecho disciplinario, de tal manera que una conducta que configura falta disciplinaria genera un resultado que se concreta en una puesta en peligro o una lesión efectiva de un bien jurídico tal y como sucede en el derecho penal' (Ver Sampedro Arrubla, Camilo. *Causales de justificación de la falta disciplinaria*. Publicaciones del Instituto de Estudios del Ministerio Público)".

Igualmente, Lina María Higuita Rivera en su obra *Nuevo Régimen Disciplinario del Servidor Público*. Edit. Diké Biblioteca Jurídica, en las páginas 124 y 125, dijo: "Con este principio s**e busca que al servidor no se le sancione objetivamente por infringir el deber o violar la prohibición, sino que en cada caso debe existir un juicio de valor para determinar si los bienes jurídicos disciplinarios del decoro, eficiencia y eficacia de la administración pública se lesionaron o fueron puestos en peligro mediante conductas de acción o de omisión que por no estar justificadas en términos de la misma ley deben sancionarse** (…). Se requiere entonces que el hecho o la actuación en que incurrió el servidor público **haya afectado la función pública en su debida gestión**, ya que es éste el bien jurídico tutelado o protegido por la ley disciplinaria (…) **La antijuridicidad de la falta está que dicho comportamiento no tenga una justificación, legal o justa,** o lo necesariamente concurrente para quien es el titular de la acción disciplinaria en dicho caso". *(las negrillas fuera del texto)*. Tomado de Diego Alberto Zuleta García. *Introducción al Régimen Disciplinario Castrense*. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2013, págs. 251 y 252.

172 Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

> Es decir, con la norma tal como ha sido concebida por el Legislador **se permite la instrumentalización de un derecho de corte punitivo por fuera del marco de protección que corresponde a las autoridades públicas por norma superior, adscribiendo a un concepto la característica de fin, cuando es sólo un medio para determinar si la conducta se estructura por la vulneración material y no formal, de un interés jurídico a cuya protección se debía orientar la realización del deber funcional**, porque las tareas públicas que les han sido encomendadas a las autoridades, han de ser desempeñadas 'en beneficio de la comunidad y ante todo como un deber, en forma objetiva, idónea, proba eficiente e imparcial y para proteger a los gobernados en su vida, honra, bienes y libertad' (*Corte Suprema de Justicia*, Sala Plena, *Sentencia N.º 17 del 7 de marzo de 1985*. M.P. Manuel José Gaona Cruz). (…)" *(las negrillas fuera del texto).*

Por consiguiente y para efectos de la interpretación de los artículos 9º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[173] (5º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[174]); 4º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[175]; 5m de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[176]; 57 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[177] (13 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003[178]) y 12 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[179] (4º de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006[180]), debe tenerse en cuenta que la *Corte Constitucional* mediante *Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005, expediente D-5521,* por demanda que presentara Ernesto Matallana Camacho, siendo Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, dijo:

> "(…) De igual manera, **le corresponde a dicho funcionario** determinar si la irregularidad imputada al servidor público o al particular, **se ajusta al principio de antijuridicidad material o lesividad reconocido por el legislador** en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, y hoy en día **previsto en el artículo 5° de la citada ley**, según el cual: "**el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro** (…)" *(las negrillas fuera del texto).*

Sin embargo la *Procuraduría General de la Nación* criticó el anterior planteamiento en la *Revista Procurando N.º 43 de abril de 2006*, negándose a aceptar el principio de *antijuridicidad material*, toda vez que ese principio necesariamente reconoce la existencia del *bien jurídico* tutelado en materia disciplinaria, lo que obviamente exige en la *autoridad disciplinaria*: "determinar si la irregularidad imputada al servidor público o al particular, se ajusta al principio de antijuridicidad material o lesividad reconocido por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, y hoy en día previsto en el artículo 5° de la citada ley, según el cual: el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro (…)".

---

173 Código General Disciplinario.

174 Código Disciplinario Único.

175 Código Disciplinario del Abogado.

176 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

177 Código Disciplinario Militar.

178 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

179 Estatuto Disciplinario Policial.

180 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

Las razones expuestas por la *Procuraduría General de la Nación* en la *Revista Procurando N.º 43 de abril de 2006*, para evitar la aplicación del principio de *antijuridicidad material* en el campo del derecho disciplinario **("por ser un *lapsus calami*; una afirmación *obiter dicta* y no una manifestación jurídica con carácter vinculante ya que no puede ser considerada una *ratio decidendi*")**, no impiden que **se acepte la presencia del objeto, interés o bien jurídico tutelado en materia disciplinaria,** toda vez que la *Corte Constitucional* en *Sentencia C-720 del 23 de agosto de 2006*, siendo demandante Sandra Vanegas Leaño y Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández, *expediente D-5868*, señaló:

> "(...) Como se ha explicado en esta providencia, el proceso penal y el disciplinario atienden a naturaleza, materia y finalidades diferentes, sin que exista mérito para considerar que el procesado en ambas instancias por una misma conducta resulta incriminado dos veces por un mismo hecho o sancionado más de una vez por la misma conducta. Así, mientras en el proceso penal el sujeto activo de la conducta puede ser toda persona considerada imputable, en el disciplinario el destinatario de la ley únicamente es el servidor público, aunque se encuentre retirado del servicio o el particular contemplado en el artículo 53 de la ley 734 de 2000; el trasgresor de la ley penal puede ser una persona indeterminada, al paso que el destinatario de la ley disciplinaria siempre será una persona subordinada a la administración pública o vinculada a ella; **mientras en el proceso penal el legislador prevé distintos bienes jurídicos objeto de protección, en el disciplinario el único bien jurídico protegido está representado por la buena marcha de la administración, su eficiencia, su buen nombre, la moralidad pública, como también la eficacia y la honradez de la administración pública**; además, mientras en el proceso penal la pena tiene una función de prevención general y especial, de retribución justa, de reinserción social y de protección al condenado, en el proceso disciplinario **la sanción tiene una función preventiva y correctiva para garantizar la efectividad de los principios y fines que se deben observar en el ejercicio de la función pública**. (...)" *(las negrillas fuera del texto).*

La ilicitud o antijuridicidad sustancial en el Derecho Disciplinario Militar

El señor coronel (R) Dagoberto Gómez Cortés [181] de la prestigiosa Fuerza Aérea Colombiana, en sus estudios de derecho disciplinario militar, sobre este tópico, señaló:

> "**1. De dónde venimos**
>
> La razón de ser de un militar que lo diferencia de las demás personas de una sociedad, es su propio conjunto de valores, principios y virtudes que le son propios, así como la función especial que cumplen, situaciones que le han permitido contar con un régimen especial propio (artículo 217 de la Constitución Política).

181 Gómez Cortes, Dagoberto. Escritos sobre Antijuridicidad de las Fuerzas Militares. Bogotá, 2010. Se desempeñó como Jefe de la Oficina de Asuntos Disciplinarios de la Jefatura Jurídica de la Fuerza Aérea Colombiana al igual que ante el Comando General de las Fuerzas Militares de Colombia; como miembro del equipo de trabajo para la reforma del Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares; autor de numerosos artículos en el tema Disciplinario Militar; profesor y conferencista en escenarios académicos nacionales e internacionales; fue Jefe de la Jefatura Jurídica y Derechos Humanos de la Fuerza Aérea Colombiana y honrosamente se encuentra en uso de su buen retiro.

Recordar que la antijuridicidad no se encontraba regulada expresamente en la legislación aplicable al personal militar, tal como se puede observar en Ley 836 de 2003, anterior estatuto disciplinario aplicable a las Fuerzas Militares.

En su momento la antijuridicidad en el Derecho Disciplinario Militar se explicaba de la siguiente manera[182]:

"La antijuridicidad o ilicitud sustancial, no se encuentra regulada dentro del Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares, pero como integrante de los elementos de la responsabilidad disciplinaria, es un requisito estructural de la misma."

Por lo que para explicar la antijuridicidad había que entenderla en el contexto que lo explicó en su momento el señor Procurador General de la Nación, Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado en el libro denominado *'Justicia disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud'*, en el que el injusto debía fundamentarse y concretarse en la infracción a los principios que gobiernan la función pública[183].

En este sentido es importante recordar que la doctrina[184] ha dicho que, en derecho disciplinario, los elementos tipicidad y antijuridicidad se encuentran inescindiblemente unidos, refundidos entre sí, esto es, en la norma descriptiva de la conducta considerada como falta.

Lo anterior no implica, que las explicaciones de los elementos de la responsabilidad disciplinaria deban realizarse conjuntamente, sino que debe necesariamente llevarse a cabo tal acción por separado, pues así lo exige el numeral 5 del artículo 233 de la Ley 1862 de 2017 así como el numeral 5 del artículo 241 de la misma ley.

En el derecho disciplinario militar se encuentran previstos como faltas, comportamientos propios del ser y hacer militar, por lo que tal normativa se soporta en normas, principios y valores, que les permiten afrontar el arte difícil de la guerra y prestar con ello la función especial de la defensa de la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio y el orden constitucional.

Siendo ello así, es falta para el derecho disciplinario militar todo aquello que se encuentra desvalorado como comportamiento en la descripción típica de la falta, o aquellos comportamientos que, por vía de remisión, el militar está obligado a salvaguardar, por lo que, con lo anterior, se permite señalar que el injusto disciplinario militar, es preponderantemente de naturaleza formal.

Es en este contexto que se explican faltas como las de pretermitir el conducto regular, el saludo militar, la cortesía militar, pues tales normas consagran valores de la disciplina que le son básicos como militar y como cuerpo armado.

182 Mejía Ossman, Jaime. *Libro Disciplinario Sustancial.* Edición 2019. Impresa en Ediciones Doctrina y Ley.

183 Artículo 209 de la Constitución Política y artículo 22 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, normativa aplicable en su momento.

184 Así lo ha sostenido Carlos Arturo Gómez Pavajeau en su obra *Dogmática del Derecho Disciplinario,* 2007, pág. 385 y ss.

La antijuridicidad entendida con las anteriores connotaciones, resultaban diferentes de aplicar respecto a las establecidas en el derecho disciplinario del servidor público en general, pues en aquella lo que se buscaba salvaguardar era la disciplina formal con respecto al individuo y a la institución castrense, mientras que, en esta, se requería en virtud de lo normado en el artículo 9 de la Ley 734 de 2002, una afectación sustancial a los fines o funciones del Estado.

Como toda regla tiene su particularidad en el derecho, se tiene que, en el derecho Disciplinario en general, se contemplaba el reproche de algunos comportamientos desde la esfera formal, y por supuesto, de manera excepcional, en el campo del Derecho Disciplinario Militar, estaban regulados unos comportamientos en los que se requería efectivamente la vulneración material de algún derecho, fin o propósito señalado.

2. Cómo estamos en materia de Antijuridicidad Militar.

Importante indicar que en la actualidad está expresamente regulada la antijuridicidad en el artículo 57 del Código Disciplinario Militar que preceptúa lo siguiente:

Artículo 57. Antijuridicidad disciplinaria militar. La conducta es antijurídica cuando afecte sin justificación alguna, los siguientes intereses: el servicio, la probidad, la disciplina, los fines o las funciones del Estado.

De manera simple, indicar que la antijuridicidad es aquello que el legislador ha considerado contrario al ambiente al que se pretende proteger, que, en el caso del Derecho Disciplinario Militar, es el de las Fuerzas Militares de Colombia, por lo que, en ejercicio de ese ambiente de protección, tiene por establecidos taxativamente comportamientos que atentan precisamente a este importante grupo de personas que cumplen labor tan primordial.

Señalar que en el derecho disciplinario militar se encuentran previstas como faltas, comportamientos propios del ser y el actuar militar, por lo cual tal normativa se soporta en normas, principios y valores, que les permiten afrontar el arte difícil de la guerra y prestar con ello, la función especial de la defensa de la soberanía nacional, la independencia, la integridad del territorio y el orden constitucional, tal como se consagra taxativamente su rol en el artículo 217 de la norma supralegal.

La razón de ser y lo que hace es el elemento diferenciador de un militar y lo distingue de las demás personas de una sociedad, por lo cual le son propios, especiales y concretos el reproche de comportamientos que se alejen del conjunto de valores, principios y virtudes que le caracterizan y lo distinguen de los demás, por un lado, o que omitan o desborden la función especial que cumplen, dos de las razones primordiales y fundamentales que le permiten gozar de un régimen especial propio (artículo 217 de la Constitución Política).

En este sentido es importante observar en el sistema cerrado de tipificación, el elemento de la responsabilidad disciplinaria denominado antijuridicidad, el cual está previsto expresamente por el legislador en la Ley 1862 de 2017,

y se pueden apreciar claramente desarrollados en los comportamientos descritos como faltas disciplinarias en los artículos 76, 77 y 78 de dicha ley.

Lo que equivale a decir que, si el comportamiento del destinatario del Código Disciplinario Militar está acorde con una norma establecida como falta disciplinaria militar, la misma es típica y antijurídica, porque el legislador precisamente ha desvalorado previa y taxativamente ese comportamiento.

Por su parte, en el sistema abierto de tipificación de las faltas, especialmente, en el que se necesita acudir a los deberes, derechos, prohibiciones, funciones, para saber si el comportamiento que se analiza del destinatario de la ley militar, es falta disciplinaria, resulta necesario apreciar por el Operador Disciplinario si la afectación a la norma ocurre cuando afecta sin justificación alguna, algunos de los siguientes intereses: el servicio, la probidad, la disciplina, los fines o las funciones del Estado.

Lo anterior no implica que la antijuridicidad se torne material, porque deba afectar alguno de esos intereses. No, lo que indica es que, como el legislador no desvaloró directa y taxativamente el comportamiento como falta disciplinaria, es necesario que el operador disciplinario explique en qué consiste la falta que está construyendo y al hacerlo pueda apreciar el interés que está siendo salvaguardado y/o reprochado al disciplinable.

La acotación sirve para señalar que, por regla general, la antijuridicidad en el derecho disciplinario militar, es formal, y la falta disciplinaria será antijurídica, porque el legislador taxativa y expresamente así quiso que lo fuera, fenómeno que ocurre en el sistema cerrado de tipificación y está presente en los artículos 76, 77 y 78 de la Ley 1862 de 2017, los cuales estipulan las faltas disciplinarias gravísimas, graves y leves.

Por excepción, y en casos especiales y concretos, algunos de los comportamientos previstos y consagrados en los artículos 76, 77 y 78 del Código Disciplinario Militar, eventualmente exigen que la antijuridicidad tenga un resultado, pero se reitera, esto es una excepción a la regla general.

2.1 Diferenciaciones en las normas de remisión

Está presente, de manera especial, el sistema abierto de tipificación, cuando el artículo 79 señala igualmente como faltas gravísimas, todas aquellas normas que previamente a consagrado el legislador como faltas de tal naturaleza y se encuentran previstas en la ley como causal de mala conducta o que estén consagradas en la ley con la sanción de destitución o remoción del cargo, o la violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, consagrados en la Constitución o en la ley.

Allí, como se está acudiendo a normas de remisión que hacen parte del Derecho Disciplinario General, se sigue el sistema que para ellos se caracteriza, es decir, por lo general la antijuridicidad es allí material y por excepción formal.

Lo formal de la antijuridicidad continúa apreciándose en el inciso segundo del artículo 79 de la Ley 1862 de 2017, que consagra la posibilidad de estruc-

turar faltas leves o graves según el caso, utilizando para ello los criterios que allí se contemplan, acudiendo para ello a la remisión necesaria respecto del incumplimiento de deberes, la extralimitación o abuso de derechos y funciones, la incursión en prohibiciones contempladas en el Código Disciplinario Militar.

Lo anterior no implica que la antijuridicidad deje de ser de simple conducta o formal en el Derecho Disciplinario Militar, sino que simplemente se debe observar por el operador disciplinario competente que alguno de esos intereses que cobija la norma, se encuentre comprometido, esto es, el servicio, la probidad, la disciplina, los fines o las funciones del Estado.

Indicar que los intereses que se afectan en el artículo 57 de la Ley disciplinaria Militar se circunscriben al servicio, la probidad, la disciplina, los fines o las funciones del Estado, los cuales pasamos a revisar de manera sucinta.

El interés del servicio, se encuentra regulado en el numeral 11 del artículo 6° que regula el valor militar, en el Código Disciplinario Militar el cual se constituye en el conjunto de creencias construidas en forma colectiva que sustentan la organización y actividades que adelantan las Fuerzas Militares.

En este sentido el valor del servicio, busca satisfacer las necesidades de la comunidad en los fines que la Constitución y la ley ha establecido.

La probidad, está prevista taxativamente en el artículo 8 de la Ley 1862 de 2017, e indica que toda actuación de los miembros de las Fuerzas Militares debe ajustarse a la disciplina, principios, valores y virtudes militares que hacen parte de la condición militar.

La disciplina, está consagrada en el artículo 3 del Código Disciplinario Militar, siendo esta el conjunto de normas de conducta que el militar debe observar en el ejercicio de su carrera, condición esencial para la existencia de las Fuerzas Militares.

Es el factor de cohesión que obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado, será practicada y exigida en las Fuerzas Militares como regla de actuación. Tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución y su manifestación individual en el cumplimiento de las órdenes recibidas; contrarresta los efectos disolventes de la lucha, crea íntima cohesión y permite al superior exigir y obtener del subalterno que las órdenes sean ejecutadas con exactitud y sin vacilación. Implica la observancia de las normas y órdenes que consagra el deber profesional.

Los fines esenciales del Estado, están consagrados en el artículo segundo de la Constitución Política, el cual preceptúa que 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.

En consecuencia, 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.

Y finalmente la función administrativa en el Estado está regulada en el artículo 209 de la Constitución Política, e indica que 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.

En este sentido, 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.

3. Perspectivas de la Antijuridicidad en materia disciplinaria Castrense.

Comenzar por indicar que en la actualidad la antijuridicidad en el Derecho Disciplinario General se denomina Ilicitud sustancial y se encuentra consagrada en el artículo 2º de la Ley 2094 del 2021 en el siguiente sentido:

"Artículo 2º. Modificase el artículo 9 de la Ley 1952 de 2019, el cual quedará así:

Artículo 9. Ilicitud sustancial. La conducta del disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna."

Con ello para significar que, como ocurría en vigencia de la Ley 734 de 2002, la ilicitud sustancial sigue considerándose material porque para que exista, debe haber afectación el deber funcional sin justificación alguna[185].

Por su parte, en lo que respecta a la antijuridicidad en materia del Derecho Disciplinario Militar se ha avanzado en la construcción de una institución que refleja y respeta el quehacer del Ser y el Actuar del Militar Colombiano, como integrante de unas Fuerzas Militares.

La finalidad prevista por el legislador a las Fuerzas Militares, en el artículo 217 de la Constitución Política, es la de contar con un Ejército, una Armada y una Fuerza Aérea que defienda a la Nación con el propósito de garantizar la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Es precisamente en consideración a ese designio tan especial asignado a las Fuerzas Militares que el personal militar goza de un Régimen disciplinario que le es propio, porque precisamente refleja la finalidad tan particular que cumplen.

Por ello es fundamental que el Código Disciplinario Militar siga manteniendo y respetando las condiciones especiales del ser humano a quien va dirigi-

185 El injusto debe fundamentarse y concretarse en la infracción a los principios que gobiernan la función pública, tal como lo explicaba en su momento el señor ex procurador General de la Nación, Dr. Alejandro Ordóñez Maldonado en el libro denominado 'Justicia disciplinaria.

> do, pues no cualquiera, elige profesar una vida de servicio jurando por su honor militar, ofrendar su propia vida si la patria y las razones propias del servicio así lo exigen, tal como se consagra en el artículo primero de dicha codificación.
>
> Por respeto a la humanidad del militar colombiano, los elementos de la responsabilidad disciplinaria militar, deben ser salvaguardados por los operadores de la Justicia disciplinaria, pues tienen en sus manos la obligación de impartir el sagrado derecho a la Justicia, que para el militar le resulta inalienable a esa persona que decide escoger como profesión la noble carrera de las armas.

Ilicitud o antijuridicidad sustancial (o afectación sustancial del deber funcional), lesividad y bienes jurídicos tutelados en el derecho disciplinario

Por lo anteriormente anotado, no se comparte el comentario de los doctrinantes y de alguna sentencia de constitucionalidad que opinan que el legislador fue más claro al introducir el término de *"ilicitud sustancial"* a cambio del de *"lesividad"*, con el argumento de que la **"lesividad" es más propio del sistema penal porque se relaciona con la protección de "bienes jurídicos tutelados"** (*Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002*. M.P. Álvaro Tafur Galvis) y que en cambio el término de **"ilicitud sustancial"** no se refiere a protección de **"bienes jurídicos"** por no existir en el *derecho disciplinario*, toda vez que la **"ilicitud sustancial", también implica protección de bienes jurídicos, los cuales son fundamento no solo del derecho disciplinario sino de "todo" el derecho** y, que como se dijo cuándo se analizó el principio de la "ilicitud sustancial", **los bienes jurídicos tutelados están explícitos o implícitos en la descripción de las conductas disciplinarias en forma de "objeto jurídico", representado en los principios, fines y funciones del Estado**. Por consiguiente, quienes piensan que el *bien jurídico tutelado* es de *propiedad* del *derecho penal*, están en un error, puesto que **el bien jurídico le pertenece a todo el ordenamiento legal**, ya que no se concibe la existencia de una norma, si la misma no tiene un **referente material** que le permita su *justificación* en el *derecho* y que consecuencialmente un *comportamiento* que la **trasgreda o afecte**, reciba la sanción trazada por la especialidad del derecho que la contenga.

En relación con lo expresado, Diego Alberto Zuleta García, en su obra "Introducción al Régimen Disciplinario Castrense". Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá 2013, págs. 262, es muy incisivo al decir:

> "(…) Pues bien, tal como lo argumentamos en líneas anteriores, reiteramos que no nos parece acertado afirmar que en el campo administrativo disciplinario, no existen bienes jurídicos, y creo que si el argumento para no considerar la antijuridicidad material en esta especialidad es simplemente diferenciar el Derecho Penal del Derecho Disciplinario, se tendría entonces que desechar los conceptos de culpabilidad, de presunción de inocencia, de juez natural, del debido proceso, etc., en tanto ellos también los comparte el Derecho Penal, lo cual, como lo hemos venido afirmando no parece apropiado, toda vez que si estos están presentes en el Derecho Disciplinario no lo es porque sean del Derecho Penal sino por ser el Derecho Sancionador, como rama genérica de donde surge el ius puniendi. (…)".

La Corte Constitucional en el año 2012 al estudiar los principios de tipicidad y legalidad en el derecho disciplinario, acerca del principio de la **ilicitud sustancial o "lesividad"** como ella lo identificó, señaló:

> "(...) Por el contrario, en criterio de esta Corte y como lo ha mencionado su jurisprudencia en casos análogos, se trata de expresiones subjetivas, vagas, imprecisas e indeterminadas que como tales admiten multiplicidad de contenidos, dependen de las concepciones individuales, convicciones y opiniones personales, de los cánones morales y éticos del intérprete respecto de lo que para él significa "el buen nombre y prestigio" de una institución pública, y que por lo demás, no se refieren a una afectación real del deber funcional como presupuesto de legitimación del injusto disciplinario.[186] En este sentido, este tipo de expresiones no solo representan una violación del principio de legalidad en materia sancionatoria en la dimensión de necesidad de ley previa, estricta y precisa, sino que adicionalmente **implican una afectación del *principio de lesividad* o ilicitud sustancial, o de la capacidad de afectación de la función pública**, en cuanto no es posible determinar de manera objetiva el tipo de actuación que constituya afectación del buen nombre o prestigio de una institución, sino que tal determinación queda discrecionalmente en manos del operador disciplinario. Lo anterior, conduce a una vulneración del principio de reserva legal en cuanto es el intérprete y no el legislador quien termina determinando el contenido de la hipótesis normativa.[187]
>
> En cuanto a la afectación del principio de lesividad de la función pública, es de resaltar que las expresiones "el buen nombre y prestigio" de la institución a la que pertenezca el servidor público, dado su grado de indeterminación, permiten que se sancionen conductas que no tienen relación intrínseca o conexidad directa con el servicio público y por tanto carecen de la idoneidad para afectar la eficacia, eficiencia y la corrección de la función de una institución pública. (...)". (Sentencia C-030 del 4 de febrero de 2012. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Expediente D-8608).

Igualmente, la Corte Constitucional en *Sentencia C-284 del 1 de junio de 2016*, respecto a la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019,* sobre la lesividad en el Derecho Disciplinario, dijo:

> "(...) A este respecto, y poniendo nuevamente de presente la necesidad de ser deferente frente al particular criterio de legislador sobre la implicación y gravedad que pudiera atribuirse a estos hechos, no encuentra la Sala que su calificación como falta gravísima, con las consecuencias que, según se ha explicado, ello conlleva, exceda el marco de lo prudente y razonable, **pues todas esas acciones coinciden en contener lo que podría llamarse elementos de *lesividad intrínseca***, cuya presencia justifica a calificación que en este caso pretende hacer el legislador (...)" (*las negrillas y el subrayado fuera del texto)*.

186 Al respecto ver igualmente la Sentencia C-728 del 21 de junio de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

187 Ibidem.

Bien jurídico. Jurisprudencia colombiana acerca de su existencia

Prueba de la *existencia del bien jurídico tutelado en materia disciplinaria*, es que nuestra *Corte Constitucional* se refiere a él de manera expresa o tácita en las sentencias de constitucionalidad: C-244 del 30 de mayo de 1996; C-430 del 4 de septiembre de 1997; C-769 del 10 de diciembre de 1998; C-708 del 22 de septiembre de 1999; C-956 del 1º de diciembre de 1999; C-712 del 5 de julio de 2001; C-125 del 18 de febrero de 2002; C-155 del 5 de marzo de 2002; C-450 del 3 de junio de 2003; C-014 del 20 de enero de 2004; C-431 del 6 de mayo de 2004; C-796 del 24 de agosto de 2004, C-818 del 9 de agosto de 2005; C-028 del 26 de enero de 2006, C-720 del 23 de agosto de 2006, C-819 del 4 de octubre de 2006; C-097 del 14 de febrero de 2007; C-1193 del 3 de diciembre de 2008 y C-284 del 1 de junio de 2016, así:

> Bienes jurídicamente tutelados (en procesos disciplinarios y penales): "(…) Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, **los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege**. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos **frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública**; en el proceso penal las normas **buscan preservar bienes sociales más amplios**. (…)". (Corte Constitucional. *Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996*. Demandante: Marcela Adriana Rodríguez Gómez. Magistrado ponente: Carlos Gaviria Díaz. Expediente D-1058) *(las negrillas fuera del texto)*[188].

> Derecho Disciplinario (asegura la obediencia, la disciplina, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos): "(…) **El derecho disciplinario**, como lo ha señalado la corte (*Sentencia C-341 del 5 de agosto de 1996*, M.P. Antonio Barrera Carbonell), comprende el conjunto de normas substanciales y procesales en virtud de las cuales el Estado **asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos,** con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a cargo de aquél (…)". (Corte Constitucional, Sentencia C-430 del 4 de septiembre de 1997. Demandante: David de Jesús Gómez Cárdenas. Magistrado ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-1596) *(las negrillas fuera del texto).*[189]

> Bienes Jurídicamente Tutelados (en el régimen disciplinario): *"…*lo anterior armoniza con la atribución del legislador de hacer las leyes y por medio de ellas, entre otros aspectos, regular el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (C.P., art. 150-23); toda vez que, de ella, se deriva la facultad para fijar las conductas violatorias **del régimen disci-**

188 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, págs. 72 y 73.

189 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 325.

plinario que atenten contra los bienes jurídicos por él tutelados, como son los relativos al patrimonio público, la moralidad, la transparencia, la eficacia y eficiencia administrativas (Ver la Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell). (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-2329) *(las negrillas fuera del texto)*.[190]

Antijuridicidad Penal (como principio se aplica en el derecho disciplinario): "(…) Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, entre otros, se muestran como rectores del proceso disciplinario en general (Ver la Sentencia C-310 del 25 de junio de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz). **Así mismo, dada la utilización extensiva de algunos de los elementos singulares del derecho penal sustantivo y procesal, resultan aplicables en el derecho disciplinario los principios atinentes a la** tipicidad, **antijuridicidad**, culpabilidad y proporcionalidad de la sanción, con las adaptaciones convenientes a la finalidad ya señalada de este régimen. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: **Álvaro Tafur Galvis.** Expediente D-2329) *(las negrillas fuera del texto)*.[191]

Bienes Jurídicamente Tutelados en el Régimen Disciplinario (y su afectación con faltas disciplinarias): "(…) De manera pues que, **no todas las faltas disciplinarias afectan gravísimamente los bienes jurídicos protegidos por el régimen disciplinario**; de ahí que, a partir de la valoración de los **diversos niveles de lesión**, el legislador, como resultado del ejercicio de sus facultades, apoyado en **la intensidad de afectación** que observe en esos **bienes jurídicos por cada una de tales faltas** y siguiendo la gravedad del injusto, tenga la potestad de crear y clasificar las conductas tipificadas como infractoras, en formas atenuadas o agravadas para efectos de la imposición de la sanción (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: **Álvaro Tafur Galvis**. Expediente D-2329) *(las negrillas fuera del texto).*[192]

Principio de Antijuridicidad Penal (tiene cabida en los reg**í**menes sancionatorios): "(…) la concordancia que un régimen disciplinario pueda tener con ese mandato constitucional, en lo que a la determinación de las faltas disciplinarias se refiere, **requiere dar cabida a los principios propios de los regímenes sancionatorios en lo relacionado con la valoración de la** tipicidad, **antijuridicidad** y culpabilidad. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia

190 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 72.

191 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 49.

192 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, págs. 78 y 79.

C-708 del 22 de septiembre de 1999. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. ***Álvaro Tafur Galvis***. Expediente D-2329) *(las negrillas fuera del texto).*[193]

Bienes Jurídicos del Estado (y sanción disciplinaria): "(…) el ejercicio del derecho del Estado a sancionar *(ius puniendi)* **las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas**, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios, particularmente, en lo que hace al derecho penal (Ver la Sentencia T-438 del 1º de julio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), en la medida en que ambos participan de elementos comunes. Sin embargo, la remisión a los institutos de ese derecho sólo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta que el derecho disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico (Ver la Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell, antes citada) (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-708 del 22 de septiembre de 1999. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado sustanciador: Álvaro Tafur Galvis. Expediente D-2329) *(las negrillas fuera del texto).*[194]

Bienes Jurídicos (y su defensa por parte del quejoso): "(…) Efectivamente, de conformidad con la Ley 200 de 1995, el quejoso es cualquier persona que da lugar al inicio de la acción disciplinaria mediante la formulación de una queja de esa índole (art. 47), esa persona no presenta la calidad de parte (art. 71), pues su participación en dicho proceso se hace a título de interviniente autorizado en el proceso, es decir de sujeto que participa en el proceso al cual **se le ha reconocido la facultad de ejercer ciertos actos procesales en virtud de la titularidad que tiene sobre un interés jurídico, como es el de la defensa de los bienes jurídicos relativos al patrimonio público, la moralidad, la transparencia, la eficacia y eficiencia administrativas** (Ver la Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell) que con el proceso disciplinario se tutelan. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-956 del 1º de diciembre de 1999. Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella. Magistrado ponente: ***Álvaro Tafur Galvis***. Expediente D-2344) *(las negrillas fuera del texto)*.[195]

Legislador (cuenta con el código disciplinario único para asegurar la eficiencia, obediencia, disciplina y comportamiento adecuado de los servidores públicos): "(…) **el Código Disciplinario Único comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, con las que el legislador pretende asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos**. El CDU define las conductas que se consideran faltas disciplinarias, las sanciones en las que se puede incurrir y el proceso que debe seguirse para establecer

193 Mejía Jaime, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 917.

194 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 80.

195 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 80.

la responsabilidad disciplinaria. Con la expedición del CDU se persigue la instauración de un estatuto uniforme y comprensivo de todo el régimen disciplinario aplicable a los servidores del Estado. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-712 del 5 de julio de 2001. Demandante: Miguel Arcángel Villalobos Chavarro. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño) *(las negrillas fuera del texto).*[196]

Derecho Disciplinario (asegura los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública): "(…) 6. De todo lo anterior **se concluye que el derecho disciplinario, como modalidad del derecho administrativo sancionador, pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública**, y que, para tal 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**. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2002. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-4059) *(las negrillas fuera del texto).*[197]

Bienes Jurídicamente Tutelados (y numerus apertus): "(…) Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado *'numerus apertus'*, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como 'a sabiendas', 'de mala fe', 'con la intención de' etc. **Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición**. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002. Demandante: Carlos Mario Isaza Serrano. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3680) *(las negrillas fuera del texto).*[198]

Bienes Jurídicos (y conductas violatorias del régimen disciplinario): "(…) sobre este tópico esta corporación dijo lo siguiente: (…) 'Lo anterior armoniza

196 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 658.

197 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 325.

198 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 75.

con la atribución del legislador de hacer las leyes y por medio de ellas, entre otros aspectos, regular el ejercicio de las funciones públicas y la prestación de los servicios públicos (C.P., art. 150-23); **toda vez que, de ella, se deriva la facultad para fijar las conductas violatorias del régimen disciplinario que atenten contra los bienes jurídicos por él tutelados, como son los relativos al patrimonio público, la moralidad, la transparencia, la eficacia y eficiencia administrativas** (Ver la Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell). (…)'". (Corte Constitucional. Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002. Demandante: Carlos Mario Isaza Serrano. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-3680) *(las negrillas fuera del texto).*[199]

Bienes Jurídicamente Tutelados (se protegen con la suspensión provisional): "(…) como ya se anotó, la medida acusada tiene como fin evitar que a lo largo de la actuación disciplinaria se concrete la posibilidad de que (i) el servidor disciplinado interfiera en ella, **o (ii) que éste siga atentando contra los bienes jurídicamente tutelados que originaron el proceso disciplinario en curso**. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-450 del 3 de junio de 2003. Demandantes: Jairo Enrique Aparicio Castillo, Milton Armando Gómez Cardozo y Juan Manuel Mendoza Barraza; Roc*í*o del Rosario Menco Escorcia y Porfirio Castillo Zamora. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Expedientes D-4234 y D-4238) *(las negrillas fuera del texto)*.[200]

Bienes Jurídicamente Tutelados (y suspensión provisional): "(…) La exigencia de que las faltas por las que se investiga o juzga al servidor, deban ser graves o gravísimas, **busca circunscribir la medida respecto de conductas muy lesivas de los bienes jurídicos tutelados por el derecho disciplinario**, las cuales son sancionadas con destitución, suspensión en el ejercicio del cargo, inhabilidad general o inhabilidad especial según lo dispuesto en el artículo 44 del CDU (…) (Corte Constitucional. Sentencia C-450 del 3 de junio de 2003. Demandantes: Jairo Enrique Aparicio Castillo, Milton Armando Gómez Cardozo y Juan Manuel Mendoza Barraza; Rocío del Rosario Menco Escorcia y Porfirio Castillo Zamora. Magistrado ponente: Manuel José Cepeda Espinosa. Expedientes D-4234 y D-4238) *(las negrillas fuera del texto).*[201]

Bienes Jurídicos Tutelados (de las víctimas o perjudicados en faltas disciplinarias que constituyen violaciones del derecho internacional de los derechos humanos o del derecho internacional humanitario): "(…) Es decir, **las víctimas o perjudicados son personas legitimadas para acceder al proceso dado que son los titulares de los bienes jurídicos vulnerados como consecuencia inescindible y directa de la infracción del deber implícita en la falta disciplinaria**. Esta condición, convierte a las víctimas o a los perjudicados en portadores de un interés directo en el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado y en la realización de la justicia disciplinaria. Es

199 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinari*o. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 79.

200 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, págs. 73 y 74.

201 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 75.

decir, los habilita para intervenir, pero no como simples terceros, sino como verdaderos sujetos procesales.

(...)

12. Podría argumentarse que con esta lectura constitucional se desnaturaliza el derecho disciplinario pues, de acuerdo con ella, parecería que la imputación que en él se debate remite a la vulneración de bienes jurídicos. También podría afirmarse que se desconoce que existen otros niveles de discusión de responsabilidad en los que es factible que la víctima invoque sus derechos. No obstante, en los dos casos, se trata de percepciones equivocadas. (...)". (Corte Constitucional. Sentencia C-014 del 20 de enero de 2004. Demandante: Javier Alejandro Acevedo. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-4560) *(las negrillas fuera del texto)*.[202]

Afectación del Servicio o de la Función Pública Encomendada (constituye responsabilidad disciplinaria y no la simple infracción del reglamento): "(...) **El régimen disciplinario especial de las Fuerzas Militares**. (...) Antes de cualquier consideración, la Corte indica que la interpretación de las normas demandadas parte de la base de que no solamente al momento de diseñar legalmente las faltas disciplinarias, sino también cuando se lleva a cabo la investigación disciplinaria tendiente a definir la responsabilidad de este tipo, **debe tenerse en cuenta que el límite de la potestad sancionadora se encuentra en la afectación o amenaza de afectación del servicio. Si esta situación no se produce, no cabe la responsabilidad disciplinaria. Por lo tanto, para la determinación concreta de la responsabilidad disciplinaria no basta la simple infracción del reglamento, sino que es necesario valorar en qué medida se afecta el servicio o la función pública encomendada**. (...)". (Corte Constitucional. Sentencia C-431 del 6 de mayo de 2004. Demandante: Marcela Patricia Jiménez Arango. Magistrado ponente: Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente D-4857) *(las negrillas fuera del texto)*.[203]

Principio de Lesividad (como garantía en beneficio de los destinatarios de la ley disciplinaria): "(...) 6.1.6. Por lo demás, el régimen disciplinario especial reconocido por la Carta a los miembros de la fuerza pública, hace parte integral del concepto de derecho disciplinario general, que según se mencionó, consiste básicamente en la atribución constitucional otorgada a la administración pública para imponer sanciones a todos los servidores que, con sus acciones u omisiones, infrinjan las normas de conducta relativas al correcto desempeño de las funciones estatales que le hayan sido asignadas; y **cuyo propósito específico es asegurar el cumplimiento de los fines del Estado y la plena observancia de los principios constitucionales que inspiran el ejercicio de la función administrativa, como son los de "igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad"** (C.P. art. 209).

202 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 81.

203 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 40.

6.1.7. En ese orden, esta Corporación viene sosteniendo que, de manera general, **'la potestad legislativa en el diseño de los regímenes disciplinarios está limitada por el fin que persigue, cual es el de asegurar el cumplimiento de la función pública por parte de las autoridades, dentro de los principios a que se refiere el artículo 209 Superior'** Así, ha señalado que **en materia disciplinaria, cualquiera que sea el régimen de que se trate, el legislador solo tiene atribución para estipular como falta aquellos comportamientos relacionados con las funciones asignadas a los servidores públicos y que afectan el cumplimiento de sus obligaciones, siendo el desconocimiento de esos deberes funcionales el único criterio de imputación** Cfr. las Sentencias C-252 del 25 de marzo de 2003 y C-431 del 6 de mayo de 2004. **Es lo que se conoce como** ***principio de lesividad*****, el cual constituye una garantía en beneficio de los destinatarios de la ley disciplinaria, en cuanto prevé que el quebrantamiento de la norma solo es reprochable cuando ésta ha sido concebida en función de preservar la eficacia y efectividad del servicio público**. (Corte Constitucional. Sentencia C-796 del 24 de agosto de 2004. Demandante: **César Augusto Ospina Morales.** Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-4997) *(las negrillas fuera del texto).*[204]

Función Pública (se vulnera o pone en peligro conforme al principio de antijuridicidad material o lesividad reconocido en la Ley 734 del 5 de febrero de 2002): "(…) De igual manera, le corresponde a dicho funcionario determinar si la irregularidad imputada al servidor público o al particular, **se ajusta al principio de antijuridicidad material o** ***lesividad*** **reconocido por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, y hoy en día previsto en el artículo 5° de la citada ley, según el cual: 'el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro' (**…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. Demandante: Ernesto Matallana Camacho. Magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. Expediente D-5521) *(las negrillas fuera del texto).*[205]

Investigación y Sanción Disciplinaria (a quienes incumplen los principios de eficacia, igualdad, moralidad, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad): "(…) en suma, la potestad disciplinaria se ocupa esencialmente de investigar y sancionar, si a ello hubiese lugar, **a quienes incumplan sus deberes funcionales, entre los cuales indefectiblemente se encuentra cumplir su labor de acuerdo con los lineamientos planteados por el artículo 209 constitucional**. **Dichos principios no son otros que los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad**. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006. Demandantes: Juan Fernando Reyes Kuri, Carlos Fernando Motoa Solarte y Nicolás Orejuela Botero. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Expediente D-5768) *(las negrillas fuera del texto)*.[206]

204 http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=15045. Consultado el 27 de septiembre de 2013.

205 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 494.

206 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, págs. 630 y 631.

Bien Jurídico Tutelado (en el derecho disciplinario): "(…) Como se ha explicado en esta providencia, el proceso penal y el disciplinario atienden a naturaleza, materia y finalidades diferentes, sin que exista mérito para considerar que el procesado en ambas instancias por una misma conducta resulta incriminado dos veces por un mismo hecho o sancionado más de una vez por la misma conducta. Así, mientras en el proceso penal el sujeto activo de la conducta puede ser toda persona considerada imputable, en el disciplinario el destinatario de la ley únicamente es el servidor público, aunque se encuentre retirado del servicio o el particular contemplado en el artículo 53 de la Ley 734 de 2000; el trasgresor de la ley penal puede ser una persona indeterminada, al paso que el destinatario de la ley disciplinaria siempre será una persona subordinada a la administración pública o vinculada a ella; **mientras en el proceso penal el legislador prevé distintos bienes jurídicos objeto de protección, en el disciplinario el único bien jurídico protegido está representado por la buena marcha de la administración, su eficiencia, su buen nombre, la moralidad pública, como también la eficacia y la honradez de la administración pública**; además, mientras en el proceso penal la pena tiene una función de prevención general y especial, de retribución justa, de reinserción social y de protección al condenado, **en el proceso disciplinario la sanción tiene una función preventiva y correctiva para garantizar las efectividad de los principios y fines que se deben observar en el ejercicio de la función pública**. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-720 del 23 de agosto de 2006. Demandante: Sandra Vanegas Leaño. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5968) *(las negrillas fuera del texto).* [207]

Derecho Disciplinario (en qué se concreta): "(…) 5**.** Ahora bien, en el terreno del derecho disciplinario, el derecho sancionador de la Administración se concreta en la facultad que se les atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios. **Con esta potestad disciplinaria se busca particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad** (C.P. art. 209).'Corte Constitucional. (Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil). (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-720 del 23 de agosto de 2006. Demandante: Sandra Vanegas Leaño. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5968) *(las negrillas fuera del texto).*[208]

Policía Nacional (libre ejercicio y prohibición de la sexualidad por parte de sus miembros): "(…) Para el análisis de este cargo, la Corte considera conveniente recordar algunos criterios jurisprudenciales relevantes. De una parte, que, en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales del servidor público o del particular que cumple funciones públicas, **pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto tengan idoneidad de afectación de la función pública**. **De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas**

207 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 72.

208 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 333.

positivas en cuanto ello implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público, o al particular que cumple funciones públicas (Este es un criterio que conserva ya una importante tradición en la jurisprudencia de la Corte usado, entre otras, en la Sentencias C-373 del 15 de mayo de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño; C- 948 del 6 de noviembre de 2002, M.P., Alfredo Beltrán Sierra; C-570 del 8 de junio de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

(…).

El **principio de ilicitud sustancial** derivado de los artículos 6° y 218 de la Constitución, respecto de la conducta de los servidores públicos policiales, **exige la idoneidad de la conducta para comprometer los fines de la actividad policial, y estructurar en consecuencia la infracción al deber funcional que legitima el injusto disciplinario**. Lo que **determina la ilicitud del comportamiento es su potencialidad de afectación del interés jurídico de la función pública que el régimen disciplinario protege, reflejado en el menoscabo de los objetivos de la actividad y de la disciplina policial**. Esta exigencia es la que establece el necesario nexo entre la conducta prohibida y el interés jurídico que el régimen disciplinario de los servidores públicos protege.

(…)

Las expresiones usadas por el legislador en el numeral 10 del artículo 34, y en el numeral 18 del artículo 35 de la Ley 1015 de 2006, que erigen en falta disciplinaria, la comisión de conducta delictuosa (gravísima), o contravencional (grave) 'que empañe, o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la institución', no se adecúan a ninguna de las técnicas mencionadas con antelación, en cuanto no remite a otros complementos normativos, ni responde a parámetros de valor o de la experiencia que hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico, con algún nivel de consistencia y certidumbre. Por el contrario, se trata de expresiones que admiten multiplicidad de contenidos, que dependen de las concepciones y los cánones individuales del intérprete sobre lo que para él significa 'el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad o el prestigio' de una institución. **La expresión empañar núcleo rector de las conductas disciplinarias examinadas, describe una acción carente de idoneidad para afectar el interés jurídico de la función pública**.

Estas expresiones, incorporan conceptos vagos e imprecisos, que pueden fluctuar al vaivén de las convicciones y opiniones personales del intérprete, **y adicionalmente no concretan una real afectación del deber funcional como presupuesto de legitimación del injusto disciplinario**. La primera objeción estructura una violación al principio de legalidad en materia sancionatoria en su dimensión de necesidad de ley previa, estricta y precisa, **en tanto que la segunda objeción, configura una trasgresión al principio de lesividad o ilicitud sustancial (capacidad de afectación de la función pública) que debe orientar las conminaciones disciplinarias**[209]. Una y otra

209 Diego Alberto Zuleta García, en su obra *Introducción al Régimen Disciplinario* Castrense. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá 2013, págs. 252 a 254, sobre el concepto de lesividad expuesto

se proyectan en una violación del principio de reserva legal de las faltas disciplinarias, en tanto que la ambigüedad y la falta de precisión de las expresiones examinadas conduce a que sea el intérprete y no el legislador quien determine el contenido de la hipótesis normativa.... (Corte Constitucional. Sentencia C-819 del 4 de octubre de 2006. Demandante: Diego Fernando Flórez Martínez. Magistrado ponente: Jaime Córdoba Triviño. Expediente D-6234) *(las negrillas fuera del texto).* [210]

Principio de Tipicidad (exige la delimitación concreta de las conductas reprochables a efectos de su sanción): "(...) Las expresiones usadas por el legislador en el numeral 10 del artículo 34, y en el numeral 18 del artículo 35 de la Ley 1015 de 2006, que erigen en falta disciplinaria, la comisión de conducta delictuosa (gravísima), o contravencional (grave) '**que empañe, o afecte** el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la institución', no se adecúan a ninguna de las técnicas mencionadas con antelación, en cuanto no remite a otros complementos normativos, ni responde a parámetros de valor o de la experiencia que hayan sido incorporados al ordenamiento jurídico, con algún nivel de consistencia y certidumbre.

(...)

Estas expresiones, incorporan conceptos vagos e imprecisos, que pueden fluctuar al vaivén de las convicciones y opiniones personales del intérprete, y adicionalmente **no concretan una real afectación del deber funcional como presupuesto de legitimación del injusto disciplinario**. La primera objeción estructura una violación al principio de legalidad en materia sancionatoria en su dimensión de necesidad de ley previa, estricta y precisa, **en tanto que la segunda objeción, configura una trasgresión al principio de lesividad o ilicitud sustancial (capacidad de afectación de la función pública) que debe orientar las conminaciones disciplinarias**. Una y otra se proyectan en una violación del principio de reserva legal de las faltas disciplinarias, en tanto que la ambigüedad y la falta de precisión de las expresiones examinadas conduce a que sea el intérprete y no el legislador quien determine el contenido de la hipótesis normativa.

Las expresiones 'que empañe o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto y el prestigio' referidas a la institución policial, dado su grado de indeterminación, **crean la posibilidad de que se sancionen conductas inocuas, es decir carentes de idoneidad para afectar la**

---

por la Corte Constitucional, no solo en esta sentencia sino en las correspondientes a la C-819 del 4 de octubre de 2006 y C-1193 del 3 de diciembre de 2008, manifestó:

"No creo que la referencia al principio de lesividad en estas sentencias haya sido un *lapsus calami* de la Corte, como tampoco creo que hablar de antijuridicidad material en un régimen disciplinario especial, como lo es el castrense, sea una herejía, pues en mi opinión, la categoría denominada 'ilicitud sustancial' se introduce en nuestra legislación como una paráfrasis entre el injusto y el desvalor, donde se fijaron disfunciones frente a la antijuridicidad material con miras a confeccionar una dogmática jurídica autónoma, que la diferencie de los principios del Derecho Penal, pero que en plata blanca no es más que una antonomasia de la antijuridicidad de la conducta y que como los principios del Derecho Penal se fundamentan en primer lugar en los principios constitucionales, el concepto de antijuridicidad material puede ser aplicado en este régimen especial".

210 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, págs. 823 a 828.

eficacia, eficiencia y la corrección de la función pública, y en particular los fines de la actividad policial. Así mismo despoja la falta disciplinaria de los atributos de precisión y taxatividad que la deben caracterizar. Esto refleja un desconocimiento, por parte del legislador, de los límites constitucionales contenidos en los artículos 6°, 29, y 218 de la Carta, que deben guiar el ejercicio de la potestad de configuración en materia disciplinaria, lo que conduce a su inexequibilidad y así lo declarará la Corte en la parte resolutiva de esta sentencia.

Expulsadas las anteriores expresiones de los preceptos examinados, podría entenderse que tal como queda su estructura semántica, la comisión de cualquier conducta descrita en la ley como delito o como contravención, cuando el disciplinado se encuentre en 'franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado de servicio o en hospitalización' podría constituir falta disciplinaria. **Tal entendimiento desconocería la exigencia de ilicitud sustancial de la conducta en cuanto potencialidad vulneratoria del interés jurídico de la función pública y de los fines de la actividad policial, en contravía de los artículos 6° y 218 de la Constitución que exigen tal vínculo funcional**. En consecuencia, la Corte condicionará la exequibilidad del numeral 10 del artículo 34, y del numeral 18 del artículo 35 de la ley 1015 de 2006, **al entendido que la conducta** (delito o contravención) **realizada en las situaciones administrativas enunciadas en esos preceptos, debe afectar los fines de la actividad policial**.

Al respecto es preciso recordar la reiterada jurisprudencia de esta Corporación en el sentido que no existe incompatibilidad en que un mismo evento sea sometido simultáneamente a los ámbitos penal (o contravencional) y disciplinario:

'(…) Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, **los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege**. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

(…)

La posibilidad de que un servidor público o un particular, en los casos previstos en la ley, sean procesados penal y disciplinariamente por una misma conducta no implica violación de las reglas de competencia pues, **como lo ha explicado la Corte, se trata de dos juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta**.

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Corte declarará exequible, por los cargos analizados, el numeral 10 del artículo 34 y el numeral

18 del artículo 35 de la Ley 1015 de 2006, **en el entendido que la conducta debe afectar los fines de la actividad policial,** y salvo las expresiones *'que empañe o afecte el decoro, la dignidad, la imagen, la credibilidad, el respeto o el prestigio de la institución' que se declaran inexequibles*. (…)". (Corte Constitucional. Sentencia C-097 del 14 de febrero de 2007. Demandante: **César Augusto Ospina Morales. M**agistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-6374) *(las negrillas fuera del texto)*.[211]

El Legislador Debe Orientarse Especialmente por los Principios de Lesividad y Necesidad (al determinar a gravedad de las faltas y la intensidad de las sanciones): "… Ahora bien, *(según Sentencias C-290 del 2 de abril de 2008 y C-884 del 24 de octubre de 2007)* para esta Corporación el alcance de la potestad de configuración legislativa se guía por las siguientes reglas:

a. La potestad conferida al legislador para establecer los diversos regímenes sancionatorios, se encuentra vinculada a los fines constitucionales del Estado y limitada por el respeto a los derechos fundamentales de la persona.

b. **Al determinar la gravedad de las faltas y la intensidad de las sanciones, el legislador debe orientarse por criterios de proporcionalidad y razonabilidad y, especialmente por los principios de *lesividad* y necesidad**. (…) (Corte Constitucional. Sentencia C-1193 del 3 de diciembre de 2008. Demandante: Jaime Arlex Díaz Henao. Magistrado ponente: Jaime Araújo Rentería. Expediente D-7325) *(las negrillas fuera del texto).*[212]

Intereses o Bienes Jurídicamente Tutelados, Lesión, Lesividad Intrínseca, Afectación de la Función Pública (en el derecho disciplinario) "(…) En esta perspectiva, seguidamente es necesario destacar que el proyecto de nuevo Código Disciplinario que en este caso ha sido parcialmente objetado, si bien incorpora muchos contenidos ya existentes en la normativa vigente, plantea un nuevo sistema en relación con la definición de las faltas gravísimas, hasta ahora enumeradas en una sola disposición legal (artículo 48 de la Ley 734 de 2002, vigente a la fecha con algunas adiciones y reformas puntuales). Con propósitos de sistematización, **y con el ánimo de destacar y hacer explícitos los valores y objetivos que en cada caso son lesionados**, el futuro nuevo código propone ahora listar tales conductas en varios artículos sucesivos (artículos 52 a 64 del proyecto parcialmente objetado), en los que **tales faltas han sido clasificadas a partir de los intereses o bienes jurídicos que en cada caso son afectados**, a la manera en que tradicionalmente lo ha hecho el Código Penal (…)" *(las negrillas fuera del texto)*.

"(…) Esta reflexión resulta pertinente por cuanto, ciertamente, en caso de seguirse tal razonamiento, **habría de concluirse que ninguna de las faltas gravísimas cuya consagración protege otros bienes jurídicos, tendría una adecuada justificación constitucional**, lo que incluiría no solo aquellas que en este caso han sido objetadas, sino también, a manera de ejemplo, las previstas en los demás numerales, no objetados, de los artículos 55, 56, 57 y 58 de este proyecto. (…)" *(las negrillas fuera del texto)*.

211 Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, págs. 1018 a 1021.

212 http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/C-1193-08.htm. Consultado el 27 de septiembre de 2013.

"(…) A partir de lo anterior, la Corte encuentra que lo relacionado con la posible falta de proporcionalidad en el señalamiento como faltas gravísimas de las diez conductas aquí objetadas, **habría de auscultarse mediante su comparación global con las demás conductas cuya realización se censura en los demás numerales de los respectivos artículos, que según lo explicado, son las que ofenden bienes jurídicos análogos, más que con aquellos que lesionan intereses tan disímiles como los derechos humanos o la libertad personal,** pues precisamente por esta razón, no resultan comparables (…)" *(las negrillas fuera del texto).*

"(…) A este respecto, y poniendo nuevamente de presente la necesidad de ser deferente frente al particular criterio de legislador sobre la implicación y gravedad que pudiera atribuirse a estos hechos, no encuentra la Sala que su calificación como falta gravísima, con las consecuencias que, según se ha explicado, ello conlleva, exceda el marco de lo prudente y razonable, **pues todas esas acciones coinciden en contener lo que podría llamarse elementos de *lesividad intrínseca*,** cuya presencia justifica a calificación que en este caso pretende hacer el legislador (…)" (*las negrillas y el subrayado fuera del texto)*.

"(…) De otra parte, al comparar estas tres conductas con algunas de las otras erigidas como falta gravísima por otros numerales del artículo 55, no se observa tampoco una manifiesta desproporción frente a los demás comportamientos así sancionados, entre ellos el de adquirir bienes que deban ser enajenados en razón de las funciones a su cargo, abandonar el cumplimiento de sus funciones por un término igual o superior a cinco (5) días, omitir, alterar o suprimir anotaciones en los registros de antecedentes, sanciones y/o inhabilidades, obrar con desviación de poder o emitir decisiones que favorezcan intereses propios o ajenos en contravía del bien común, **todos los cuales tienen en común el hecho de lesionar, de manera semejante dentro de su disimilitud, los intereses de la buena y eficiente administración pública**. Es esta entonces una razón adicional para concluir que no debe prosperar la objeción del Gobierno Nacional en relación con estos numerales 2º, 7º y 11. (…)" *(las negrillas fuera del texto)*.

"(…) En efecto, la figura del silencio administrativo positivo, regulada por el artículo 84 del nuevo Código de Procedimiento Administrativo (Ley 1437 del 18 de enero de 2011), implica la constitución de un derecho, o al menos la aceptación de lo pedido por el solicitante. **Sin embargo, no en todos los casos ello ha de considerarse negativo o perjudicial a los intereses de la administración, pues como es sabido, en algunas situaciones esta figura se utiliza como mecanismo de eficiencia administrativa que evita el desgaste de dar respuestas individuales a solicitudes que sin duda serían aprobadas por la administración, hipótesis en la cual no podría considerarse que se ha cometido falta alguna por parte del funcionario responsable** (…)" *(las negrillas fuera del texto).*

"(…) sin embargo, en lo relativo al consumo de sustancias prohibidas en lugares públicos, **la misma sentencia precisó que la penalización de esa conducta como falta gravísima solo resultaba acorde al texto superior, en los casos en que tal situación afecte el ejercicio de la correspondiente función pública, pues de no ocurrir así, la sanción que se anuncia sería**

desproporcionada, en cuanto lesionaría el libre ejercicio de la personalidad y la autonomía del individuo. (…)" *(las negrillas fuera del texto).*

"(…) Más allá de ello, es claro que en realidad este cambio constitucional no tiene incidencia en el análisis de la norma objetada, pues aunque ciertamente las conductas sancionables suponen el porte de las sustancias cuyo consumo se sanciona, la realidad es, como antes se explicó, que **la razón de ser de esta norma disciplinaria es el interés por mantener el ejercicio de la función pública alejado de las dificultades que pueden generarse a partir de las alteraciones de conducta que el consumo de tales sustancias produciría en el servidor público, por lo que el hecho sancionado no es ni el porte, ni aún el mero consumo de tales sustancias, sino las circunstancias en las que el mismo tiene lugar**. (…)".

Por lo anterior, la Corte encuentra que mantienen vigencia las conclusiones a que ella misma llegó al analizar en la Sentencia C-252 de 2003 una norma legal de idéntico contenido a la que ahora ha sido objetada. **Es decir, que resulta conforme a la Constitución que se sancione como falta gravísima el consumo de sustancias prohibidas en el lugar de trabajo, o el hecho de acudir a este bajo los efectos de tales sustancias o en estado de embriaguez**, por los efectos que ello necesariamente ocasiona en el cumplimiento de las funciones de tal servidor público. **Pero también, que resulta desproporcionado que se imponga la misma sanción por el simple consumo de tales sustancias en un lugar público, en los casos en que ello no incida en el correcto ejercicio de tales funciones públicas**. (…)" *(las negrillas fuera del texto).*

"(…) Con respecto al numeral 4º del artículo 56 de este proyecto, relacionado con la prestación de servicios de asistencia, representación o asesoría en asuntos relacionados con las funciones propias de su cargo, y otras conductas asimilables, antes de analizar su eventual adecuación constitucional, la Corte debe tomar en cuenta varios importantes antecedentes, pues el actual Código Disciplinario Único incluye una disposición equivalente a ésta (…) aunque con unas importantes diferencias, de una parte, su carácter mucho más genérico y menos detallado, y de otra, el hecho de que esta actuación no fue directamente definida como una falta gravísima, como ahora se dispondría, sino como una prohibición, contenida en el numeral 22 de su artículo 35, cuya transgresión generaría una falta, grave o leve, según el caso.

Poco después, esa norma fue acusada por su presunta inconstitucionalidad, debido a su posible falta de proporcionalidad, entre otras razones por establecer una prohibición en cabeza de quien ya no es servidor público. Esta Corte, mediante Sentencia C-893 del 7 de octubre de 2003 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra) la declaró exequible, al considerar que esa prohibición era plenamente acorde con las finalidades del régimen disciplinario, al procurar evitar situaciones de tráfico de influencias, que de suyo rompen la igualdad que debe caracterizar la relación entre los ciudadanos individualmente considerados, y el Estado y la administración pública. **Encontró la Corte que esta disposición tenía un sólido fundamento constitucional, dado que a través de esta restricción al servidor público o a quien recientemente ha dejado de serlo, se busca materializar caros y basilares principios del Estado de derecho, tales como a moralidad administrativa, la igualdad ante**

> **la ley, la imparcialidad, y la transparencia de la función pública** (…)" *(las negrillas fuera del texto).*
>
> "(…) De otra parte, y recordando los supuestos bajo los cuales se plantea el nuevo sistema de clasificación de las faltas gravísimas, es evidente, como antes se dijo, que no podría pretenderse que todas estas infracciones u omisiones (**en este caso las que lesionan el buen funcionamiento de la hacienda pública**) **sean necesariamente estimadas como poco trascendentes, pues sin ninguna duda, lo son en alto grado** (…)" (*Sentencia C-284 del 1º de junio de 2016 (Sala Plena–Expediente OG 149)*, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Objeciones de inconstitucionalidad presentadas por el primer mandatario de la Nación contra el Código General Disciplinario (Proyecto de Ley 055 de 2014 Senado- 195 de 2014 Cámara) (*las negrillas fuera del texto*).

Igualmente, la *Corte Suprema de Justicia – Sala Penal en Sentencia del 16 de octubre de 1992, con ponencia de* Juan Manuel Torres Fresneda, *señaló*:

> *"El 4 de marzo de 1991 con ponencia del Magistrado que ahora ejerce la misma función, la Sala dijo:*
>
> … Se acepta en principio la diferente naturaleza de las infracciones penales y disciplinarias, pero al mismo tiempo obliga reconocer su inmensa similitud, pues ambas deben estar precedidas de requisitos de legalidad, y consecuencialmente del de tipicidad; **en las dos igualmente debe estar demostrada la antijuridicidad, esto es, la vulneración del bien jurídico protegido que es la Administración Pública afectada por la ineficiencia de la Administración de Justicia** y, por último, ambas deben ser conductas culpables, como de manera reiterada lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia (…)" *(las negrillas fuera del texto).*
>
> La jurisprudencia que precede permite pensar que en el *derecho disciplinario* es perfectamente aplicable el principio de **"ilicitud sustancial"** desde la óptica de la **"antijuridicidad material incorpórea"** y que por lo tanto, la *valoración* de la *conducta disciplinada* debe ser observada desde la **"afectación de los principios, fines y funciones del Estado"** lo cual se explica como la **"efectividad de afectación"**, para que el comportamiento además de *típico* sea *antijurídico* (**y no típicamente antijurídico**, como ya lo explicábamos). El no aceptar esta consideración, es permitir que se sancionen comportamientos simple y llanamente por la violación "a la afectación del deber funcional sin justificación alguna", cuando muchas veces *la falta* no guarda relación con el "deber funcional o la función"; cuando no se determina si la falta *afectó al bien preciado del Estado encarnado en los principios y fines del Estado* o simplemente apuntaría el concepto de *ilicitud sustancial* al incumplimiento del *deber funcional* aplicable a las *extralimitaciones* del servidor público con ocasión a *comportamientos que benefician al ente estatal*, como sería el muy comentado caso de llegar *una o dos horas* antes de la jornada reglamentaria de trabajo o salir *una u dos horas* después para evacuar labores propias de su función. La *eficacia*, la *eficiencia,* la *celeridad,* entre otros principios de la función pública, con que actúe el *servidor público* serán entonces aspectos que ayudan a comprender mejor el tema y que perfectamente deben analizarse dentro del concepto de "ilicitud sustancial" y no simplemente dentro del criterio de la "afectación del deber funcional sin justificación

> alguna", para enmarcar la conducta objeto de *acción disciplinaria*. Es decir, el **cumplimiento de los principios y fines del Estado**, será la medida que se enfrente a la *descripción* del *comportamiento* para *valorarlo* en sede de **"ilicitud o antijuridicidad"** y de esa manera decidir si la *conducta* además de ser *típica* puede ser valorada o no como *antijurídica*. Recuérdese que el artículo 68 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (51 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), también permite que "**el jefe inmediato"** adopte las medidas correctivas[213] pertinentes **"sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno"**, precisamente por tratarse **"de hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de cada dependencia sin afectar sustancialmente los deberes funcionales"**. En este espacio nuevamente volvemos a preguntarnos:

¿Cuál será el menor grado de la afectación sustancial de los deberes funcionales para que no exista proceso disciplinario?

Con lo anterior se expresa que la *responsabilidad disciplinaria* no puede ser tomada por el simple desconocimiento de las leyes o los reglamentos de **manera formal** o por el **simple desconocimiento de los deberes impuestos a los servidores públicos**, sino que es absolutamente necesario que **la conducta**, como ya lo hemos expresado, **afecte o contraríe los principios y fines del Estado**. El hecho que los artículos 9º de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[214] (5º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[215]); 4º de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[216]; 5m de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[217]; 57 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[218] (13 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003[219]) y 12 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[220] (4º de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006[221]), recojan en sus principios rectores el concepto de la **ilicitud sustancial**, no lo aleja de la **aplicación e interpretación** del **principio de la antijuridicidad material del derecho penal**, habida consideración que ese concepto se constituye en un **referente material de cualquier derecho** y concretamente del **derecho sancionatorio**[222], dentro del cual se encuentra precisamente el **derecho disciplinario**[223] y sobre todo cuando nuestra *Corte Constitucional* en *Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997* con ponencia del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz expresó que:

> "(…) la Corte ha manifestado de manera reiterada que **los principios del derecho penal criminal son aplicables al derecho disciplinario**, por cuanto éste constituye una modalidad del derecho penal o sancionatorio (…)" *(las negrillas fuera del texto).*

213 Estas medidas correctivas no generan antecedente disciplinario como lo advierte la parte final de la respectiva disposición legal.

214 Código General Disciplinario.

215 Código Disciplinario Único.

216 Código Disciplinario del Abogado.

217 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

218 Código Disciplinario Militar.

219 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

220 Estatuto Disciplinario Policial.

221 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

222 Además, por permitirlo el principio de integración normativa de cada una de las codificaciones disciplinarias.

223 En esta disciplina, como lo hemos venido refiriendo, podemos hablar de ilicitud o antijuridicidad material incorpórea.

Como complemento de la anterior afirmación, debe destacarse que el artículo 47, numerales 3º y 5º, de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[224] (artículo 43, numerales 3º y 5º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[225]) y el artículo 50 literal c. del *Código General Disciplinario*[226] (artículo 47- 1. e. del reemplazado Código Disciplinario Único[227]) advierten como criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta: *"el grado de* ***perturbación del servicio"*** y "el **perjuicio causado**" *y como* criterios para la graduación de la sanción*: "Haber, por iniciativa propia, resarcido el daño o compensado el* ***perjuicio causado***; en la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[228], como criterios de gravedad o levedad de la falta en el artículo 42 expresa que la sanción de *multa* "podrá imponerse de manera autónoma o concurrente con las de *suspensión* y *exclusión*, atendiendo la gravedad de la falta y los criterios de graduación establecidos en el presente código (artículo 45), dentro de los que se encuentran el literal A-3 ***(el perjuicio causado)*** y B-2 (haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o ***compensar el perjuicio causado***); en la *Ley 1828 del 23 del de enero de 2017*[229], como criterios de gravedad o levedad de la falta el artículo 12 (c) contempla "*la trascendencia social de la falta o* ***el perjuicio causado*** y como criterios de la graduación de la sanción en el artículo 15 (d, f y g) haber procurado, por iniciativa propia, ***resarcir el daño*** o compensar el ***perjuicio causado,*** el ***grave daño social*** de la conducta y la ***afectación*** a derechos fundamentales; en la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[230], el artículo 79 (3 y 5), con relación a la gravedad o levedad de la falta nos muestra en el inciso 2 que serán faltas graves o leves, en tanto no estén previstas como falta gravísima: el incumplimiento de deberes, la extralimitación o abuso de derechos y funciones, la incursión en prohibiciones contemplados en este código de acuerdo con los siguientes criterios: (…) 3. (…) El ***grado de perturbación*** del servicio (…) la trascendencia social de la falta o ***el perjuicio causado***.

Así mismo los artículos 84 (3) y 85 10 como circunstancia de atenuación de la sanción contemplaba: (…) Procurar por iniciativa propia ***resarcir el daño*** o compensar el ***perjuicio causado*** antes de que le sea impuesta la sanción y como circunstancia de agravación en el artículo 85 (10) 10 ***afectar gravemente*** los servicios esenciales a que esté obligado; la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003*[231], traía como criterios de graduación de la sanción en el artículo 64 (3) como atenuante el procurar por iniciativa propia ***resarcir el daño*** o ***compensar el perjuicio causado*** antes de que le sea impuesta la sanción y en el artículo 65 (11) como agravante el ***perturbar gravemente*** el servicio con el hecho; en el artículo 48 (c y e) la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[232] muestra como criterios de levedad o gravedad de la falta por vía de remisión … el ***grado de perturbación del servicio*** y […] la trascendencia social de la falta ***o el perjuicio causado*** y como criterios para la graduación de la sanción el envío al artículo 50 (c) de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* por determinarlo así el artículo 51 del *Estatuto Disciplinario Policial*. Finalmente la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[233], dentro de los criterios para la gravedad

224 Código General Disciplinario.

225 Código Disciplinario Único.

226 Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

227 Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

228 Código Disciplinario del Abogado.

229 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

230 Código Disciplinario Militar.

231 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

232 Estatuto Disciplinario Policial.

233 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

o levedad de la falta estaban situados en los numerales 3 y 5 del parágrafo del artículo 37 el ***grado de perturbación del servicio*** y la trascendencia social de la falta o ***el perjuicio causado*** y como criterios para la graduación de la sanción en el artículo 40, literales b y g , ***la diligencia y eficiencia demostradas en el desempeño del cargo*** o de la función y haber procurado, por iniciativa propia, ***resarcir el daño o compensar el perjuicio causado***, todo lo cual corrobora desde la *óptica de la punibilidad* la exigencia de la contemplación de la ***afectación del objeto, interés o bien jurídico tutelado*** en el derecho disciplinario, pues esos raseros son de recibo en el respectivo análisis en el *derecho sancionatorio*, lo cual indica que la codificaciones disciplinarias, al igual que las anteriores y de las que vendrán, tendrán como exigencia para las autoridades respectivas ***el deber de analizar el grado afectación al objeto, interés o bien jurídico*** para concluir la ***gravedad o levedad de la falta***, así como el correspondiente ***grado en que se causó el perjuicio***, con miras a determinar, en caso de no estar conforme con el artículo 68 del *Código General Disciplinario*, qué clase de sanción debe imponerse de acuerdo con los artículos 48 y siguientes del *Código General Disciplinario*; 44 y siguientes del reemplazado *Código Disciplinario Único*; 40 y siguientes del *Código Disciplinario del Abogado*; 13 y siguientes del *Código de Ética y Disciplinario del Congresista*; 81 y siguientes del *Código Disciplinario Militar*; 64 y siguientes del derogado *Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares*; 49 y siguientes del *Estatuto Ético Policial* y 38 y siguientes del derogado *Régimen Disciplinario para la Policía Nacional*.

La existencia del objeto, interés o bien jurídico tutelado en materia sancionatoria y definitivamente en el campo del derecho disciplinario, constituye una limitación al poder sancionatorio del Estado y un excelente criterio garantizador para regular la sanción que le corresponde al disciplinado ante su comprobada afectación

La acción de retirar del *derecho disciplinario* ese criterio de *naturaleza penal*, es contrariar todo el sistema *sancionador* o *punitivo* del *Estado*, pues se repite, no basta la *afectación del "deber funcional" sin justa causa*, sino que es necesario *demostrar que la conducta del sujeto disciplinado afectó el objeto, interés o bien jurídicamente tutelado que se estableció explícita o implícitamente en la respectiva disposición disciplinaria*, máxime cuando las consecuencias para el destinatario de la ley disciplinaria son más funestas que en materia penal, habida cuenta que *una sanción disciplinaria será difícilmente superada para efectos del nombramiento en un cargo público*, si se tiene en cuenta que el *Estado* es uno de los mayoritarios empleadores en *Colombia*, lo que determina para la persona una *muerte laboral, además de la muerte social, psicológica, profesional, familiar y personal* que le apareja. Finalmente, como lo aseveramos varios doctrinantes de esta especial disciplina, **la exclusión** del análisis de la **"antijuridicidad material incorpórea"** en la conducta del *indagado, investigado o disciplinado*, daría paso a la ya superada **"antijuridicidad formal"**, a la cual sólo le interesa la confrontación de la norma con la conducta sin importar el análisis de la *afectación efectiva* del *objeto, interés o bien jurídico del Estado* sobre el cual, como se ha expresado en repetidas oportunidades se pregona su *existencia implícita o explícita* en las tipicidades disciplinarias.

La Procuraduría General de la Nación con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea

La Procuraduría General de la Nación–Despacho del Procurador General–Expediente 016-139309-, mediante Providencia del *24 de octubre de 1997,* suscrita por el doctor: Jaime Bernal Cuéllar, expresó:

> *"(…) Analizando en su conjunto la descripción de las faltas administrativas se observa que* **solo algunas permiten realizar un juicio de antijuridicidad material del comportamiento, en atención a que es posible determinar con claridad y precisión el bien jurídico tutelado. En otros casos, la descripción de la falta lleva implícito el objeto jurídico a manera de injusto protegido por el legislador sin que se especifique o delimite el mismo.** *Ello es posible si se tiene en cuenta que la responsabilidad disciplinaria parte del postulado constitucional que diferencia la situación de los particulares y los servidores públicos en cuanto dispone que:*
>
> *'Artículo 6º. Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las Leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación de sus funciones'.*
>
> *De lo anterior se desprende que en los casos en que la ley no determina el bien jurídico tutelado, la falta disciplinaria se reprocha en atención a la violación al deber-obligación que tiene todo servidor público en relación con sus funciones.* **En otros términos, el bien jurídico está implícito en la descripción de la falta a manera de objeto jurídico y no puede ser otro que aquél de la Administración Pública** (…)" *(las negrillas fuera del texto).*

La Procuraduría General de la Nación–Despacho del Procurador General–Expediente 014-2307 -, mediante *Resolución del 10 de febrero de 1998*, suscrita por el doctor: Jaime Bernal Cuéllar, manifestó:

> *"(…) siendo aplicables al derecho disciplinario todos los principios doctrinal y jurisprudencialmente reconocidos frente al derecho penal, para deducir responsabilidad disciplinaria a una persona* **no basta demostrar que ella ha desconocido el tenor literal de una disposición legal, sino que además es indispensable acreditar dentro de la investigación que con dicho comportamiento se afectó el bien jurídico que el legislador pretendió resguardar mediante la creación de la respectiva norma (***…)" (las negrillas fuera del texto).*

Posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial

El doctor Alejandro Ordóñez Maldonado, Procurador General de la Nación, señala:

> "(…)
>
> **1.3. La ilicitud sustancial disciplinaria**
>
> La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, **siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública**. Esta sencilla

pero clara lectura, es la que debe corresponder a la filosofía del derecho disciplinario, más allá de las imprecisiones de tipo semántico o gramatical en que pudo haber incurrido el legislador. Debe advertirse, que no se pretende, de momento, *"reformar"* el texto que subyace a la norma disciplinaria. De lo que se trata entonces, es de encontrar una interpretación acorde con los principios y fines que deben orientar el derecho disciplinario dentro del marco del Estado Social de Derecho, como herramienta útil para encauzar la conducta de quienes ejercen función pública.

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

La lectura correcta del instituto analizado debe armonizarse con el artículo 22 del Código Disciplinario Único, **donde se establece que la garantía de la función pública descansa en la salvaguarda, por parte del sujeto disciplinable, de los principios que la gobiernan**,[234] **a los cuales se suscribe el cumplimiento de sus deberes** y demás exigencias constitucionales y legales. **A ello se contrae en consecuencia, el objeto, fin o interés jurídico protegidos por el derecho disciplinario, norma concordante con el artículo 209 de la Constitución Política**.

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

Tan cierto resulta lo anterior que **el propio legislador**, resaltando el carácter sustancial de la afectación funcional, **descartó el compromiso disciplinario para aquellas hipótesis de conductas que afectan en menor grado el orden administrativo** y les estableció mecanismos diversos al emprendimiento de la acción disciplinaria (artículo 51 del CDU).[235]

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

De acuerdo con lo expuesto, al descartarse la responsabilidad derivada del quebrantamiento formal de la cobertura jurídica de la norma, **ésta deberá soportarse en la comprobación de la trasgresión de dichos presupuestos,**

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

235 Ley 1952 del 28 de 2019. "Artículo 68. Preservación del 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 adoptará las medidas correctivas pertinentes sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno. Dichas medidas no generarán antecedente disciplinario". (las negrillas fuera del texto).

lo que redundará en una efectiva aplicación de la justicia y la real proscripción de la responsabilidad objetiva.

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

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

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

(…)"[236] *(las negrillas fuera del texto).*

El doctor Diego Alberto Zuleta García, tratadista y miembro del *Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario*, expresa:

"(…)

"(…) Pues bien, desde mi punto de vista, una lectura cuidadosa del artículo 5º del C.D.U., nos lleva a concluir que **el legislador sí dispuso de manera clara el resultado como parte de la estructura de la ilicitud sustancial**. Veamos:

'Artículo 5º. Ilicitud Sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna'. (Resaltado mío).

(…)

La expresión 'antijurídica', según el mimo autor, significa: *'Contra derecho o contra el Derecho'*.

El vocablo **'Afecte'** proviene del verbo **'afectar'** que significa:

'1. Perjudicar, producir efectos negativos o daños. Un terremoto afectó a la ciudad.

2. producir daño o causar enfermedad. Fumar afecta a los pulmones'.

Como se puede observar de estas definiciones, en especial la de 'afectar', es claro e irrebatible que ésta se refiere a producir un daño, de donde se deduce

236 Alejandro Ordóñez Maldonado. Justicia Disciplinaria -de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud-. Editorial Ediciones Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, 2009, págs., 26 a 28.

que el legislador previó en la norma una exigencia de resultado para que se estructure la ilicitud sustancial.

Con lo anterior se pretende demostrar que, **contrario a lo expuesto por la mayoría de la doctrina, en la categoría dogmática de ilicitud sustancial no se previó el reproche de la conducta, sino que reclama es un resultado, que no es otro que la afectación del deber funcional**, similar al previsto en el principio de lesividad en el Derecho Penal, pero distinto en cuanto a que éste último protege otros bienes jurídicos.

En esta misma dirección Pedro Alfonso Hernández[237], en una magistral argumentación, luego de diferenciar entre el deber funcional y los deberes funcionales, expresa que la norma que contiene el principio de ilicitud sustancial, **'alude a los efectos de la conducta, no se refiere a la conducta en sí misma sino a sus consecuencias' y que, 'lo ilícito en el ámbito disciplinario es lo que trasciende hacia la comunidad'.** Así mismo distingue el grado de afectación del deber funcional (art. 5º C.D.U.) y afectación no sustancial del deber funcional (art. 51 C.D.U.).

(...)

En lo que respecta a la Ley 836 de 2003, se tiene que en la Sentencia de la Corte Constitucional C-431 de 2004[238], que estudió la normativa del Régimen Disciplinario Castrense, **se hace referencia de manera clara y precisa al principio de lesividad cuando señala que el límite de la potestad sancionadora se encuentra en la afectación o amenaza de afectación del servicio y que no basta la simple infracción del reglamento, sino que es necesario valorar en qué medida se afecta el servicio o la función pública encomendada**.

Con lo expuesto en la citada sentencia, surge el interrogante de si se aplica el principio de antijuridicidad material con similares alcances y contenidos a como lo aborda el Derecho Penal o aplica el concepto de ilicitud sustancial previsto en la Ley 734 de 2002, pues téngase en cuenta que dicho pronunciamiento se efectuó paralelamente a la exposición de la línea jurisprudencial que acogió el concepto de ilicitud sustancial en el Código Disciplinario Único.

Bajo mi punto de vista, atendiendo lo dispuesto por la jurisprudencia en cita y conforme los planteamientos expuestos, en virtud de la remisión dispuesta por el artículo 13 de la Ley 836 de 2003, **se debería aplicar el concepto de ilicitud sustancial, pero bajo el entendido que este comporta la exigencia de un resultado nocivo, es decir, siempre que la conducta afecten o ponga en peligro los bienes jurídicos protegidos por el reglamento, esto es, el deber funcional, el servicio, la probidad, la disciplina, los fines o las funciones del Estado**"[239] *(las negrillas fuera del texto).*

237 Hernández, Pedro Alfonso.La Ilicitud Sustancial es una categoría Autónoma en el Régimen Disciplinario: Algo más que conductas típicamente antijurídicas. Ensayos sobre Derecho Disciplinario. Tomo I. Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario-CADD- Ediciones Nueva Jurídica, págs. 47 y ss.

238 Del 6 de mayo.

239 Zuleta García, Diego Alberto. *Introducción al Régimen Disciplinario* Castrense. Editorial Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá 2013, págs. 247 a 250.

El doctor Pedro Alfonso Hernández Martínez, en su condición de vicepresidente del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario, para esa época, narra:

> "(...)
>
> **2.2. El Deber funcional: lo trascedente en el quehacer del servidor público**
>
> El Deber Funcional corresponde a la dimensión política de la noción servidor público, como encarnación del Estado, que es prestador de servicios a la comunidad.
>
> El Deber Funcional tiene como referentes la finalidad del empleo público, para el cumplimiento de los fines del Estado y de los planes de desarrollo, y la condición del servidor público como agente del Estado.

El Deber Funcional es inherente a la prestación de los servicios, al cumplimiento de las funciones y a la consecución de los fines del Estado, con los criterios que impone su condición de Estado social y democrático de derecho, que está al servicio de la comunidad y propende por el cumplimiento de los demás fines previstos en el Preámbulo y en el artículo 2º de la Constitución. En otras palabras, el Deber Funcional está relacionado con la actuación del Estado a través de sus agentes, para hacer efectivos los principios de equidad, igualdad, legalidad y calidad, que son los criterios esperados dada la naturaleza del Estado prevista en el artículo 1º de la Constitución Política.

El Deber Funcional también se relaciona con los efectos o el impacto de las conductas de los servidores públicos en el cumplimiento de los fines estatales. Esta característica podría servir para legitimar la norma prevista en el artículo 26 del C.D.U., según la cual se asume como autor al exservidor público **"cuando los efectos de la conducta se produzcan después de la dejación del cargo o función".**

Obsérvense las dos dimensiones de esta norma: Por un lado, **alude a los efectos de la conducta, no se refiere a la conducta en sí misma sino a sus consecuencias** y, por otro lado, **se refiere a la pérdida de vigencia del vínculo laboral del servidor público**. Es decir que **al momento de iniciar la investigación disciplinaria ya no están activos los deberes funcionales porque se ha producido el retiro del servicio; pero esa circunstancia no inhibe el inicio, y por supuesto la continuidad, de la investigación disciplinaria en la que se determine el grado de afectación del deber funcional** (C.D.U., art. 5º). Por ello, me parece una disposición adicional del C.D.U. que expresa también diferencias entre deber funcional y deberes funcionales del servidor público.

Según el C.D.U., sólo resulta de interés para el derecho disciplinario la afectación sustancial del Deber Funcional. Las faltas disciplinarias que traigan consigo una infracción no sustancial del Deber Funcional corresponde manejarlas con mecanismos internos de corrección administrativa de carácter no sancionatorio (Arts. 5º y 51).

De esta manera, **lo ilícito en el ámbito disciplinario es lo que trasciende hacia la comunidad, lo que afecta la prestación del servicio o altera la esencia de las condiciones de actuación del Estado**, es decir **lo que incide de manera negativa, impide, obstaculiza, retarda o altera la equidad, la igualdad material, la legalidad o la calidad de la actuación del Estado**.

Cuando la Corte Constitucional declaró exequible el artículo 5º del C.D.U., precisó que la antijuridicidad en materia disciplinaria no alude al desconocimiento formal de los deberes del servidor público sino que **corresponde a una 'infracción sustancial' que 'atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines**, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta'.[240] De esta manera, si bien la Corte no diferencia entre Deber Funcional y deberes funcionales, para esa alta Corporación la imposición de una sanción disciplinaria sí debe corresponder a conductas que resulten antijurídicas **por atentar contra el funcionamiento o los fines del Estado, no aquellas conductas que sólo correspondan al desconocimiento formal de los deberes funcionales** del servidor público.

Además, si el legislador exige que sea sustancial la afectación del Deber Funcional (C.D.U., art. 5º), deberán entonces aplicarse los instrumentos requeridos para ponderar ese impacto negativo en la actividad a cargo del Estado. La afectación será sustancial por los resultados negativos de la conducta en las funciones y los fines del Estado así como en los criterios de su actuación. Por lo tanto, **en la afectación sustancial no serán de recibo para fines disciplinarios afirmaciones abstractas, genéricas o que carezcan de fundamentos empíricos verificables, sino que lo esperado serán evidencias reales, verificables, cuantificables y objetivas de la afectación del Deber Funcional del Estado**.

En resumen, el Deber Funcional se asume en el contexto de la naturaleza y de los fines del Estado social y democrático de Derecho, que es prestador de servicios a la comunidad, en el cual está inmanente el Deber de actuar con legalidad, con equidad, con igualdad y con calidad en el cumplimiento de sus funciones y en la realización de sus fines. El servidor público, como agente del Estado, es decir como parte integrante del Estado, está al servicio de la comunidad y es a través suyo que el Estado cumple su Deber Funcional, en consideración a su definición y su naturaleza.

Desde esta perspectiva, entre Deber Funcional y Deberes Funcionales hay mucho más que el hecho de ser una misma expresión, señalada en singular o en plural. Si los deberes funcionales se refieren al qué y al cómo actúa el servidor público, por estar al

240 En la Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002 la Corte Constitucional declaró la exequibilidad pura y simple del artículo 5" del C.D.U. Para el actor, la norma demandada debía ser declarada exequible de manera condicionada, en el entendido que la afectación del deber a que se refiere la disposición en referencia debe ser material y no formal. La Corte adoptó su decisión con fundamento en estas consideraciones centrales:

> '(...) las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes **con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos, fines y funciones estatales**, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública. El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. **Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta**. Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como **tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria. Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines** (...)' *(las negrillas fuera del texto)*

servicio del Estado, el Deber Funcional alude al por qué o al para qué actúa el servidor público, como agente del Estado al servicio de la comunidad.

Una de las manifestaciones que hace el C.D.U., sobre la finalidad del empleo o función que desempeña el servidor público aparece registrada en el artículo 34.15, en donde señala que en su actividad deben tener *'siempre presente que los servicios que prestan constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades de todos los ciudadanos'*. En el mismo sentido, el artículo 22 del C.D.U., sobre la *'Garantía de la función pública'*, separa entre los deberes funcionales del servidor público, aunque no los denomine de esa manera, y la finalidad que se persigue con el ejercicio de su empleo, cargo o función, que bien puede corresponder al Deber Funcional. Así, entonces, el artículo 22, en concordancia con los artículos 5, 23, 26, 34.15 y 51 entre otras disposiciones del C.D.U., contienen los fundamentos de la ley disciplinaria para distinguir entre Deber Funcional y deberes funcionales de los servidores públicos.

> Ahora bien, aunque las figuras de deber funcional y deberes funcionales corresponden a dos ámbitos diferentes del régimen disciplinario de los servidores públicos, entre ellos existe un grado de conexidad en cuanto el cumplimiento de los deberes funcionales constituye un presupuesto para el cumplimiento del deber funcional del Estado. Además, la infracción de los deberes funcionales puede en ocasiones implicar afectación del deber funcional.
>
> En la práctica, en la doctrina y en la jurisprudencia no se hace regularmente ninguna distinción entre estas dos categorías y se les trata como sinónimos. A manera de ilustración de lo señalado se presenta el siguiente ejemplo concreto, previa aclaración que en la Procuraduría también se han emitido fallos en los cuales distingue entre deber funcional y deberes funcionales:
>
> > 'Efectivamente, no le asiste razón al defensor del disciplinado, en relación con los argumentos que expone para justificar su recurso de alzada. Veamos:
> >
> > 'Se tiene absoluta certeza, como bien lo expone el *a quo*: a. Que el artículo 23 constitucional faculta a toda persona para presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta respuesta; b. Que conforme el contenido del artículo 6 del Decreto 01 de 1984, las peticiones de que trata el artículo superior referido, deben responderse en un *término perentorio de 15 días* 'siguientes a la fecha de su recibo', e impone a la autoridad que cuando no sea posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, informarlo así al interesado, expresándole los motivos de la demora y señalándole a la vez, la fecha en que se resolverá o dará respuesta; c. Que la petición formulada por el peticionario, en oficio de fecha 19 de junio de 2003 y reiterada por éste en escrito del 20 de agosto de 2003, sólo fue resuelta el 26 de agosto de 2003, con claro desconocimiento de la norma Constitucional y Legal referidas; d. Que conforme la lectura sistemática del contenido de los artículos 23, 42, 43, 50, 34 numeral 1 y 35 numeral 8 de la Ley 734 de 2002, la conducta desplegada por el disciplinado se alejó de los propósitos perseguidos por el deber funcional que le asistía, para la época de los hechos, en consecuencia se hace merecedor de la sanción impuesta por el a quo'[241] *(las negrillas fuera del texto).*

241 Procuraduría Primera Delegada – Vigilancia Administrativa. Radicado 079-01974-2003. Fallo del 23 de agosto de 2005. En el mismo fallo se agregó lo siguiente: "En virtud de Resolución 016 del

Desde la estructura de este documento, el ejemplo descrito ilustra sobre la infracción de deberes funcionales, pero no permite inferir, como allí se hace, que con la conducta investigada se afectó el deber funcional.

Para finalizar este aspecto, la siguiente es una percepción acerca del tipo de faltas disciplinarias de los servidores públicos que son investigadas por las autoridades disciplinarias. Es esta: Los miembros de las corporaciones públicas (senadores, representantes a la cámara, diputados, concejales y ediles) y los altos funcionarios del Estado (gobernadores, alcaldes, ministros, directores, gerentes, presidentes, superintendentes, secretarios de despacho, entre otros) son investigados disciplinariamente ante todo por infracción del segundo componente de los deberes funcionales, es decir por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, mientras que los empleados y trabajadores del Estado, de los niveles asesor, profesional, técnico y asistencial, son investigados disciplinariamente ante todo por el primer componente de los deberes funcionales, es decir por el desconocimiento o abuso de los derechos, el incumplimiento de sus deberes y la violación de las prohibiciones. Si ello es así, es distinto el tipo de actividad material y de exigencia argumentativa en los procesos de responsabilidad disciplinaria que se adelantan en las unidades de control disciplinario interno de las entidades públicas o en los órganos de control disciplinario (Consejo Superior de la Judicatura, Procuraduría y personerías), ante todo cuando se vaya a ponderar la afectación del Deber Funcional.

¿Hasta dónde debe ser distinta la labor de verificación empírica de afectación del Deber Funcional cuando un servidor público incurre en el incumplimiento de deberes y la violación de prohibiciones o cuando incurre en violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses? A lo señalado se suma que el primer componente de los deberes funcionales puede ser fijado por autoridades de diferente naturaleza y ámbito de actuación, en donde se incluyen los manuales, reglamentos internos y órdenes administrativas superiores[242]. En cambio, hay reserva de Constitución y de

13 de junio de 2005, proferido en audiencia pública dentro del proceso verbal de estudio, el a quo impuso al disciplinado (..), en su calidad de Director Territorial de Salud de Caldas, sanción consistente en amonestación escrita, por considerar, que el disciplinado no desvirtuó los cargos debidamente formulados, y que por el contrario del análisis de las pruebas legal y oportunamente recaudadas a que se refiere el acápite de hechos establecidos, de la citada resolución, se desprende clara responsabilidad disciplinaria del encartado, por apartarse con la conducta desplegada, del deber funcional que le asistía, esto es, por desconocer el contenido del artículo 23 superior, que faculta a todos los ciudadanos a presentar peticiones respetuosas a las autoridades públicas y obtener de ellas oportuna respuesta; además del contenido de los artículo 34 numeral 1 de la Ley 734 de 2002 y 35 numeral 8 ibidem, que le imponían omitir, retardar o no suministrar debida y oportunamente respuesta al derecho de petición que en forma legal le formulará el peticionario en escrito del 19 de junio de 2003, relacionada con la expedición de fotocopias de contratos celebrados por él cuando se desempeñó como Director Territorial de Salud del Departamento de Caldas". Procuraduría Primera Delegada Vigilancia Administrativa. Fallo del 23 de agosto de 2005, Radicación 079-01974-2003. Lo subrayado no pertenece al texto original y se incluye con el propósito de llamar la atención cómo, desde el enfoque de este escrito, lo afirmado por la Procuraduría no corresponde al Deber Funcional sino a los deberes funcionales del servidor público.

242 El artículo 34.1 del C.D.U., dice que corresponde a todo servidor público cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en "... los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, (...) las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente".

ley en la configuración del segundo componente de los deberes funcionales[243]. ¿Será este un elemento que aporte a la pregunta formulada?

En suma, mientras que los **Deberes Funcionales** están relacionados con el contenido funcional del empleo público y con el vínculo jurídico de los servidores públicos con el Estado, el **Deber Funcional** está relacionado con la finalidad del empleo público y con la calidad del servidor público como agente del Estado, que está al servicio de la comunidad.

Esta distinción entre Deber Funcional y Deberes Funcionales tiene implicaciones en las fases de la investigación disciplinaria.

3. La investigación disciplinaria: concreción del debido proceso en el régimen disciplinario de los servidores públicos

En este numeral se alude a las fases de la investigación disciplinaria. **Se presenta una mayor ampliación en la ilicitud sustancial,** por ser el tema central del documento.

El tema resulta de interés para evaluar hasta dónde las especificidades del régimen disciplinario permiten un desarrollo especial del derecho al debido proceso en las investigaciones disciplinarias. Lo anterior en cuanto el derecho fundamental en referencia es diferente si se asume, por ejemplo, que la investigación disciplinaria comprende la verificación de una '*conducta típicamente antijurídica por infracción de deberes funcionales*' y la culpabilidad del servidor público, de un lado, o, de otro lado, que comprende primero la verificación de la falta disciplinaria, luego se evidencie por separado la afectación sustancial del deber funcional y finalmente se establezca el dolo o la culpa del investigado. Desde este punto de vista son las segundas y a ellas se hacen referencia a continuación.

3.1. Las fases de la investigación disciplinaria: su liberación de las faltas típicas, antijurídicas y culpables

La imposición de sanción disciplinaria al servidor público exige, entre otras actuaciones a cargo de las autoridades disciplinarias, que previamente: a) Se verifique que la conducta existió y que constituye falta disciplinaria; b) Se determine la afectación sustancial del Deber Funcional sin justificación alguna; y c) Se compruebe el dolo o la culpa del agente del Estado.

El señalamiento de las fases del proceso de responsabilidad disciplinaria hace parte del ámbito de configuración del legislador y tienen especial fundamento y entidad en los artículos 4, 5, 6, 13, 29 y 124 de la Constitución Política.

a) Existencia de la conducta e incursión en falta disciplinaria: El final depende del principio

En la investigación disciplinaria se verifica que el servidor público haya cometido la conducta.

243 Ver: Sentencias C-798 del 16 de septiembre de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-328 del 29 de abril de 2003, M.P. Manuel José Cepeda, entre otras.

Luego se determina que con esa conducta incurrió en falta disciplinaria por infringir deberes funcionales, es decir, cuando la conducta conlleva el incumplimiento de deberes, la extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, la incursión en prohibiciones o la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses a que el servidor público está sujeto.[244] Se trata de una constatación objetiva entre el comportamiento del servidor público y la descripción normativa de los deberes funcionales. [245]

La falta disciplinaria no admite intervalos en su realización. Impide la distinción entre infracción sustancial e infracción no sustancial de los deberes funcionales porque las *'infracciones'*, por su naturaleza, no pueden ser segmentadas en consideración a grados, rangos o intervalos. Por el contrario, en la *'infracción'* lo admitido es Si o No: se incumplió o no se incumplió el deber, se incurrió o no se incurrió en la prohibición, se violó o no se violó la inhabilidad, etc.

Verificar la existencia de la conducta y demostrar por la Administración que con la conducta se incurrió en falta disciplinaria es la primera fase de la investigación disciplinaria. Esta labor se deslinda de las dos fases subsiguientes: la antijuridicidad de la conducta (ilicitud sustancial)[246] y la comprobación del dolo o culpa en la actuación del servidor público (culpabilidad).

b) Afectación sustancial del Deber Funcional sin justificación alguna: la ética de las consecuencias en el régimen disciplinario

El artículo 5º del C.D.U. contiene el principio rector de la Ilicitud Sustancial en materia disciplinaria y señala que *'La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna'*.

Por su parte, el artículo 51 del C.D.U. hace referencia a medidas de preservación del orden interno en las entidades y señala que *'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 la atención al autor del hecho sin necesidad de acudir a formalismo procesal alguno. Este llamado de atención no generará antecedente disciplinario'*.

Este artículo 51 alude a conductas de los servidores públicos que, aunque constituyen faltas disciplinarias, resultan intrascendentes o irrelevantes para el de-

244 El artículo 23 del C.D.U. señala los criterios de referencia para establecer cuándo una conducta puede implicar la comisión de falta disciplinaria.

245 Al revisar el artículo 29 de la Constitución y el contenido del C.D.U., en concordancia con los fundamentos superiores de configuración del debido proceso para el derecho disciplinario, me parece que en el régimen disciplinario de los servidores públicos no está prevista la tipicidad de las faltas disciplinarias. El criterio unánime y constante de la jurisprudencia y la doctrina en esta materia parte de la indiscutida existencia de la tipicidad de las faltas. No obstante, dado que no es un elemento necesario para los propósitos de este documento, la explicación de esta apreciación será expuesta en otra oportunidad.

246 La antijuridicidad material es considerada por algunos como tema ajeno al derecho disciplinario y la ven como categoría del derecho penal porque en derecho disciplinario no hay bienes jurídicos objeto de protección. Desde otra perspectiva están quienes consideramos que la antijuridicidad es lo contrario a lo jurídico y que, por ello, también es una categoría del derecho disciplinario. El legislador alude a la antijuridicidad como elemento de la Ilicitud Sustancial (C.D.U., art. 5º).

recho disciplinario.

La Corte Constitucional declaró inexequibles las previsiones legislativas que le daban matiz de carácter disciplinario, en especial los apartes relacionados con la exigencia de ser una actuación escrita, la anotación en la hoja de vida del servidor público y el carácter de antecedente para el inicio de posteriores acciones disciplinarias.[247] Para la Corte:

> '(...) la finalidad del artículo 51 del nuevo Código Disciplinario Único es clara: diseñar medidas encaminadas a preservar el orden interno y la disciplina en las instituciones del Estado, efecto para el cual se prevén los llamados de atención que hace el superior jerárquico a su subordinado. Como se trata de comportamientos que alteran el orden interno de las instituciones pero sin comprometer sustancialmente los deberes funcionales del sujeto disciplinable, es comprensible que esa medida no se rodee de connotaciones procesales y de los formalismos inherentes a las actuaciones de esa índole'.
>
> A partir de la revisión de constitucionalidad, los componentes del artículo 51 en referencia son los siguientes:
>
> - Corresponde a hechos que contraríen en menor grado el orden administrativo al interior de las dependencias, sin afectar sustancialmente los *'deberes funcionales'*;[248]
>
> - El jefe inmediato llamará la atención al autor del hecho;
>
> - El llamado de atención no podrá ser por escrito;
>
> - En la actuación no se podrá acudir a formalismo procesal alguno;
>
> - El incidente no se anota en la hoja de vida;
>
> - Tampoco genera antecedente disciplinario, y
>
> - La reiteración de la conducta no dará lugar a actuación disciplinaria.[249]
>
> Al apreciar en conjunto los artículos 5º y 51 del C.D.U., se deducen los siguientes referentes de la ilicitud sustancial en materia disciplinaria:

247 Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

248 Desde el punto de vista que refleja este documento, el artículo 51 del C.D.U., debió decir "sin afectar sustancialmente el deber funcional".

249 La reiteración de los llamados de atención previstos en el artículo 51 del C.D.U., son irrelevantes para el derecho disciplinario por no comportar una afectación sustancial al deber funcional. Al respecto la Corte, al revisar la constitucionalidad de esa norma, señaló que "La regla de derecho que se analiza pierde de vista que la suma de actos irrelevantes, desde el punto de vista de la ilicitud sustancial disciplinaria, es también irrelevante y que por ello con la sola reiteración de actos de esa índole no puede promoverse investigación disciplinaria alguna. Hacerlo implicaría generar un espacio para que al servidor se le reproche una falta disciplinaria a sabiendas de que en su obrar no concurre el presupuesto material de todo ilícito de esa naturaleza. Entonces, como no se satisface el presupuesto sustancial de la imputación disciplinaria, la Corte retirará del ordenamiento jurídico el inciso tercero del artículo 51 de la Ley 734 de 2002". Sentencia C- 1076 del 5 de diciembre de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

- En primer lugar, debe verificarse que la conducta existió y que constituye falta disciplinaria por implicar vulneración de los *Deberes Funcionales*, como servidor público al servicio del Estado.

- Luego se determina si con la conducta se afectó o no se afectó el *Deber Funcional* del servidor público, como agente del Estado al servicio de la comunidad.

Si no hay afectación del Deber Funcional, el asunto podrá hacer parte actuaciones administrativas internas, ajenas al derecho disciplinario como, por ejemplo, la evaluación del desempeño laboral o verificaciones administrativas para fines de mejoramiento continuo.

- Si con la conducta del servidor público hay afectación del Deber Funcional, tal afectación podrá ser sustancial o no sustancial.

Cuando haya afectación No sustancial del deber funcional, proceden las medidas de orden interno previstas en el artículo 51 del C.D.U.[250]

250 Hay eventos en que, aunque la conducta del servidor público constituya falta disciplinaria por infringir los Deberes Funcionales, el hecho resulta irrelevante para el derecho disciplinario por no reportar afectación sustancial al Deber Funcional. En el proceso 092-2238-05 el Procurador General de la Nación revocó de oficio la sanción de suspensión de dos meses que la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Cabal impuso al alcalde de Belén – Boyacá por responder un derecho de petición fuera del plazo señalado en la ley. La sanción había sido confirmada por la Procuraduría Regional de Boyacá. Para el Procurador, la tardanza en la respuesta es jurídicamente irrelevante para efectos disciplinarios; además, los funcionarios de instancia consideraron que el plazo de respuesta debía contarse desde la radicación del escrito en la entidad y no desde la fecha en que se recibió en el Despacho de quien debía responder, que es lo que corresponde; al establecer el período de respuesta para fines disciplinarios, los procuradores provincial y regional no descontaron los días en que por razones del servicio el alcalde estuvo fuera del municipio; la respuesta dada por el alcalde no denota una actitud renuente al responder incluso un derecho de petición defectuosamente presentado ya que el ciudadano no relacionó la dirección para remisión de la respuesta como lo señala el art. 5º del C.C.A.; en el caso investigado operaba la causal de exclusión de responsabilidad prevista en el numeral 6º del art. 28 del C.D.U.; el día sábado no podía contabilizarse como día hábil completo si sólo se laboraba hasta medio día; en la investigación disciplinaria debe aplicarse un criterio de interpretación acorde con el principio de favorabilidad. Para el Procurador, "Dicho lo anterior, no se compadece que por un día de mora se imponga un correctivo como el deducido por la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo, el cual fuera confirmado por la Regional de Boyacá". En el caso concreto no ameritaba la aplicación de correctivo disciplinario, "habida cuenta de la ausencia de ilicitud sustancial del comportamiento" pues "Sabido es que para que la conducta constituya falta disciplinaria, es necesario que ella conlleve la afectación funcional, sin justa causa, de los deberes exigibles del disciplinado. Pero debe aclararse que no toda afectación del deber reviste mérito disciplinario. Sólo aquellas que cobren cierta dimensión o trascendencia tendrán relevancia disciplinaria. Ese es el sentido natural y obvio de las cosas. Aquellos comportamientos que no trasciendan la esfera de lo formal carecerán de dimensión disciplinaria y, en consecuencia, serán indiferentes para el derecho sancionador. (...) En virtud de la ilicitud sustancial, como principio y categoría superior del derecho disciplinario, el sistema punitivo se eleva de la simple ilicitud formal y sólo se ocupa de las conductas que trasciendan la vulneración formal, en el entendido que la acción disciplinaria no apunta a sancionar el incumplimiento del deber por el deber mismo, sino aquellas conductas que comporten afectación funcional y sustancial de los deberes del servidor público. En otros términos, la simple formalidad resulta indiferente para el derecho disciplinario; no basta con el quebrantamiento del ropaje jurídico de la norma. Debe además acreditarse que la conducta revistió real trascendencia en el terreno de los deberes exigibles del disciplinado. (...) Nótese entonces que existiendo un mecanismo legal orientado a corregir aquellos eventos que siendo contrarios a derecho sólo impactan en menor grado el orden administrativo, como es el caso de la situación presentada, en aquellos eventos en los que, sin incurrir en dilaciones considerables, se excede el

Si hay Afectación Sustancial del Deber Funcional debe establecerse si está presente o no alguna de las causales de justificación.

- Si existe causal de justificación, se tratará de una conducta con la cual se incurrió en falta disciplinaria, se afectó de manera sustancial el Deber Funcional pero que no corresponde a una conducta antijurídica y por lo tanto no procede la imposición de sanción disciplinaria alguna al autor de la conducta.

- Si no hay causal de justificación se estará ante una conducta del servidor público con la cual se incurrió en falta disciplinaria y que es antijurídica por afectar sustancialmente el Deber Funcional sin justificación alguna. **Sólo en este evento confluyen los elementos de la Ilicitud Sustancial previstos en el artículo 5º del C.D.U**.

Según lo señalado, el grado de afectación del Deber Funcional marca la diferencia entre las medidas para preservar el orden interno en la entidad y la aplicación del régimen disciplinario. De esta manera, en la ilicitud sustancial **sí está prevista por el legislador una exigencia de resultados**. El resultado exigido **corresponde al grado de afectación del Deber Funcional**, que es justamente la base de la distinción entre Afectación Sustancial (art. 5º C.D.U.) y Afectación No Sustancial del Deber Funcional (art. 51 C.D.U.).

Así, entonces, **en la Ilicitud sustancial no está prevista una exigencia o reproche de conducta sino una exigencia de resultados**. Considero, a diferencia de la apreciación mayoritaria de la doctrina en este aspecto, que en esta fase el legislador exige la ponderación, con datos empíricos, del **Grado de Afectación del Deber Funcional.**

Tal grado de afectación tiene más de una aplicación pues, además de establecer la diferencia para la aplicación del artículo 5º o del artículo 51 del C.D.U., está previsto como **criterio para determinar la gravedad o levedad de la falta disciplinaria** (Art. 43.3 y 43.5 del C.D.U.) **y como criterio para la graduación de la sanción disciplinaria** (Arts. 18 y 47.g del C.D.U.).

Por lo anterior, me separo también de la manera como suele aludirse a esta fase de la investigación disciplinaria en los textos, en los fallos y en las sentencias, en donde es frecuente encontrar que la Ilicitud Sustancial prevista en el C.D.U. remite a una "*infracción del Deber Funcional"*. Sus autores no reparan que el artículo 5º del C.D.U. no alude a **"infracción"** sino a *"afectación"* del Deber Funcional y parece muy importante hacer esta distinción.

Según el Diccionario de la Lengua Española, **Infracción** es "Transgresión, quebrantamiento". En cambio **Afectar** es "*Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente // Producir alteración o mudanza de alguna cosa"*. Por ende,

término de respuesta del derecho de petición, no resulta ajustado a derecho sancionar al señor Salazar Pérez cuando su situación corresponde a la hipótesis prevista por el artículo 51 de la ley 734 de 2002. (...) Si se cita el contenido normativo del artículo 51, es para destacar que al derecho disciplinario no le interesan aquellas conductas carentes de ilicitud sustancial". Despacho del Procurador General de la Nación–Radicado N.º 092-2238-05. Sanción impuesta el 18 de septiembre de 2006 por la Procuraduría Provincial de Santa Rosa de Viterbo y confirmada el 31 de enero de 2007 por la Procuraduría Regional de Boyacá (las negrillas fuera del texto).

se trata de expresiones diferentes, con alcances o dimensiones igualmente diferentes. La *"infracción"* permite responder Si o No, allí no hay grados, rangos o intervalos de infracción. Sólo admite establecer si se infringió o no se infringió el deber. En cambio, la *"afectación"* sí admite intervalos entre los dos extremos.

La decisión del legislador fue estructurar la ilicitud sustancial a partir de la **"afectación"** del Deber Funcional y se altera la configuración de esta categoría del derecho disciplinario al reemplazarla por una "**Infracción"** del Deber Funcional.

Se reitera, entonces, que **para establecer la ilicitud sustancial de las conductas de los servidores públicos el C.D.U. tiene prevista una exigencia de resultados**, es decir, **la ponderación objetiva del grado de afectación del Deber Funcional**. A diferencia de la ética de la norma, donde la bondad del comportamiento se juzga por su adecuación a la norma *("Desvalor de acción")*, **en la antijuridicidad de la conducta estructurada en el artículo 5º del C.D.U. el legislador optó por una ética de consecuencias**, por la valoración del impacto, **de la afectación**, por las consecuencias del comportamiento, no por el comportamiento por sí solo *("Desvalor de resultado")*.[251]

La concepción general sobre el tema es diferente a lo aquí señalado. **La apreciación mayoritaria entre los autores nacionales y la aplicada con frecuencia por las autoridades disciplinarias es que el derecho disciplinario se estructura únicamente a partir de reproches de conducta, por la infracción de deberes, y que son ajenas en este campo las exigencias de resultados**. En la aplicación práctica del régimen disciplinario es frecuente pasar por alto en las investigaciones disciplinarias esta exigencia legislativa y se imponen sanciones disciplinarias **sin previamente haber determinado de manera objetiva el grado de afectación del Deber Funcional**.

A manera de ejemplo se tiene el siguiente texto de un fallo sancionatorio de 2006 de la Procuraduría General contra el Rector de una universidad que confirió comisión al exterior del país al decano de la facultad de economía que hacía parte del equipo de negociación del TLC con Estados Unidos, con gastos de viaje asumidos por el Departamento de Sucre. La sanción se impuso porque, según los estatutos internos de la universidad, las comisiones al exterior correspondía aprobarlas al Consejo Superior Universitario. Se señaló que, '*Este Despacho comparte lo dicho por la Procuraduría Regional, en el sentido de que las faltas disciplinarias remiten a infracciones de deberes y no a lesiones de derechos, dado que éste último es el campo de acción del Derecho Penal y no del Disciplinario; entendido así, el elemento de antijuridicidad disciplinaria se refiere a la vulneración de deberes funcionales a cargo del servidor público, diferenciándolo de la antijuridicidad material. Para el caso específico, los deberes funcionales del disciplinado se vieron afectados cuando sobrepasó las facultades que le concedía la norma, en este caso, el Acuerdo 028 de 1994, invadiendo la órbita funcional del Consejo Superior Universitario, al tomar una decisión que sólo le incumbía a este cuerpo colegiado. (...) en tercer lugar, la responsabilidad del disciplinado se compromete por la afectación de sus deberes funcionales al*

251 Tito Antonio Huertas. Conferencia sobre Ética del Servidor Público. ESAP, Bogotá, 25 de junio de 2009.

extralimitar sus competencias, independientemente de que ello implique, o no, un detrimento patrimonial, caso en el cual sería la Contraloría la llamada a adelantar el respectivo juicio fiscal'. Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa. Fallo del 6 de julio de 2006. Radicación N.º 093-09366-2005 – Procedimiento verbal.

Desde el contenido de la propuesta que se expone en este documento, **en el caso que se menciona se estaría frente a la infracción de los deberes funcionales** (se cometió una falta disciplinaria) **pero quedó pendiente de comprobación la ilicitud sustancial por el órgano de control, es decir la afectación sustancial del deber funcional**, como lo dispone el artículo 5º del C.D.U. A pesar de ello el funcionario resultó sancionado con suspensión e inhabilidad de tres (3) meses.

En suma, **la ilicitud sustancial está prevista por el legislador como una fase autónoma del régimen disciplinario, completamente separada de la configuración de la falta disciplinaria**.

En mi criterio, **para verificar que se incurrió en falta disciplinaria aplica una exigencia de conducta**; no obstante, **para establecer objetivamente la ilicitud sustancial de la conducta está prevista una exigencia de resultados**. Ese resultado **es el grado de afectación del Deber Funcional** y con lo cual **se distingue entre afectación sustancial y afectación no sustancial de dicho deber** (C.D.U., arts. 5º y 51).

Más adelante, luego de comentar la fase restante de la investigación disciplinaria, se evalúa si la figura de las 'conductas típicamente antijurídicas' propuesta por la doctrina y acogida por buena parte de las autoridades disciplinarias atiende o desborda los límites del derecho fundamental al debido proceso que asiste a los servidores públicos investigados (C.P., art. 29).

c) Dolo o culpa del agente del Estado: entre la responsabilidad objetiva y la objetividad de la responsabilidad

En la investigación disciplinaria se exige además establecer la culpabilidad del servidor público porque las faltas disciplinarias sólo son sancionables a título de dolo o de culpa. En este sentido el artículo 13 del C.D.U. señala que *'En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa'.*

Esta es la fase restante de la investigación disciplinaria, en la cual se valora el carácter subjetivo de la responsabilidad del servidor público (la culpabilidad). Así que una vez probado que existió la conducta, que se incurrió en falta disciplinaria **y que se afectó sustancialmente el Deber Funcional sin justificación alguna, corresponderá determinar objetivamente si la conducta se cometió con dolo o con culpa del investigado**. **Si no se llevara a cabo esta comprobación, la investigación quedaría en el ámbito de la responsabilidad objetiva, que está expresamente proscrita en el ordenamiento jurídico nacional.**

En resumen, la investigación disciplinaria debe abordar diferentes fases para concluir en la imposición de una sanción disciplinaria al servidor público investigado. **Cada fase está diseñada con elementos propios que provie-**

nen tanto de principios constitucionales como de reglas previstas por el legislador. El derecho al debido proceso exige que todos ellos sean tenidos en cuenta. Por ello, resulta oportuno preguntarse, entre otras cosas, por los fundamentos o por la legitimidad de las *'conductas típicamente antijurídicas'* con base en las cuales se ha adoptado en el país un buen número de decisiones en materia disciplinaria.

3.2. Debido proceso y 'conductas típicamente antijurídicas': por la identidad del derecho disciplinario

Los artículos 4, 5, 13 y 23 del C.D.U. diferencian las fases de la investigación disciplinaria, con lo cual desarrolla el derecho al debido proceso en materia disciplinaria previsto por el artículo 29 de la Constitución Política.

Además, el debido proceso está señalado como principio rector en materia disciplinaria por el art. 6º del C.D.U. Dispone esta norma que, '*El sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinan la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público'.*

Cada una de las categorías de la definición jurídica de la investigación de responsabilidad disciplinaria -conducta, incursión en falta disciplinaria, ilicitud sustancial y culpabilidad-, está llamada conceptualmente a responder al imperativo de Identidad.

Según el principio de identidad *'una cosa es idéntica a sí misma y diferente a las demás'*[252]. Es decir que, por ejemplo y de conformidad con este principio, la fase en que se verifica la *'incursión en falta disciplinaria'* será idéntica a sí misma y será diferente de la *'ilicitud sustancial'*, siempre y cuando se acepte que en verdad corresponden a categorías diferentes en el régimen disciplinario, *'que corresponden a categorías que pueden ser identificadas y que son susceptibles de definiciones por separado'*[253].

No obstante, lo señalado por el legislador, en los últimos años se ha generalizado en el ámbito disciplinario nacional la figura de las 'conductas típicamente antijurídicas', **según la cual 'la tipicidad y la antijuridicidad están inescindiblemente unidas**'. Con esta figura se fusionan en una sola la fase en que se verifica la incursión en faltas disciplinarias y la fase en que se determina la ilicitud sustancial de la conducta del servidor público investigado.

Esta lectura del derecho disciplinario ha sido liderada en el país por Carlos Arturo Gómez Pavajeau, compartida por buena parte de la doctrina especializada y puesta en práctica en no pocas ocasiones por autoridades disciplinarias al resolver en las investigaciones disciplinarias a su cargo. Gómez Pavajeau ha señalado que:

"(...) si se tiene en cuenta que existe un deber general de respetar y cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos, debe concluirse que toda incursión en prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y

252 Tito Antonio Huertas. Conferencia citada.

253 Tito Antonio Huertas. Conferencia citada.

conflicto de intereses, como también el abuso de derechos y funciones de que da cuenta igualmente el artículo anterior, **quedan reconducidos a la infracción al deber** consagrado en los numerales 1 del artículo 40 de la Ley 200 de 1995 y **1 del artículo 34 del NCDU**. // **Si son, así las cosas, estos es, que en derecho disciplinario la tipicidad es la descripción de la infracción a un deber, tipicidad y antijuridicidad se encuentran inescindiblemente unidas**. Lo anterior por cuanto, al ser constitutivo de falta disciplinaria el incumplimiento de los deberes, tipicidad y antijuridicidad se encuentran refundidas, pues tal diferencia **no es posible efectuarla en derecho disciplinario por no ser de la esencia de las descripciones típicas la presencia de un resultado que resulta separable espaciotemporalmente de la conducta en sí**. De allí que el ilícito disciplinario sea una conducta típicamente antijurídica" *(las negrillas fuera del texto).*[254]

La fusión de las dos categorías en referencia en la figura de las *'conductas típicamente antijurídicas'* puede tener dos lecturas: Una, que en realidad sólo hay dos categorías para llevar a cabo la investigación disciplinaria e imponer una sanción disciplinaria *(primero verificar que se ha incurrido en falta disciplinaria, la cual lleva consigo la antijuridicidad por ser inescindibles, y luego comprobar el dolo o la culpa del servidor público)*, y otra, que se ha dado una fusión que no está prevista por el ordenamiento jurídico por cuanto en la estructura dispuesta por el legislador en los artículos 4º, 5º, 13 y 23 del C.D.U. están diferenciadas tales fases de la investigación disciplinaria.

Comparto, en principio, la segunda lectura. Me parece que resulta improcedente generalizar la figura de las *'conductas típicamente antijurídicas'* porque con ella se podría desconocer en casos específicos el principio de identidad y el derecho fundamental al debido proceso. **Lo que está previsto por el legislador es verificar la existencia de la conducta, comprobar que se incurrió en falta disciplinaria, luego determinar el grado de afectación del Deber Funcional, establecer el dolo o la culpa del servidor público y verificar que no esté presente una causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria**.

Si en el régimen disciplinario no se pueden fusionar inhabilidades con incompatibilidades ni funciones con requisitos ni requisitos con competencias laborales, para citar algunos ejemplos del Derecho de la Función Pública y de los Deberes Funcionales del servidor público, **tampoco resultaría admisible la fusión de una en otra categoría cuando se trata de las fases autónomas de la investigación disciplinaria porque ellas, de conformidad con el principio de identidad, serían irreductibles**.

254 Carlos Arturo Gómez Pavajeau. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. 2.a ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, pp. 312-31. En el mismo sentido, ver, entre otros, Esiquio Manuel Sánchez Herrera. *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Preguntas y respuestas*. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, D.C., 2005, págs. 21-22 y 24 y Carlos Diomedes Yate Chinome. Tendencias y Proyecciones de la Ley Disciplinaria al Amparo de los Principios Rectores. Colección Derecho Disciplinario N.º 19. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, D.C., agosto de 2008, pp. 129-130. En el mismo sentido, ver: Procuraduría General de la Nación. Fallo de segunda instancia del 30 de mayo de 2006. Radicación N.° 030-100531-04 y Procuraduría Primera Delegada Vigilancia Administrativa. Fallo del 23 de agosto de 2005, radicación 079-01974-2003.

Además, ¿Qué sucedería si en el derecho penal se hiciera lo mismo, es decir, si se diera la fusión de algunas de sus categorías? Nos parece que se llegaría igualmente a un complicado error de conceptualización, sobre el cual se emitiría la decisión.

De acuerdo con lo señalado, **en derecho disciplinario toda conducta considerada antijurídica corresponde a la previa verificación de una falta disciplinaria pero no toda conducta que implique la incursión en falta disciplinaria necesariamente resultará ser antijurídica**. La falta disciplinaria corresponde a la *'infracción'* de los Deberes Funcionales y la ilicitud sustancial a la *'afectación'* del Deber Funcional sin justificación alguna.

No obstante, la crítica formulada a la figura de las conductas típicamente antijurídicas, no se descarta la posibilidad que en algunos casos específicos la comisión de la falta lleve consigo su antijuridicidad o, al menos, que pueda resultar innecesario asumir la carga de comprobar la afectación del Deber Funcional. Por ejemplo, cuando la conducta a ser investigada disciplinariamente corresponda a la descripción de un tipo penal, ¿tendrá sentido cuantificar la afectación del Deber Funcional? Probablemente no se requiera. Será un asunto para evaluar. Este tema permite dejar pendiente otro asunto, en apariencia ya definido y aceptado. Es este: ¿Se justifica investigar penal y disciplinariamente a un servidor púbico por la misma conducta? ¿Acaso la sanción penal no lleva consigo el carácter correctivo y preventivo que orienta al derecho disciplinario?

Por último, dado que las expresiones legislativas *"Deber Funcional"* y *"Deberes Funcionales"* generan confusión, las cuales parecen corresponder a lo mismo aunque son diferentes, propongo cambiar esta última por **"Compromisos Funcionales"** del servidor público. De esta manera se podrán distinguir los compromisos laborales que asume el servidor público con el Estado del "Deber Funcional" que asiste al servidor público como agente del Estado, que está al servicio de la comunidad.

Conclusiones

Desde el Derecho de la Función Pública se percibe al derecho disciplinario como un tema inherente a las relaciones jurídicas de los servidores públicos con el Estado. El contenido y la finalidad del empleo público y las características de los servidores públicos constituyen la plataforma del régimen disciplinario de los servidores públicos.

Desde el enfoque propuesto el régimen disciplinario tiene alcances diferentes a los comúnmente asignados en la doctrina, la académica y la práctica disciplinaria. Por ejemplo:

1. Deber funcional y deberes funcionales son dos figuras jurídicas separadas y separables, que tienen su punto de contacto en las características del empleo público y del servidor público. Esta distinción no la hace regularmente la doctrina ni la jurisprudencia.

2. Las fases de la investigación disciplinarias son autónomas. Por lo tanto, **parece improcedente generalizar en este campo jurídico la figura de las**

'conductas típicamente antijurídicas', que ha hecho presencia en el país en los últimos años.

3. **Se desdibuja el alcance de la configuración de la Ilicitud Sustancial cuando los textos y los fallos parten de la 'infracción' del deber funcional aunque el legislador haya dispuesto como elemento de la antijuridicidad la 'afectación' del deber funcional**. Los alcances y exigencias de estas dos nociones en la investigación disciplinarias son diferentes.

4. El derecho disciplinario **se estructura a partir de reproches de conducta cuando se verifica si con la conducta del servidor público se incurrió en falta disciplinaria; pero se estructura a partir de exigencias o reproches de resultados cuando se determine la ilicitud sustancial de la conducta**. **La apreciación generalizada es que el régimen disciplinario se estructura exclusivamente a partir de reproches de conducta, sin que estén establecidas exigencias de resultados**.

5. En toda vinculación laboral existe una relación de sujeción especial del empleado o trabajador con el empleador. Por ende, ésta no es una especificidad del régimen disciplinario de los servidores públicos.

Quedan por exponer otros desarrollos de la investigación acerca de las relaciones del derecho disciplinario con algunos ámbitos específicos del derecho de la función pública, entre ellos, la evaluación del desempeño laboral, las modalidades de vinculación jurídica de los servidores públicos con en el Estado, la permanencia o el retiro del servicio, la movilidad laboral en el sector público, la responsabilidad disciplinaria en la delegación y las proyecciones del derecho disciplinario a partir de las actuales tendencias del Derecho de la Función Pública (movilidad, flexibilidad y enfoque por competencias, entre otros aspectos).

Se anticipa que, en nuestra opinión, **están dadas las condiciones para asumir otras interpretaciones de algunos de los fundamentos constitucionales sobre la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, como son los previstos en los artículos 6, 29, 122, 123, 124, 125, 128 y 130 Superiores**, entre otros"[255] *(las negrillas fuera del texto).*

El doctor Yesid Reyes Alvarado precisa:

"(...) Corresponde pues al intérprete determinar si la sanción disciplinaria se impone por la simple infracción al deber o si, por el contrario, ella puede surgir únicamente del atentado contra el bien jurídico. Antes de tomar partido en esta polémica, debe tenerse claro que las respuestas serán diversas dependiendo de si se adopta una postura objetiva conforme a la cual solo son reprochables las conductas causalmente unidas a un resultado entendido como lesión al bien jurídico, o si se admite una tesis subjetiva en virtud de la cual se censuran los comportamientos intencionalmente dirigidos a la afectación de un bien jurídico o, finalmente, si se comparte una concepción

255 Hernández Martínez, Pedro Alfonso. La ilicitud sustancial es una categoría autónoma en el Régimen Disciplinario:–Algo más que "conductas típicamente antijurídicas- De los servidores públicos – Lectura desde el derecho de la función pública. Ensayos sobre Derecho Disciplinario – obra colectiva–Tomo I., Ed. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2010, pp. 52 a 74.

normativa conforme a la cual solo son reprochables aquellas conductas que generando un riesgo jurídicamente desaprobado se realicen en un resultado entendido como quebrantamiento de la norma.

Para no repetir las diversas consecuencias que en materia de bien jurídico se generan a partir de estas diversas concepciones de la teoría del delito, **nos limitaremos a destacar en esta oportunidad que el simple hecho de que el Constituyente haya señalado que los servidores públicos responden por omisiones o extralimitaciones en sus funciones no significa necesariamente que se esté consagrando una responsabilidad disciplinaria por la mera infracción al deber**. *Si así,* **tendríamos que concluir igualmente que el artículo 6º de la Constitución Política impone responsabilidad penal a los particulares por la simple infracción a la norma** *(¡antijuridicidad formal!)* **en cuanto textualmente señala que ellos responden 'por infringir la Constitución y las Leyes***'.*

En contra de lo anterior debe reiterarse que, tal como en páginas anteriores quedó explicado, dentro de una visión normativa de la teoría del delito es claro que la creación de riesgos jurídicamente desaprobados tiene su origen en que el autor (sea éste un particular o un servidor público) **infringe los deberes de comportamiento que dentro de la organización social le corresponden, lo que no implica que se responda penalmente tan solo en virtud de esa circunstancia**. *Por el contrario, lo que dentro de esta concepción se defiende* **es que además de la creación del riesgo resulta indispensable que sobrevenga un resultado entendido como quebrantamiento de la norma**, *con el que se completa el reproche objetivo de la conducta que, de esta manera, adquiere trascendencia para el derecho sancionatorio.*

La citada norma constitucional **debe entonces ser entendida en el sentido de que los servidores públicos responden ante las autoridades en cuanto las omisiones o extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones puedan ser entendidas como lesivas del 'interés jurídico disciplinario'** *y, por consiguiente, como atentatorias contra el bien jurídico, de la misma manera como la primera parte de la disposición en comento da a entender que los particulares responden ante las autoridades, no por la simple infracción a la ley (como textualmente dice el artículo 6º de la Constitución Política), sino solo por aquellas conductas que el legislador ha considerado censurables en cuanto potencialmente lesivas de un bien jurídico.*

Significa lo anterior que en derecho disciplinario (como ocurre en el derecho penal) **la responsabilidad no está basada en el simple desconocimiento de las leyes o de los deberes impuestos, sino que es imprescindible que con tales comportamientos se haya quebrantado el interés jurídico disciplinario, atentando por esta vía contra el bien jurídico objeto de tutela**. En consecuencia, **el principio de antijuridicidad material es aplicable a todos los tipos disciplinarios**, pues aun cuando no esté expresamente recogido por el Código Disciplinario Único **así lo aconseja el correcto entendimiento de la estructura del derecho sancionatorio en general, del cual forma parte el derecho disciplinario.** No debe olvidarse que sobre este último aspecto ha precisado nuestra Corte Constitucional lo siguiente: '(…) **La Corte ha manifestado de manera reiterada que los principios del derecho penal criminal son aplicables al derecho disciplinario, por cuanto éste**

> **constituye una modalidad del derecho penal o sancionatorio**' (Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz)"[256] *(las negrillas fuera del texto).*

El doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau manifiesta:

"(...) la norma penal o disciplinaria pueden ser entendidas como una **norma objetiva de valoración** *o como una norma* **subjetiva de determinación**, *o compuesta por ambas orientaciones.*

> *La norma penal construida como* **norma objetiva de valoración** *implica entenderla como un instrumento o herramienta a partir de la cual* **el funcionario judicial**, *desde la perspectiva de la función del derecho penal,* **determina lo que resulta valioso o disvalioso para el ordenamiento jurídico-penal**. *La clave para determinar lo valioso o disvalioso de un comportamiento se encuentra en la misión de un muy particular derecho penal: aquel que se ocupa principalmente de la* **protección de bienes jurídicos**.
>
> **Lo que afecte**, *por puesta en peligro o lesión, a los* **bienes jurídicos tutelados** *debe entenderse como* **disvalioso**. *Cuando la afectación sea compleja, esto es, por un lado, se afecta un bien jurídico pero por otra parte se produce la salvación de otro bien jurídico, entran a jugar mecanismos de ponderación como los de necesidad, proporcionalidad, idoneidad y adecuación, lo que definirá en fin lo valioso o disvalioso del comportamiento.*
>
> *El veredicto final estribará en calificar el comportamiento típico como productor de un valor de resultado -afectación del bien jurídico con reconocimiento de una causal de justificación que produce un resultado salvador de otro- o de un desvalor de resultado -casos de ausencia de causal de justificación o negativa de su reconocimiento-, desde la perspectiva de la interferencia intersubjetiva al bien jurídico.*
>
> *El concepto de desvalor del resultado caracteriza entonces a lo antijurídico y se convierte en elemento fundante del injusto. Solo puede ser neutralizado -casos de las causales de justificación- con un valor de resultado salvador de otro bien jurídico que cumpla con un diagnóstico positivo de ponderación valorativa.*
>
> *La puesta en peligro o lesión de un bien jurídico caracteriza al desvalor de resultado. La salvación de un bien jurídico, muy a pesar del sacrificio de otro, da origen al valor de resultado. Desde la perspectiva de la misión del derecho penal fundado en la protección del bien jurídico la primera conducta es disvaliosa y la segunda valiosa.*
>
> *Desde esta óptica, en principio, en la definición de lo valioso o disvalioso sólo cumple papel decisivo el juicio de ponderación valorativo. Los conocimientos o particulares tendencias del sujeto en torno a las circunstancias que rodeen los hechos no juegan papel decisivo alguno.*
>
> *Por ello entonces impera lo objetivo-valorativo que caracteriza el nombre de la norma. Por ello es un instrumento en manos del funcionario judicial para estimar*

256 Reyes Alvarado, Yesid. *Bien Jurídico y Derecho Disciplinario*. Ed. Renacimiento S.A. Central de Artes Gráficas Ltda. Págs. 70 a 72. Bogotá, 1998.

si, para el ordenamiento jurídico-penal y conforme a la misión de derecho penal, la conducta produjo un resultado valioso o disvalioso.

Así las cosas, el desvalor de resultado típico ocasionado al margen del amparo de una causal de justificación se constituye ya, sin más ni más, en un injusto. Ello es la esencia de lo contrario a derecho; de lo antijurídico.

Tal dirección normativa configura un injusto esencialmente objetivo. Por lo mismo se caracteriza como un injusto general, responde a una orientación monista de la norma.

Por el contrario, cuando se acepta que la naturaleza de la norma es **subjetiva de determinación***, lo que se entiende es que el derecho lo que busca es* **determinar o dirigir el comportamiento social de los ciudadanos***, persigue encauzar por medio de normas prohibitivas o de mandato el correcto desempeño de la conducta humana en sociedad. Tiene esta particular forma de entender la norma una eminente e indudable caracterización directiva.*

La norma se ocupa, *desde esta perspectiva,* **principalmente de la conducta, sin esperar al resultado valioso o disvalioso**. *El juicio de valor recae sobre la decisión de realización de una voluntad debidamente exteriorizada.* **No es de su esencia trascender hasta el resultado**.

El núcleo del injusto está dado por la constatación de la realización de una conducta que ha puesto de presente un cuestionamiento al mandato o a la prohibición legal encarnada en el deber: una voluntad que trasunta una rebeldía normativa.

Aquí lo valioso o disvalioso no se predica de un evento transitivo, sino de la sustancialidad misma encarnada en la conducta. La conducta es valiosa o disvaliosa si se ha encauzado o dirigido conforme al mandato o a la prohibición, sin más ni más. Por tanto, lo contrario a derecho está dado por la dirección de la voluntad.

Elemento fundante del injusto es el desvalor de acción. *Él caracteriza la voluntad o el querer contrario a los parámetros de dirección de la conducta impuestos por el ordenamiento jurídico. Tal elemento requiere obviamente conocimiento y voluntad de realización de la descripción típica, como también para su exclusión que la causal de justificación que eventualmente entre en juego en un momento dado tenga realización objetiva y el sujeto agente conozca y quiera actuar de conformidad, configurándose así el llamado injusto personal de naturaleza subjetiva. Esto es, si el desvalor de acción representado en la realización típica no se ve neutralizado por un valor de acción que comporta la presencia de una causal de justificación nutrida necesariamente de los elementos objetivos y subjetivos de la justificante, compuestos éstos por el conocimiento de obrar al amparo de la situación y queriendo actuar conforme a ella, queda allí configurado el injusto.*

Se confirma con esto que el sujeto no se ha determinado conforme a la norma. No ha observado las directrices impuestas por los deberes de conducta. En fin, no se ha observado la función de encauzamiento por exteriorizarse una voluntad rebelde para con la norma.

Tal dirección normativa configura un injusto esencialmente subjetivo. *Por lo mismo se caracteriza como un injusto personal, responde a una orientación monista de la norma.*

*La primera orientación —***norma objetiva de valoración***— tiene como motivo político-criminal la* **protección de bienes jurídicos**. *El principio de lesividad adquiere significativa importancia trascendiendo al ámbito de la teoría del delito, comprometiendo en consecuencia la esencia, contenido y significado de las categorías y subcategorías dogmáticas.*

*La segunda orientación —***norma subjetiva de determinación***— puede o no tener como motivo político-criminal la protección de bienes jurídicos. El principio de lesividad es un mero referente político-criminal y ninguna incidencia definitiva tiene para la esencia, contenido y significado de las categorías y subcategorías dogmáticas.*

También podemos encontrar configuraciones de injustos a partir de la combinación de ambas normas, prevaleciendo una u otra según se acentúe la naturaleza de una de ellas. Responden a las orientaciones dualistas de la norma.

Sin duda alguna, **si el derecho disciplinario se encuentra profundamente influenciado por la ética donde lo relevante es la conducta y la dirección de la voluntad impuestas por los deberes**, *y la configuración constitucional de tal disciplina igualmente apunta a tales criterios,* **debe concluirse también que lo contrario a derecho en derecho disciplinario, está dado por el quebrantamiento de la 'norma subjetiva de determinación'**. *Tal orientación informa la construcción del injusto en el ámbito del derecho disciplinario.*

(...)

Como se ha dicho a lo largo de este trabajo **el derecho disciplinario no protege bienes jurídicos**. *Pensar lo contrario sería un garrafal error político-criminal como ya se anotó ('***Un derecho disciplinario soportado y fundamentado en la infracción de deberes, sólo conoce autores: todos los intervinientes, y en la medida que son cobijados por los mismos deberes generales, infringen en la misma forma cuantitativa y cualitativa un deber***'; Relación explicativa de un proyecto de articulado de Código Disciplinario en Revista Jurisdiccional Disciplinaria año 2, N.º 4, julio a diciembre de 1994, p. 280).*

También dogmático, puesto que en nuestro medio la teoría del bien jurídico tiene, jurisprudencial y doctrinariamente, fundamento constitucional al amparo de la teoría de los derechos fundamentales. La limitación de la libertad de acción en el ámbito de las relaciones generales de sujeción sólo puede tener como motivo el respeto de otro derecho de igual jerarquía, esto es, constitucional; luego entonces, **si ello también se aplicara al derecho disciplinario se resquebrajaría cualquier desarrollo que se quisiera hacer del mismo, pues las únicas conductas que podrían ser objeto de regulación serían las mismas que legitiman la intervención penal**.

Tiene toda la razón Hesse *cuando manifiesta, con fundamento en la 'relación especial de sujeción', que las 'relaciones derivadas de un estatuto especial y la regulación en la que cobran forma jurídica no podían cumplir a menudo sus funciones en la vida de la Sociedad constituida, si se mantuviera para ellas el standard general de los derechos fundamentales'.*

(...)

Tampoco puede hablarse, como se afirma en derecho penal, de un objeto material de carácter real, personal o fenomenológico sobre el cual recae la conducta. Siempre existirá la creación, modificación o alteración de una situación incompatible con los deberes funcionales. De tal manera que, de poder admitirse la existencia de un 'objeto' sobre el cual recae la conducta, deberá aceptarse que el mismo es la situación descrita por el deber que se estima infringido. Es el estado fenomenológico que el deber quiere mantener, conservar, modificar o crear"[257] *(las negrillas fuera del texto).*

La doctora María Mercedes López Mora, magistrada del Consejo Superior de la Judicatura, comenta:

"(...)

Ilicitud

En términos textuales de la previsión dada por el legislador en la codificación disciplinaria dispuesta para controlar y corregir la conducta oficial de los servidores públicos, **se desarrolló como principio de lesividad y se define como aquella falta antijurídica por afectar el deber funcional sin justificación alguna, con la consecuente exigencia de que esa ilicitud sustancial no solamente debe ir acompañada de la afectación del deber funcional, sino con la afectación de la eficiencia y de la eficacia del destinatario en el cumplimiento de la función o con el daño causado a la Administración Pública**.

Ello es así, por cuanto el fundamento constitucional del derecho disciplinario está en las relaciones especiales de sujeción, es decir, el servidor público tiene especiales deberes para con el Estado, que deviene del ejercicio de la función pública, **lo cual implica que lo relevante sea la conducta valorada en interferencia con la función oficial**. *Es la razón por la que* **solo debe sancionarse aquellos comportamientos que, examinados en el contexto de su realización, impliquen la afectación sustancial de los deberes** *y, por contera, de la función encargada.*

Tales afirmaciones ponen en evidencia que el ilícito disciplinario se funda, como se dijo, en la norma subjetiva de determinación y que, por lo tanto, el dolo y la culpa son elementos constitutivos de la acción, son sus elementos subjetivos estructurales, pues 'El grado de culpabilidad constituye el elemento subjetivo de la conducta y, por ende, debe hacer parte de su descripción, precisando que tal elemento tiene una faz intelectiva (conocimiento) y otra volitiva (motivación)'[258].

Pensar en la infracción al deber por la sola ocurrencia de la conducta contribuye al inicio de un retroceso frente a los pasos de avanzada que ha dado la dogmática para hacer evolucionar, dentro de la estructura de la falta disciplinaria, el principio de lesividad, el cual desarrolla precisamente la ilicitud sustancial en esta materia, *es decir, se aportaría negativamente al renacimiento de la proscrita responsabilidad objetiva, en tanto la exigencia legal de la sustancialidad en la infracción, impide valorar el comportamiento por el simple hecho de su ocurrencia, sino que debe hacerse conforme a las responsabi-*

257 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo., ob. cit., págs., 122 a 126; 152 a 153 y 155.

258 Sentencia SU-901 del 1º de septiembre de 2005. Corte Constitucional.

lidades inherentes a la función, en cumplimiento de esa relación de sujeción que le ata y le vincula con los fines del Estado.

Es por ello que la ilicitud sustancial, como principio rector de la ley disciplinaria, permite que la conducta sometida al juicio valorativo **implique la vulneración formal de la norma, que contiene el deber y la razón de ser de ese deber**.

La conducta objeto de reproche disciplinario es aquella que atenta contra la funcionalidad deontológica del deber. **De ahí que la imputación disciplinaria desvalore la infracción de los deberes funcionales que le competen al sujeto disciplinable, de donde no queda duda, como se viene desarrollando, que el principio de lesividad en esta materia ético-funcional obedece a la relación con la función pública, cuyos elementos son el decoro, eficiencia y eficacia, son ellos los acompañantes del deber funcional necesario para no lesionar ni poner en entredicho la buena marcha de la administración**.

No en vano el tratadista y profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, abanderado del derecho disciplinario, que ha permitido su evolución y comprensión a través de la construcción dogmática que se convierte en pilar ineludible para el desarrollo del tema en todo su campo de comprensión, sostiene que:

'El ilícito disciplinario comporta un quebrantamiento del deber. Empero, no es el mero quebrantamiento formal el que origina el ilícito disciplinario, sino que se requiere un quebrantamiento sustancial. Esto quedó definitivamente reconocido con la exigencia de la ilicitud sustancial como expresión de la afectación sustancial a los deberes funcionales (arts. 5º y 51 NCDU). Como es obvio, la operatividad de la expresión 'ilicitud sustancial' proviene con mayor fuera, del *nomen juris* de la figura regulada en el principio rector consagrado en el artículo 5º del NCDU y no tanto en su texto

(...)

Significa lo anterior que para entender sustancialmente quebrantado el deber se requiere que la conducta enjuiciada haya desconocido no solo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un Estado social y democrático de derecho (...).

Así se ha venido construyendo y desarrollando el derecho disciplinario; de allí que, cuando 'se afirma que el derecho disciplinario está basado en la infracción de deberes, no se está innovando ni postulando tesis de avanzada; por el contrario, tal postura únicamente busca redireccionarlo hacia sus verdaderos orígenes, naturaleza y fines, pues de no ser así no se entiende cómo el Estado *podría sostener válidamente un juicio de reproche en sede disciplinaria sin el basamento fundamental de la infracción al deber, cuando justamente esa es la razón que sustenta su autonomía e independencia*[259].

Esta misma providencia antes relacionada –con ponencia del magistrado Temístocles Ortega Narváez del Consejo Superior de la Judicatura, en Sala Jurisdiccional Disciplinaria profundizó en la materia para significar que el 'problema es cuando se busca interpretar y dinamizar el derecho discipli-

259 Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia del 16 de septiembre de 2003. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Ra. 19971473-01.

nario acudiendo a la tradición jurídica colombiana en materia penal, donde el concepto de injusto se entiende prevalentemente como norma objetiva de valoración, según la cual, en consideración a la función principal del derecho penal de protección de bienes jurídicos, importa definir la lesión o puesta en peligro de esos bienes que el Estado interesa proteger (...)

(...) *el injusto disciplinario se identifica de mejor forma con la norma subjetiva de determinación, ya que justamente el derecho disciplinario apunta hacia el establecimiento de directrices o modelos de conducta por vías de la consagración de deberes, cuyo reconocimiento comporta la comisión de falta disciplinaria* (...).

El injusto disciplinario necesita de un referente material en orden a su configuración, de lo que se sigue que su naturaleza, de cara a la teoría del injusto, es prevalentemente subjetiva. Este referente material necesariamente debe ir ligado al concepto de infracción de deber, lo que implica que el examen de la conducta del agente no va encaminado hacia determinar el grado de lesividad a afectación de bienes jurídicos (...).

En el caso de los regímenes disciplinarios, no aparece consagrado el principio de antijuridicidad material, ya que pugna abiertamente con su naturaleza, habida consideración a que su fin no es la protección de bienes jurídicos, por lo que no importa establecer la lesión o puesta en peligro efectiva a los mismos, sino el grado de afectación a los deberes funcionales.

Es por eso que la Ley 734 de 2002 trae consigo el concepto de 'ilicitud sustancial' para referirse a la antijuridicidad, que es de carácter sustancial y se conecta a la afectación de deberes y no de bienes jurídicos'[260].

En conclusión, para definir la ilicitud sustancial, de la mano de aquella concebida por el doctrinante Jaime Mejía Ossman, se sostiene que como principio básico traducido en categoría, comporta en el Estado Social y Democrático de Derecho, para asegurar los fines de la función pública y de esta manera realizar la misión del Estado, **que la conducta sometida al juicio valorativo del derecho sancionatorio implique no solo la vulneración formal de la norma que contiene el deber, sino, y sobre todo, la razón de ser de este deber**. La conducta objeto de reproche disciplinario es aquella que atenta contra la funcionalidad deontológica del deber. De ahí que la imputación disciplinaria desvalore la infracción de los deberes funcionales que le competen al servidor público. Mas no entran en su campo la afectación material de derechos o bienes jurídicos, cuyo amparo es de competencia restrictiva del derecho penal[261].

260 Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Sentencia del 16 de septiembre de 2003. M.P. Temístocles Ortega Narváez. Rad. 19971473-01.

261 Mejía Ossman, Jaime. *Régimen Disciplinario*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2007, p. 14.

El autor de esta obra aclara que la cita es de propiedad del doctor Edgardo José Maya Villazón, quien la concretó en la Revista Procurando N.º 43 de abril de 2006, págs. 338 a 341 dentro del artículo denominado *La ilicitud sustancial. Una definición de algunos parámetros pedagógicos para la aplicación e interpretación de la Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005*.

Señala, además, que aparte de aclarar no ser el autor de la cita, siempre ha creído en la existencia del bien jurídico tutelado en materia disciplinaria, con los argumentos que el lector encontrará en este texto de consulta. De todas maneras, agradece a la doctora María Mercedes López Mora la especial deferencia en considerar su nombre para tan interesante y constructivo ar-

Elemento común

Aunque el tema desarrollado obedece a la comprensión de las acepciones ilícito (ilicitud) e injusto, para tratar de diferenciar los campos de aplicación en materia punitiva, tal extrema diferencia y autonomía no descarta, como se reseñó antes, la existencia de algún elemento común que en momento dado, cuando se llega a la práctica y en consonancia con la teoría puedan complementarse sin temor a perder la autonomía aludida, como tampoco hacer aparecer la decisión en uno como vinculante frente a la otra especie y pretender su interpretación como la existencia del principio non bis in ídem, pues está claro que, pese a ser parte de la generalidad del derecho punitivo, cada especie está concebida con identidad propia.

Al respecto, es de total aceptación el hecho de que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general y las sanciones por sus particulares contenidos difieren unos de otros (Sentencia C-427 del 29 de septiembre de 1994. Corte Constitucional), pero es de meridiana claridad que naturalísticamente se pueden presentar circunstancias determinantes o, por lo menos, influyentes en la aplicación del otro derecho.

Es que el 'elemento común' que puede existir entre ambos derechos (penal-disciplinario) no es de solo predicación, ello hace parte de la evolución propia y obliga su reconocimiento cuando se materializa un momento dado para su aplicación, solo para colocar un ejemplo, cuando el artículo 48-1 de la Ley 734 de 2002 exige la existencia de un delito para que pueda tomarse tal conducta como falta disciplinaria, la inexistencia de aquel implica la no configuración de aquella, lo que en palabras coloquiales puede representarse como 'no hay homicidio si no hay muerto'.

Diferente es la exoneración por alguna causal legalmente prevista que conlleve la exclusión de responsabilidad en materia penal, pero ante la existencia de conducta contraria al deber funcional, el derecho disciplinario como garante y custodio de esa relación especial de sujeción no se condiciona en aquel reconocimiento, predicarlo sería hacer desaparecer su independencia y reconocer un non bis in ídem bajo equivocados parámetros de interpretación.

Cuando la Sentencia C-720 de 2006[262] *precisó nuevamente las diferencias entre ambos derechos en cuanto a naturaleza, principios, características y finalidad de los procesos penal y disciplinario, lo marcó bajo la perspectiva de que por un mismo hecho se puedan impulsar las dos acciones, concepción de siempre dada no solo doctrinal y jurisprudencialmente, también por el legislador al marcar los diferentes campos de aplicación, pero debe precisarse sobre 'el mismo hecho'*

---

tículo contenido en *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Volumen 13 (obra colectiva) del Instituto de Estudios del Ministerio Público y del Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Bogotá, abril de 2009, págs. 49 a 55.

262 Del 23 de agosto.

(conducta según el art. 29 de la C.P.), cuya consecuencia jurídica sobre la base de lo fácticamente enjuiciado exige como mínimo la ocurrencia del hecho (conducta).

Cuando el juicio que origina el reproche tiene como base lo fáctico (Lecciones de Derecho Disciplinario. Procuraduría General de la Nación, volumen 9, página 75), necesariamente existe un elemento para verificar naturalísticamente, no otro que la demostración fehaciente de haberse dado esa conducta objetiva base esencial para el desarrollo de las fases subsiguientes previstas con ocasión del ejercicio de la acción disciplinaria"[263] *(las negrillas fuera del texto).*

El doctor Luis Felipe Palomeque Torres comenta:

El principio de Ilicitud sustancial

El principio de ilicitud sustancial, como cualquier otro principio, se caracteriza por ser el punto de partida para establecer cuándo un comportamiento de un servidor público tiene el carácter de reprochable o no como falta disciplinaria.

Lo anterior se ve reflejado en el contexto a que hace referencia el artículo 5º de la Ley 734 de 2002, en donde encontramos su génesis: 'La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna'.

De este precepto se desprenden tres elementos:

El primero,* **antijuridicidad de la conducta*, hace referencia al quebrantamiento del deber sustancial contemplado en la norma.*

(…)

Esto es concordante con lo anotado por uno de los cultores y pionero en la dogmática del derecho disciplinario en Colombia, el doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, cuando dice: *'[…] la ilicitud, en derecho disciplinario no puede ser entendida como mera contradicción de la conducta con la norma; eso sería tanto como pregonar la exigencia del deber por el deber mismo'*.[264]

El segundo,* **afectación del deber funcional*, tiene que ver con la afectación de la función pública, el cual para que sea relevante y sujeto a reproche disciplinario debe ser* **sustancial***, lo que, de acuerdo al citado texto, es aquello 'que constituye lo esencial y más importante de algo'.*

De esta acepción y en lo que tiene que ver con el término **sustancial***, se desprende que en materia disciplinaria solo son predicables como objeto de reproche aquellos comportamientos que son sustanciales o importantes*[265]*, a contrario sensu y por sustracción de materia, no tienen trascendencia en esta área del derecho las conductas no sustanciales o que no tienen la connotación de importantes, con lo*

263 María Mercedes López Mora. *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Volumen 13 (obra colectiva) del Instituto de Estudios del Ministerio Público y del Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Bogotá, abril de 2009, pág. 49 a 55.

264 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. 2ª edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, D.C., 2001-2002, pág. 254.

265 Lo que la Corte Constitucional en Sentencia C-819/06, describe como "(…) Principio de lesividad o ilicitud sustancial (capacidad de afectación de la función pública) (…) (las negrillas fuera del texto).

que se puede concluir que no todo comportamiento que tiene que ver con una relación especial de sujeción[266]*, puede considerarse trascendente disciplinariamente, es decir, sujeto a reproche alguno con efectos de antecedentes; pensamiento este que también encuentra soporte en el artículo 51 de la Ley 734 de 2002*[267]*; dicho de otra manera, no toda conducta que vulnera una disposición contemplada en el estatuto disciplinario puede dar lugar a activar la acción disciplinaria o a sancionar a un servidor público o particular que ejerce funciones públicas, pues para ello hay que demostrar el grado de sustancialidad de la puesta en peligro o lesión del deber funcional, como se desprende igualmente del parágrafo 1º del artículo 150 ibídem*[268]*.*

A este respecto el doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau ha manifestado:

'(…)

Significa lo anterior **que para entender sustancialmente quebrantado el deber se requiere que la conducta enjuiciada haya desconocido no solo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un Estado social de derecho**[269] *(las negrillas fuera del texto).*

En torno a ello también dijo la Corte Constitucional:

'No basta como tal la infracción a un deber, ni a cualquier deber, sino que **se requiere**, para no convertir la ley disciplinaria en un instrumento ciego de obediencia, que ello lo sea en términos sustanciales; esto es, **que de manera sustancial ataque por puesta en peligro o lesión el deber funcional cuestionado**' *(las negrillas fuera del texto)*[270].

Igualmente, en decisión posterior el alto Tribunal Constitucional en Sentencia C-431 de 2004, M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra afirmó:

Antes de cualquier consideración, la Corte indica que la interpretación de las normas demandadas parte de la base de que no solamente al momento

266 "(…) el concepto relación especial de sujeción como categoría dogmática del derecho público, de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública, es la especial posición jurídica que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen obligaciones y deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial (…)". Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. La Relación Especial de Sujeción como Categoría Dogmática Superior del Derecho Disciplinario. Colección Derecho Disciplinario N.º 5. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación. Noviembre de 2003, pág. 62.

267 Artículo 51: "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".

268 "[…] el concepto relación especial de sujeción como categoría dogmática del derecho público, de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública, es la especial posición jurídica que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen obligaciones y deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial […]". Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. La Relación Especial de Sujeción como Categoría Dogmática Superior del Derecho Disciplinario. Colección Derecho Disciplinario N.º 5. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación. Noviembre de 2003, pág. 62.

269 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *La Ilicitud Sustancial*. Colección Derecho Disciplinario volumen 1. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Noviembre 2006, págs., 21 y 22.

270 Corte Constitucional. Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

de diseñar legalmente las faltas disciplinarias, sino también cuando se lleva a cabo la investigación disciplinaria tendiente a definir la responsabilidad de este tipo, debe tenerse en cuenta que el límite de la potestad sancionadora se encuentra en la afectación o amenaza de afectación del servicio. **Si esta situación no se produce, no cabe la responsabilidad disciplinaria. Por lo tanto, para la determinación concreta de la responsabilidad disciplinaria no basta la simple infracción del reglamento, sino que es necesario valorar en qué medida se afecta el servicio o la función pública encomendada** *(las negrillas fuera del texto).*

Lo anterior encuentra un fundamento lógico en el hecho de que si con la *'[…] potestad disciplinaria se busca 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'*[271], sería injusto y una sanción al sujeto agente de la acción disciplinaria, si el mismo con su conducta no ha socavado en forma importante ese propósito estatal.

Lo expuesto es coherente con lo acotado por el citado Tribunal Constitucional:

Las conductas que pertenecen al ámbito del derecho disciplinario, en general, son aquellas que comportan quebrantamiento del deber funcional(…). **Se infringe el deber funcional si incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones** *(las negrillas fuera del texto).*

(…)

El principio de ilicitud sustancial derivado del artículo 6º de la Constitución, respecto de la conducta de los servidores públicos […], exige la idoneidad de la conducta para comprometer los fines de la actividad […], y estructurar en consecuencia la infracción al deber funcional que legitima el injusto disciplinario. **Lo que determina la ilicitud del comportamiento es su potencialidad de afectación del interés jurídico de la función pública que el régimen disciplinario protege**, reflejado en el menoscabo de los objetivos de la actividad y de la disciplina […] Esta exigencia es la que establece el necesario nexo entre la conducta prohibida y el interés jurídico que el régimen disciplinario de los servidores públicos protege.'[272]

El tercero,* **sin justificación alguna*, significa que para cada caso quien alegue el carácter de sustancial o no de una conducta, debe argumentar y explicar las razones por las cuales cree conveniente se tenga en cuenta su posición, ello con darle vía libre a la doble función que tienen los principios, como es, ha de servir de fundamento del ordenamiento jurídico, a de orientar en este caso la investigación disciplinaria correctamente, como una manera de suplir la falta*

271 Corte Constitucional. Sentencia C-431 del 6 de mayo de 2004. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

272 Corte Constitucional. Sentencia C-819 del 4 de octubre de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

> *de existencia de una regla o una disposición legal aplicable para el caso concreto que se cuestiona*[273].
>
> Lo anterior también encuentra soporte en lo expresado por la Corte Constitucional, así:
>
> Los principios como lo reconoce la doctrina están llamados a cumplir en el sistema normativo los siguientes papeles primordiales: (i) Sirven de base y fundamento de todo el ordenamiento jurídico; (ii) actúan como directriz hermenéutica para la aplicación de las reglas jurídicas y finalmente, (iii) en caso de insuficiencia normativa concreta y específica, se emplean como fuente integradora del derecho. En estos términos, es indiscutible que los principios cumplen una triple función de fundamento, interpretación e integración del orden jurídico[274].
>
> (...)
>
> *Cuándo y cómo se aplica*
>
> *El principio de ilicitud sustancial se aplica desde el preciso momento en que el operador jurídico tiene conocimiento de un hecho o le corresponde evaluar una queja o información, pues cuándo de dichos soportes se considere que con los acontecimientos allí descritos son sustanciales, debe ordenar la actuación correspondiente, si ello no es así, o la conducta resulta irrelevante, el funcionario del caso se inhibirá de inicial actuación alguna, como se desprende del parágrafo 1º del artículo 150 de la Ley 734 de 2002.*
>
> *Igualmente, es aplicable en la etapa de indagación preliminar o en la investigación disciplinaria, cuándo se evidencia o se establezca que los hechos objeto de averiguación no son relevantes o la conducta del sujeto agente no afecta sustancialmente los deberes funcionales, lo cual resulta concordante con el artículo 51 ibidem"*[275].

De la misma manera como se afirma la **existencia del objeto, interés o bien jurídico tutelado** y su **antijuridicidad material incorpórea** en el campo del *derecho disciplinario* con fundamento en decisiones de la *Corte Constitucional* y de la *Corte Suprema de Justicia*, también es cierto que la misma *Corte Constitucional* **niega esos conceptos** en las siguientes Sentencias: *C-948 del 6 de noviembre de 2002*, *C-252 del 25 de marzo de 2003*, *C-014 del 14 de enero de 2004*, *T-1093 del 4 de noviembre de 2004* y *SU-901 del 1 de septiembre de 2005*.

Causales de justificación en el derecho disciplinario. Artículos 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[276] **(28 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002**[277]**);*22 de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[278]**;** *18 de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[279]**;** *86*

273 Conforme se desprende de lo manifestado por Vigo, Rodolfo. *Interpretación Jurídica*. Editorial Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires. Febrero de 2005, pág. 139.

274 Corte Constitucional. Sentencia 819 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

275 Palomeque Torres, Luis Felipe. Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen 10. Obra Colectiva. Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, octubre de 2008, págs. 35 a 39.

276 Código General Disciplinario.

277 Código Disciplinario Único.

278 Código Disciplinario del Abogado.

279 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017[280] **(68 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003**[281]**) y** ***52 de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022***[282] ***– que remite al C.G.D.***[283] **(41 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006**[284]**).**

Antes de abordar este espinoso tema del derecho sancionatorio o punitivo del Estado, debemos señalar que de la misma manera como el concepto de **ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea** se encuentra habilitado por la **afectación de los principios y fines del Estado**, no podemos dejar escapar que cuando ello no ocurre, es decir cuándo **no se afectan** la **acción disciplinaria típica** se convierte en **"jurídica",** situación que también acontece cuando actúan en **favor de su destinatario** alguna o algunas de las **causales de justificación de la conducta** o **"las causales de exclusión objetivas",** para ser más claros, sin dejar de insistir que las mismas encuentran su desarrollo en la **doctrina y en la jurisprudencia penal**, puesto que **otra especialidad del derecho jamás se ha ocupado de ellas**.

Las ***causales de justificación*** para el derecho disciplinario se encuentran dentro de las ***causales de exclusión de responsabilidad*** (de estas últimas solamente las objetivas, porque las subjetivas son en estricto sentido las ***causales de inculpabilidad***[285]) contenidas en las *Codificaciones Disciplinarias* anotadas en precedencia, esto es:

- En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
- En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales y

280 Código Disciplinario Militar.

281 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

282 Estatuto Disciplinario Policial.

283 Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

284 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

285 En Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. Causales de Exclusión de Responsabilidad"- *Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-*, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C., págs. 17 y 18, se destaca: "2. Definiciones acerca de las causales de exclusión de responsabilidad. Las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria son aquellas que, como lo informa el artículo 31 del C.G.D., "eximen" una conducta por "justificación" o "inculpabilidad de esta". Es decir, aquellas que se sitúan en el terreno "objetivo" o "subjetivo", según el caso o, mejor dicho que se predican del "ilícito disciplinario" (causales objetivas) o de la "culpabilidad" (causales subjetivas).

Los profesores Carlos Arturo Gómez Pavajeau y John Harvey Pinzón Navarrete, en su *Tratado de Derecho Disciplinario* (Tomo I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2021, pág. 627), las definen de la siguiente manera: "*Determinan que el sujeto, en principio disciplinable, queda excluido del poder sancionador del Estado por imposibilidad de comprender o seguir el deber a partir del cual debería conducirse conforme a las normas de conducta fijadas por las directivas o prescripciones legales."*

En este sentido, podemos afirmar que las causales de justificación y las de inculpabilidad nacieron de antaño para proteger los derechos fundamentales de los destinatarios de la ley punitiva del Estado, al punto que actualmente constituyen un instrumento de defensa material o técnica y una *excepción* a la aplicación del artículo 6º de la Carta Política de 1991, que responsabiliza a los *"servidores públicos"* no solo por la infracción a la Constitución y las leyes, sino también *"por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"*. Responsabilidad que pierde su valor ante el deber omitido o extralimitado, sencillamente porque las causales de exclusión *"eliminan todo asomo de responsabilidad".*

- Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.[286]

Nota:

Al *Código Disciplinario del Abogado* (Ley 1123 del 22 de enero de 2007), en su artículo 22 se le adiciona la siguiente causal: "Se obre en legítimo ejercicio de un derecho o de una actividad lícita".

En el derogado *Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares* (Ley 836 del 16 de julio de 2003), en su artículo 68 se expresaba que las causales serán las del *Código Penal Militar* y las del *Código P.enal*[287]

El *Código de Ética y Disciplinario del Congresista* (Ley 1828 del 23 de enero de 2017), en el artículo 18 no se redactó el principio "En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales".

En el *Estatuto Disciplinario Policial* (o Ley 2196 del 18 de enero de 2022), el artí-

286 Por permitirlo el artículo 22 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, se tendrán que sumar las causales de ausencia de responsabilidad u "objetivas" dispuestas en el artículo 32 de la Ley 599 del 24 de julio de 2000 (Código Penal), así:

- Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.
- Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

- Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

287 Son las siguientes:

Código Penal, artículo 32. -Ley 599 del 24 de julio de 2000-. Ausencia de responsabilidad. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:

(...)

2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.

3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.

4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

(...)

En el Código Penal Militar (Ley 1407 del 17 de agosto de 2010).

Son las mismas causales de ausencia de responsabilidad "objetivas" del Código Penal.

culo 52 remite a las causales contempladas en la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario).

Con fundamento en lo anotado y para ser coherentes con la estructura del *Código General Disciplinario* y las restantes *Codificaciones,* se definirán las *causales de justificación* o de *exclusión de responsabilidad "objetivas"* que a continuación se destacan. Es conveniente precisar, como ya se había anunciado en precedencia, que las *causales que se encuentran en el Código Penal,* distintas a las contenidas en el *Código General Disciplinario y de las restantes codificaciones,* se podrán aplicar a todas las *materias disciplinarias*, por así permitirlo sus principios de *integración normativa* y no porque las mismas sean **"comunes"** al *derecho sancionatorio* o *punitivo del Estado*, sino porque las **causales de justificación o de exclusión de responsabilidad "objetivas"** en el *derecho disciplinario*, constituyen por su terminología y definición, **ingredientes normativos** que **deben interpretarse**, por **integración normativa**, repetimos, con las **Codificaciones Penales**, por disposición expresa de la ley.

- ***Causales de justificación* o de *exclusión de responsabilidad "objetivas"*.**

Por consiguiente, las *causales de justificación o de exclusión de responsabilidad* "objetivas"

pueden sintetizarse de la siguiente manera:

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

* *Consideraciones.* Esta *causal de exclusión de responsabilidad "objetiva"* (o de justificación) contemplada en el numeral 3º del artículo 31 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – Código General Disciplinario-* (numeral 2º del artículo 28 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[288]); numeral 2º del artículo 22 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[289]; literal b. del artículo 18 de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[290]; numeral 2º del artículo 86 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[291] (68 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003[292] que remite al numeral 3º del Código Penal Militar[293] y Código Penal[294]) y 52 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[295] – que remite al numeral 3º del artículo 31 del Código General Disciplinario[296] (numeral 2º del artículo 41 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006[297]), le permite al *Estado* la posibilidad de *ordenar* comportamientos en estricto cumplimiento de deberes legales y constitucionales que sean de mayor importancia que el sacrificado, lo cual, a su vez, no lo autoriza, de manera simultánea, sancionarlos cuando se desarrollen precisamente en cumplimiento de esa imposición.

288 Código Disciplinario Único.

289 Código Disciplinario del Abogado.

290 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

291 Código Disciplinario Militar.

292 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

293 Ley 1407 del 17 de agosto de 2010.

294 Ley 599 del 24 de julio de 2000.

295 Estatuto Disciplinario Policial.

296 Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

297 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

Por ello es que la frase **"en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal"**, predica para el *destinatario de la ley disciplinaria* la imposibilidad de actuar de manera diferente al ordenamiento, es decir, que la *obligación* para él debe enmarcarse de manera "estricta" en un cuadro normativo de autorización, siempre y cuando el "deber constitucional o legal" sea de mayor importancia que el "deber sacrificado". Esta causal se traduce en un *deber* impuesto por la *Constitución Política y por la ley* **y no por órdenes o determinaciones basadas en principios éticos o religiosos o concepciones establecidas en actos diferentes**. Se traduce, también, en **una obligación que arranca de la misma disposición de hacer algo**, lo cual autoriza a quien *realiza* la conducta para concretar un comportamiento **así esté tipificado como falta disciplinaria**.

El *incumplimiento de un deber constitucional o legal* exigido se traduce en *falta disciplinaria,* (que consideramos dentro de los comportamiento realizados por omisión), para cuya pretermisión le corresponde una sanción, sobre todo **cuando el deber sea de menor importancia que el sacrificado**.[298]

El incumplimiento de un deber constitucional, a su vez, implica el afectar o contrariar otro deber, precisamente para poder dar cumplimiento al deber que se constata como de mayor entidad que el que se ignora o no se cumple. Lo importante es que solo puede tener origen en la Carta Política o en la ley.

La doctrina con relación a esta causal.

El doctor Alejandro Ordóñez Maldonado precisa:

> "(…) **2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.**
>
> Esta causal se enmarca en la prevalencia de un deber impuesto por la Constitución Política o por la ley[299], cuya importancia explica o justifica el sacrificio del deber por cuya omisión se emprende la acción disciplinaria.
>
> La eximente, a la que doctrinalmente se le ha denominado 'colisión de deberes', exige que el deber jurídico antepuesto, además de vigente, sea de mayor importancia que el sacrificado o pospuesto. Nótese que la norma citada no habla de un deber de mayor jerarquía, sino de mayor importancia. Lo anterior demanda entonces analizar la conducta, más que desde el punto de vista de la localización de los deberes en pugna en el sistema jurídico, a partir de la perspectiva de las circunstancias que rodearon su aplicación e inobservancia.

298 Mejía Ossman, Jaime *Código Disciplinario Único* – Parte General -. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, diciembre de 1999, pág. 453 y Mejía Ossman, Jaime – Quiñones Ramos, Silvio Sanmartín. Procedimiento Disciplinario. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, septiembre de 2004, pág. 216.

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

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

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

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

En efecto, debe advertirse que, en atención a la estructura de la falta, cuando la autoridad disciplinara descarta la existencia de responsabilidad por entender que el autor del comportamiento actuó objetivamente en cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado, no debe ocuparse del análisis de culpabilidad de la conducta. Sin embargo, ha de aclararse que, si en este escrito se ha señalado con antelación que la conducta se despliega necesariamente a título de dolo, ello obedece a la necesidad de resaltar que el agente del comportamiento típico debe actuar voluntariamente y con plena conciencia para apartarse del cumplimiento de un deber funcional [300].

El doctor Diego Alberto Zuleta García afirma:

"(…) **3. En estricto cumplimiento de un deber legal:**

Esta causal parte de la premisa de que si el ordenamiento jurídico lo impone como deber-mandato, no puede, a su vez, prohibirlo. Se trata de la coherencia mínima en los sistemas normativos, quien actúa en el estricto cumplimiento del deber, comportamiento valorado positivamente, no podrá a la vez adecuar su comportamiento a lo desvalorado.[301]

Como notas predominantes para que opere esta causal, tenemos que el carácter de 'estricto', se refiere a que todo acto que suponga abuso, extralimitación o exceso, por desbordar la previsión legal, no constituye causal de justificación, y que la conducta que se realice 'en cumplimiento de un deber legal' implica que la única motivación del acto es el deber que impone ejecutarlo, no otra motivación.[302]

300 Ordóñez Maldonado, Alejandro. *Justicia Disciplinaria* – De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud – Ediciones Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, noviembre de 2009, págs. 47 y 48.

301 Velásquez, Fernando, las ubica como causales mixtas de atipicidad y justificación. *Manual de Derecho Penal*. Temis, 2002, págs. 347-349-360.

302 Velásquez Gómez, Iván. *Manual de Derecho Disciplinario*. Librería Jurídica – Sánchez R. Ltda. 1996, pág. 151.

Sobre esta causal, en un caso que interesa para nuestro estudio por involucrar el uso indebido de las armas, el Consejo de Estado en Sentencia de 2011, expuso:

"El asunto se contrae a establecer la legalidad de los fallos de 27 de enero y 3 de marzo de 2004 que contienen las decisiones de primera y segunda instancia de la Procuraduría General de la Nación, por medio de los cuales se sancionó al demandante con destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de un año, así como de la resolución 02207 de 13 de septiembre de 2004 de la Policía Nacional, a través de la cual se acató dicha determinación.

Los hechos que dieron lugar a la investigación disciplinaria ocurrieron en las horas de la noche del día 6 y en las horas de la madrugada del día 7 de abril de 2003, en la vía Sopó–La Calera–Bogotá, concretamente cuando Rodrigo Mora Hernández y Clara Inés Rueda Gómez (periodista y columnista de "El tiempo"), pareja de novios que se desplazaban en el vehículo marca Audi – Placas BLG 203, no cancelaron lo que adeudaban por concepto de gasolina en la Estación de Terpel "La Portada" ni detuvieron su marcha en los peajes "La Cabaña" y "Alto de Patios" y en el puesto de control dispuesto por la Policía para detenerlos (Municipio de la Calera).

Informado el actor de estos acontecimientos, único Patrullero de servicio en el CAI denominado el "Mirador de la Calera", éste empleó los elementos y las medidas de seguridad a disposición para intentar detener la marcha del mencionado automotor, acciones que resultaron infructuosas.

Según el demandante, la alta peligrosidad que representaba y revestía el vehículo en fuga, lo obligó a disparar su arma de dotación, con tan mala suerte que el proyectil alcanzó a impactar el automotor en la puerta delantera derecha, costado en el que se encontraba Clara Inés Rueda Gómez, quien más tarde falleció en la Clínica del Country, a causa de las heridas producidas por esta reacción.

Entre las acciones para cumplir con su misionalidad, la Policía Nacional puede aplicar la coerción que es un medio material, legal y **de última instancia** para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de los particulares.

En el servicio de policía se deben emplear todos los medios al alcance para reducir a los presuntos infractores o delincuentes mediante el uso de elementos de protección y **de acción con letalidad reducida**, de tal forma que se garantice la integridad del uniformado y **se reduzcan las expectativas de lesiones o muerte de personas que de conformidad con la Constitución y la ley requieren ser sometidas**.

Los miembros de la Policía pueden usar las armas autorizadas por la ley como medida extrema de acuerdo con la gravedad del caso, bajo el principio de proporcionalidad, el estado de necesidad, y de acuerdo con el derecho internacional humanitario.

En el *sub-lite* el actor señala que usó su arma de dotación como un último recurso para restablecer el orden alterado por un vehículo en fuga y para salvaguardar su vida e integridad física.

Explica que después de que el conductor del automotor marca Audi Placas BLG 203 evadió y violó los sitios donde trataron de inmovilizarlo, hasta el punto de casi atropellar a uno de sus compañeros, tenía la misión Constitucional y legal de contenerlo, para salvaguardar las condiciones mínimas necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas.

Por regla general, los miembros de la Policía no pueden utilizar las armas de fuego contra fugitivos que huyen de la acción de la autoridad valiéndose por sí mismos o utilizando vehículos, ni siquiera bajo la errada concepción de inmovilizar el medio de locomoción disparando a sus partes (motor, llantas, etc.), lo cual, por sí mismo, configura el tipo penal de disparo de arma de fuego contra vehículo[303]. Entiéndase por fugitivo cualquier persona que huye del requerimiento de la autoridad, con o sin señalamiento de haber participado en una conducta contravencional o penal.

Los policías pueden disparar contra vehículos en movimiento cuando son utilizados como armas con la intención de causar injustamente daños a bienes jurídicos equivalentes o cuando desde estos se dispara para proteger la huida.

En este caso, el demandante no estaba habilitado legalmente para disparar contra el automotor marca Audi–Placas BLG 203, porque este no estaba siendo utilizado como arma para causar daño a un bien jurídico determinado y equivalente, y porque desde su interior no se estaba disparando.

El Manual ilustrado de procedimientos para registro de vehículos y personas, vigente para la época en que ocurrieron los hechos, establece claramente que "en caso de que un vehículo haga caso omiso a la señal de detenerse, **no se deben usar las armas de fuego por constituirse en el delito de disparo de arma de fuego** contra vehículos. **En tal caso, se utilizarán todos los medios posibles para alcanzarlo, o reportar a una unidad cercana para que nos ayude a interceptarlo**" (cuaderno N.º 2 – aprobado por la Resolución 1620 del 7 de marzo de 1980 – *resaltado fuera del texto*).

Dicho manual insiste en que nunca se debe hacer 'uso del arma de fuego para detener un vehículo, recuerde que este constituye un hecho punible tipificado en nuestro código penal como 'disparo contra vehículo'.

Además, recomienda que cuando 'se persigue a un vehículo se siente la tentación de disparar. A menos que los ocupantes del carro que huye, abran fuego, los perseguidores no deben hacerlo'.

Por no estar habilitado el actor para disparar el arma de dotación, su conducta no puede estar encuadrada dentro de la justificante 'del estricto cumplimiento de un deber legal'.

Como se sabe, el estricto cumplimiento de un deber legal es una permisión con la que se declara ajustada al derecho la realización de ciertas conductas típicas llevadas a cabo por un agente en cumplimiento de lo dispuesto por el mismo ordenamiento jurídico.

303 Código Nacional de Policía artículo 30; Código Penal, Ley 599 del 24 de julio de 2000, artículo 356.

Para que la conducta en cumplimiento de un deber legal se justifique, se requiere:

La existencia de un deber jurídico que no puede ser de carácter moral sino impuesto por la ley.

El deber tiene que ser estricto, o sea que el agente con su actuación no debe rebasar los límites o la medida en el cumplimiento del deber. **Por ello los abusos, los casos de desviación de poder, los excesos que escapen a la competencia del funcionario, no quedan cobijados por la eximente**.

Debe mediar necesidad de ejecutar la conducta típica, lo cual se traduce en el hecho de que si el agente para cumplir con su deber puede abstenerse de ejecutar el comportamiento, no queda cobijado por la justificante.

El autor debe actuar con la finalidad de cumplir el deber.

En el *sub-lite*, como ya se analizó, el demandante **no estaba legitimado por ley** para accionar su arma de dotación, motivo por el cual terminó **excediéndose en sus atribuciones** con consecuencias funestas, **sin haber lugar y necesidad de ello**, por cuanto la información que tenía, hasta ese momento, del automotor en fuga no evidenciaba un grado sumo de peligrosidad.

En efecto, para el momento en que ocurrieron los hechos, el actor sólo conocía, por los reportes que recibió, que el vehículo marca Audi–Placas BLG 203 había tenido un incidente en una Estación de Terpel relacionado con el no pago de combustible y que este no había detenido su marcha en los peajes 'La Cabaña' y 'Alto de Patios' ni en el puesto de control dispuesto por la Policía en el Municipio de la Calera, pues en ningún momento se le informó que este automotor representara un peligro diferente o mayor a ese.

El alto grado de peligrosidad que representaba el vehículo en fuga y que debía ser contrarrestado con el uso extremo del arma de dotación, terminó siendo una invención de la psiquis del demandante.

No hay que pasar por alto en este punto, que el actor por su formación y experiencia dentro de la Institución Policial (seis años), debía saber que dentro de los medios autorizados para preservar el orden público, sólo podía escoger aquellos que fueran eficaces (**pedir apoyo a las unidades cercanas para interceptar el vehículo en fuga**) y causaran menor daño a la integridad de las personas y de sus bienes (artículo 30 del Decreto 1355 de 1970[304], modificado por el artículo 109 del Decreto 522 de 1971[305]).

Ahora bien, el demandante señala que, al verse prácticamente arrollado por el automotor en fuga, no le quedó otra alternativa que disparar para salvaguardar su vida e integridad física.

Se justifica un hecho cometido por necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

304 Del 4 de agosto.

305 Del 27 de marzo.

La doctrina ha precisado que entre la **defensa** y la **agresión** debe haber una unidad de acto, es decir, que la acción de protección debe ser inmediata consecuencia de la del ataque. **Las agresiones pasadas no pueden originar defensa legítima, pues no siendo factible repeler o impedir el ataque terminado, la violencia posterior termina siendo arbitraria.**

Para el actor surgió la agresión en el momento en que el vehículo en fuga desatendió la solicitud de 'pare' y se abalanzó directamente hacia su humanidad.

De llegar a aceptarse el último acontecimiento señalado por el demandante (arrollamiento inminente), el cual no está probado en el plenario, no se puede desconocer que éste accionó el arma cuando ya estaba por fuera del radio de acción del vehículo, es decir, cuando el riesgo se había superado.

El estudio balístico realizado indicó que revisado 'el orificio sobre la lámina de la puerta delantera derecha, se encontró que **no** presentaba residuos de disparo; **ya que dio negativo** las muestras de disparo tomadas al mismo (para Nitritos y nitratos). **Lo que nos permite decir que el disparo sobre la lámina de la puerta delantera derecha, fue realizado a larga distancia**. Ver álbum fotográfico MT. 0943. IMAGEN # 13" (cdno No. 2 – *resaltado fuera del texto*).

Dicho experticio técnico también evidenció que por la trayectoria del disparo (ligeramente de arriba hacia abajo y de afuera hacia dentro) quién lo realizó debía estar de pie y con el arma a la altura de la cintura.

La distancia (a más de un metro de acuerdo con los cánones de balística), la ubicación (a un costado de la vía) y posición del tirador (de pie) además de mostrar, en principio, que el actor ya estaba a salvo de la posible agresión del automotor, ponen en duda el inminente atropellamiento de que fue objeto.

En efecto, si el vehículo se desplazaba hacía el demandante a más de 100 kilómetros por hora, éste no hubiera alcanzado en una fracción de segundo a arrojar la paleta y la linterna que dice tenía en sus manos, a lanzarse sobre un costado de la vía, a incorporarse y a disparar, impactando la puerta delantera derecha del carro agresor. Pues de haber ocurrido así, tal como lo indica el Tribunal Superior Militar en su decisión, lo más probable es que 'el proyectil hubiese impactado en la parte trasera del automotor y no directamente sobre una de las puertas delanteras por lo que tampoco podemos aceptar lo referente a la tesis de la legítima defensa' (fl. 278 cuaderno principal).

Para la Sala si la vida e integridad física del actor no corrían peligro, el deber legal que le asistía a éste, era abstenerse de accionar el arma de dotación en contra del vehículo en fuga y dar parte a las unidades policiales más próximas para que ayudaran a interceptarlo de forma adecuada.

Si bien es cierto que el comportamiento del conductor del vehículo en fuga fue totalmente reprochable (conducir en estado de alicoramiento, no pagar combustible y peajes, no atender los requerimientos de la autoridad), también lo es que ese proceder imprudente y negligente no podía ser, por no evidenciar signos de peligrosidad diferentes o mayores a los que se habían reportado al demandante previamente, el determinador del hecho dañoso.

> En este caso, uno de los determinadores principales del hecho dañoso fue la construcción mental de sumo peligro que hizo el actor, que lo llevó, por el temor que sintió, a obrar instintiva e impulsivamente.
>
> Temor que, de acuerdo con el dictamen del Departamento de Psiquiatría y Psicología del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, '**al no comprometer completamente las capacidades mentales no llena los criterios de una reacción de miedo insuperable'** (fls. 277, 278 cuaderno principal – fallo del Tribunal Superior Militar de 26 de octubre de 2005 – *resaltado fuera del texto*).
>
> **Así las cosas, la reacción extralimitada y desproporcionada del demandante, que terminó truncando una vida (la de la periodista y columnista de "El Tiempo" Clara Inés Rueda Gómez) constituye una falta gravísima que efectivamente da lugar, atendiendo los atenuantes que se consideraron (buen desempeño y ausencia de antecedentes disciplinarios) a la sanción impuesta (destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por el término de un año)"**[306] *(las negrillas fuera del texto).*

El doctor Carlos Mario Isaza Serrano concreta:

> "(…) **2. Estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado:**
>
> Como los deberes constitucionales y legales integran normativamente la estructura del deber funcional, esta causal de exclusión de responsabilidad se configura necesariamente cuando se sopesan dos deberes funcionales jurídicamente encomendados al servidor público, en cuyo ejercicio uno de los dos resulta sacrificado.
>
> La expresión 'estricto cumplimiento' de un deber legal **alude al desempeño de funciones oficiales**; es decir, **el servidor público debe estar, sin discusión alguna, en ejercicio de las tareas propias del cargo**. En tanto que la referida al término 'importancia', propia de los deberes en tensión, atañe más que a la jerarquía de estos a su contenido, teniendo como referencia la misión superior de los servidores públicos, que privilegia, en primer lugar, la protección y promoción de los derechos fundamentales, y en segundo, los fines y funciones del Estado.
>
> Así mismo, como propio del supuesto fáctico de la causal también puede encontrarse como predicado indirecto de la conducta el cumplimiento estricto de un deber funcional por sobre otro, el cumplimiento de un deber funcional y el incumplimiento de otro, su cumplimiento a medias o la observancia estricta de un deber funcional con la exclusión de otro. En todo caso, **la falta siempre se configura por vía de omisión**.
>
> 'En el caso de que la colisión es [*sic*] entre un deber de actuar y uno de omitir no hay duda de que la infracción al deber de actuar es menos grave que el de omitir. De ahí que la doctrina sea más tolerante en estos casos, sosteniendo que se admite la justificante, aún en los casos de valor equivalente de los bienes en conflicto'.[307]

306 Consejo de Estado–Sala de lo Contencioso Administrativo–Sección Segunda Subsección "A" Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 17 de marzo de 2011 Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01043-01(284-08).

307 Ver, Corte Constitucional. Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

> En su oportunidad, el operador disciplinario valorará por medio de los ejercicios de ponderación correspondientes dicha capacidad y la posible disposición de otras vías que evitaran la vulneración del deber funcional sacrificado, el mayor o menor esfuerzo por optar por una de ellas y las alternativas que circunstancialmente hubiera enfrentado, las cuales, a pesar de la existencia de aquellas, le hubieren imposibilitado utilizarlas. No debe perder de vista que el servidor público tiene la obligación de conocer y cumplir sus deberes funcionales en debida forma con la capacidad de valorar, en un momento determinado, cuáles son los deberes de mayor importancia para el efectivo cumplimiento de los fines estatales.[308]
>
> En rigor, debe mediar además la 'necesidad de ejecutar la conducta típica, lo cual se traduce en el hecho de que, si el agente para cumplir con su deber puede abstenerse de ejecutar el comportamiento, no queda cobijado por la justificante'"[309-310.]

El tratadista Arturo Ronderos Salgado[311], al respecto, dice:

> "(…) *b. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal.*
>
> Cuando alguien se comporta de cierta manera en razón a que existe una norma constitucional o legal así lo dispone o autoriza, o por una orden vinculante de autoridad que lo impone, en virtud de oficio o calidad o por situación de subordinación como lo señaló el tratadista Alfonso Reyes Echandía.
>
> Supone que la norma constitucional o legal imponga un deber y que éste sea de mayor importancia al sacrificado, no se trata de un deber ético o moral.
>
> Los actos que supongan abuso, extralimitación o exceso del servidor público, por desbordar la previsión legal, no constituyen causal de exclusión de responsabilidad.
>
> **En todo caso, el cumplimiento de un deber legal no puede implicar la vulneración de los derechos fundamentales**, ni siquiera para los miembros de la fuerza pública a los cuales se había predicado obediencia ciega en que el superior responde" *(las negrillas fuera del texto).*

Los doctores Esiquio Manuel Sánchez Herrera y A. Nataly Bermúdez Sánchez expresan:

> "(…) **'En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado'**.
>
> Esta causal es propia de la teoría general del derecho, supone que **es contrario a la coherencia del ordenamiento jurídico el que unas normas impongan un deber para un servidor público y que el cumplimiento de ese deber**

308 Dona, Edgardo Alberto. *Teoría del Delito y de la Pena*. T. II. Imputación delictiva, 2ª reimpresión. Buenos Aires, Astrea, 2003, pág. 170.

309 Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho Penal*. Parte General. Santa Fe de Bogotá. Ed. Temis, 1994.

310 Isaza Serrano, Carlos Mario. *Teoría General del Derecho Disciplinario*- Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales -. 2ª ed. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2009, págs. 199 y 200.

311 Actual Asesor y catedrático del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación.

esté al mismo tiempo prohibido por otra disposición, así se deje de cumplir otro que resulta de menor prestancia conforme a la misma función pública.

Para la aplicación de la figura corresponde al operador disciplinario acudir a la proporcionalidad, razonabilidad y a la ponderación para determinar cuándo un deber constitucional o legal está por encima de otro. **La causal implica el cumplir un deber desatendiendo otro**. En ese sentido se cumple el que ponderadamente el servidor haya valorado como de mayor entidad que el incumplido.

En la valoración de los deberes se debe tener en cuenta que es superior aquel que propende a la debida atención de los valores y principios superiores de la función pública en el Estado social y democrático de derecho. Para ese menester es indispensable que el servidor público que actúa consulte la filosofía propia de la forma de Estado y el papel que cumplen la función y el servicio en la realización de las misiones estatales y sobre todo las necesidades de la comunidad a la cual se le sirve.

Para el reconocimiento de la causal es preciso el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Debe tratarse de por lo menos dos deberes constitucionales o legales que tengan relación con la función o el servicio que se presta.

2. Uno de los deberes debe cumplirse en detrimento del cumplimiento del otro, por ser de mayor jerarquía que el incumplido.

3. El deber cumplido lo debe ser de forma estricta.

4. El compromiso del cumplimiento de los deberes debe estar en cabeza del mismo servidor público y ellos deben cumplirse en un mismo tiempo y lugar.

5. Uno de ellos debe imponer un hacer, entre deberes de omisión no es posible la causal.

6. El agente debe tener conocimiento que actúa para hacer prevalecer el deber de mayor jerarquía.

La Sala Disciplinaria, con ponencia de uno de los autores, dio aplicación a esta causal en materia contractual, asentando:

"El disciplinado al momento de tomar la decisión de efectuar la contratación objeto de imputación tuvo que ponderar deberes cuyo cumplimento le imponía el cargo, de una parte el cumplimiento del requisito legal de contar con el certificado de disponibilidad presupuestal, que como no se podía expedir ante la situación de estar en proceso la implementación del aplicativo de la resolución 36, lo condicionaba a no celebrar el contrato hasta tanto se pudiera contar con dicho documento, que como se advierte a proceso pudo ser expedido hasta el día 14 de enero de 2002, y de otra parte no realizar actos u omisiones que causaran la perturbación injustificada de un servicio esencial, como lo era la atención en el área de psicología que prestaba la doctora Julieta Osorio Morales al personal asignado al Batallón de Artillería N.º 13, y por el contrario desde su órbita funcional defender el

derecho fundamental a la vida y en conexidad a la salud mental y física del personal militar asignado a dicho batallón que como consecuencia de actos de desequilibrio mental se pudieran afectar, derechos que podían ponerse en riesgo si se suspendía el servicio que era atendido por dicha profesional.

La prestación del servicio de psicología en Batallón de Artillería N.º 13 General Fernando Landazábal Reyes para el personal uniformado asignado al mismo, obligación a cargo del Estado, personificaba en el disciplinado dada su condición de ordenador del gasto, no se podía suspender porque constituía poner en riesgo la salud y posiblemente la vida de dicho personal, y por ende desconocer la obligación constitucional de defender y proteger los derechos fundamentales, el cual no podía ceder para el cumplimiento de una formalidad exigida para efectuar la contratación como era el certificado de disponibilidad presupuestal, pero en el presente caso, aunque dicho documento no pudo ser expedido para la fecha de la celebración del contrato por la coyuntura que se presentó en la implementación de la actualización de la versión 2.5 del aplicativo de la Resolución 036, los recursos para efectuar dicha contratación habían sido asignados por la Dirección de Sanidad del Ejército al citado batallón mediante la orden administrativa de partidas de sanidad, situación que brindaba al implicado el conocimiento que el contrato a celebrar tenía el respaldo presupuestal necesario, como se constata con la expedición posterior el 14 de enero de 2002 de dicho documento, y ante la necesidad apremiante de no interrumpir el servicio de psicología, en aras de proteger un derecho fundamental y no incurrir en una conducta que constituyera suspensión o perturbación del servicio esencial a la salud en el área que desempeñaba la profesional, efectuó su contratación (...)[312]

Debe tenerse de presente que en el evento en que se colisione un deber personal con un deber de índole funcional, se impone el segundo sobre el primero, por lo tanto, hay lugar a predicar el ilícito disciplinario. En esa circunstancia corresponderá al juez disciplinario valorar en sede de culpabilidad si al servidor público investigado le era exigible o no comportarse de forma diversa, en la solución de ese interrogante elevará o se abstendrá hacerlo, el juicio de reproche[313].

El doctor Camilo Sampedro Arrubla señala:

"(...) **El estricto cumplimiento de un deber legal:**

La primera impresión que se puede tener de esta causal de justificación es que es tan obvia, que no parecería necesario, ni siquiera incluirla dentro del catálogo positivo de las justificantes. Obvio pues el derecho, y más el disciplinario, no puede prohibir lo mandado (deberes), pues reflejará la posibilidad jurídicamente ilógica de que alguien al mismo tiempo cumpla e incumpla los deberes impuestos.

Sin embargo, consideramos de tal importancia la causal, que podríamos afirmar que ella es el fundamento de todas las justificantes legales o supra legales, o mejor, como algunos afirman al respecto de la misma en el derecho penal, que ella basta en un código para recoger las demás posibles.

312 Rad. 161-2997, 3 de agosto de 2006.

313 Sánchez Herrera, Esiquio y Bermúdez Sánchez, A. Nataly. Artículo denominado Las Causales de Ausencia de Responsabilidad Disciplinaria – Breves Reflexiones, publicado en *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Volumen 3. Obra publicada por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación. Reimpresión Bogotá agosto de 2009, págs. 86 a 88.

Nos parece difícil que el cumplimiento de un deber pueda producir una lesión o puesta en peligro de aquellas que interesan al derecho disciplinario, puesto que el reconocimiento de la causal de justificación, como en todas, presupone la existencia de la tipicidad disciplinaria de la falta, y como mencionamos arriba, no aparece lógico que el legislador incluya dentro de estas, conductas que son permitidas e inclusive impuestas. Por ello creemos que en la mayoría de los casos estaríamos en un evento de atipicidad. Sin embargo, cuando el cumplimiento de un deber genera un resultado jurídico, podemos si hablar de este como causal de justificación de una conducta que genera lesión.

Así el funcionario que detiene legalmente a una persona, si bien lesiona la libertad, lo hace cumpliendo un deber, por lo que su conducta no es que esté justificada, sino que es atípica. Ahora, si la necesidad de la detención impone la fuerza, para utilizar un ejemplo de Quintero Olivares, tenemos que ella está justificada, porque el deber es detener, no violentar.

Las siguientes serían las exigencias para el reconocimiento de la justificante que trabajamos en este aparte:

La presencia del elemento subjetivo es requisito *sine qua non* para que se reconozca la causal. Como lo exponemos reiteradamente, en este evento también se requiere que el agente obre con conocimiento y voluntad frente a los elementos que conforman la causal.

Ahora podría plantearse que la expresión 'estricto', niega la posibilidad de reconocer la causal a quien obra motivado por el cumplimiento de un deber y por el ánimo, por ejemplo, de venganza, porque este último estaría por fuera del 'estricto', sin embargo, consideramos que la expresión, lo que impone es que el funcionario se motive por el cumplimento del deber legal o constitucional, no que la motivación deba ser exclusivamente dicho ánimo de cumplir.

Es preciso aclarar, para evitar equívocos, que, al igual que en todas las causales de justificación, el elemento subjetivo está conformado por el conocimiento que el sujeto tiene de los elementos integrantes de la causal y la voluntad de actuar determinado por tal conocimiento. No es necesario pues que el autor de la conducta típica de falta disciplinaria tenga conciencia de la existencia de la causal de justificación y de sus efectos. En otras palabras, si quien obra motivado por el cumplimiento de un deber, el cual existe en realidad, obra justificadamente con independencia de que conozca que su actuar (lesionar para cumplir el deber) constituye jurídico disciplinariamente, causal excluyente de la antijuridicidad.

El deber, como la denominación de la causal lo impone, tiene que provenir de la ley o la Constitución, siendo inaceptable la procedencia reglamentaria. Así, la existencia legal de éste basta, para que se predique la justificante cuando el servidor lesione o ponga el peligro el bien jurídico, con conocimiento y voluntad de cumplimiento del deber.

Se requiere así mismo, la existencia de un deber especial frente a otro que aparece incumplido. El principio de la ley especial aquí aplicable, en nuestro

concepto plasma la exigencia de que el deber cumplido sea especial frente al deber incumplido, o por lo menos del mismo rango, de manera que el agente no tenga otra alternativa en la dirección de su actuar. Queda en todo caso la posibilidad del cumplimiento de un deber putativo, por lo que se configuraría un error cuando el agente cree erróneamente que el deber que cumple es de mayor o igual valor que el incumplido.

El agente que obra en cumplimiento de un deber, debe tener en el momento de realizar la acción, la denominada relación funcional con el hecho, por lo que se exige, para obrar en cumplimiento del deber, que lo pueda hacer, para lo cual se requiere, entre otras, que opere en el marco temporal del cumplimiento de deberes del funcionario.

La expresión *estricto* que utiliza la norma disciplinaria, además de imponer el elemento subjetivo, nos parece que exige para la concurrencia de la causal de justificación, la proporcionalidad de la acción que ejerce el funcionario. De manera que solamente podrá reconocerse la causal, cuando la lesión que resulta es la mínima necesaria para cumplir el especial. Dejamos a salvo la teoría del exceso y de la imprudencia, para efectos de determinación de una falta o de su gravedad.

Por otro lado, nos parece que lo que entraña la eximente no es la exigencia del cumplimiento de deber lesionar un bien jurídico, sino que el cumplimiento del deber genera indefectiblemente una lesión. Afirmar lo primero es aceptar deberes violatorios de derechos, lo que en nuestro parecer no existen o no pueden existir. Si bien es cierto algunos deberes comportan la lesión naturalística de bienes jurídicos, por ejemplo, una detención legal frente a la libertad, nos parece que el derecho no está autorizando, al normar la detención, la violación del derecho a la libertad, sino que estos son eventos donde el derecho no se entiende jurídicamente afectado, por lo que la conducta no sería ni siquiera típica.

Por último, creemos que no se requiere la intervención de un superior en la realización del deber. Cuando el deber que se cumple es el deber de obediencia, si se está en presencia de una justificante (El cumplimiento de una orden) pero no de la causal que ahora estudiamos, ya que lo que comporta el deber es la función del servidor público y no la relación de mando jurídico.

Es necesario tener en cuenta, que en el evento en que un funcionario se encuentre ante el conflicto de deberes de imposible cumplimiento conjunto, no estamos en presencia de la causal del estricto cumplimiento de un deber, sino que estamos ante un caso de estado de necesidad, que, como lo comentaremos adelante, por no hacer parte de la lista no taxativa del artículo 23 de la ley 200 de 1995[314], no podrá rechazarse su posible existencia.[315]

314 Hoy artículos 31 del Código General Disciplinario (28 del reemplazado Código Disciplinario Único), 22 del Código Disciplinario del Abogado, 18 del Código de Ética y Disciplinario del Congresista, 86 del Código Disciplinario Militar (68 del Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares (que remite al Código Penal Militar y al Código Penal), 52 del Estatuto Disciplinario Policial – que remite al artículo 31 del Código General Disciplinario – (artículo 41 del derogado Régimen Disciplinario para la Policía Nacional).

315 Sampedro Arrubla, Camilo. *Causales de Justificación de la Falta Disciplinaria*. Publicaciones del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, octubre de 1998, págs. 41 a 45.

Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta concretan:

> **"3.2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.**
>
> Esta causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria implica que el cumplimiento de un deber de naturaleza constitucional o legal esté por encima del deber constitucional o legal que se desconoce. Es decir, el cumplimiento de un deber que le es exigido al destinatario de la ley disciplinaria debe prevalecer en importancia y sin exceso, solo en lo estrictamente necesario, con relación al deber que se sacrificó. Si se llegare a demostrar que el deber exigido es de menor importancia que el sacrificado, la autoridad disciplinaria no podrá reconocer esta causal de justificación de que trata el inciso 2º del artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 *y, por ende, la conducta a más de típica será sustancialmente ilícita.*
>
> Por consiguiente, la expresión **estricto** implica que el cumplimiento del deber constitucional o legal que se concreta obliga al sujeto activo del comportamiento disciplinario a actuar de esa manera, siempre ponderando que sea de mayor importancia que el deber que se descarta, es decir, que el deber finalmente sacrificado sea de menor importancia que el deber que se cumple por mandato de la Constitución y la ley y jamás de carácter moral como lo expresó el Consejo de Estado[316] y como lo sostuvo el maestro Alfonso Reyes Echandía con la siguiente reflexión:
>
> "El deber cuyo cumplimiento impide el nacimiento de la antijuridicidad de la conducta ha de ser siempre de carácter jurídico, es decir, impuesto por la ley. Deberes de otra índole, como los morales, religiosos, sociales o familiares, no están comprendidos en esta categoría en cuanto obedecen a concepciones personales sin fuerza vinculante. Dice, con razón a este respecto el profesor Jiménez Huerta que, 'solo el cumplimiento de los deberes jurídicos que la ley impone tiene trascendencia en la vida de relación que el Derecho armoniza; nunca el cumplimiento de obligaciones éticas, morales, religiosas o sociales', es claro que tales deberes pueden ser reconocidos por la ley, pero en ese caso se convierten en obligaciones jurídicas"[317-318].

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

Esta *causal de exclusión de responsabilidad "objetiva"* (o de justificación) contemplada en el numeral 4º del artículo 31 del *Código Disciplinario Único* (numeral 3º del artículo 28 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[319]); artículo 16 de la *Ley 1123 del 22 de*

316 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda, Subsección "A". Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Sentencia del 17 de marzo de 2011. Radicación número: 25000-23-25-000-2005-01043-01 (284-08).

317 Reyes Echandía, Alfonso. "La Antijuridicidad Penal". Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Litografía Editorial Presencia. Bogotá D.E., mayo 2 de 1974, pág. 205).

318 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. Causales de Exclusión de Responsabilidad"- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C., 2023, págs. 39 a 41.

319 Código Disciplinario Único.

enero de 2007[320] (que remite al numeral 4º del artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019); literal b. del artículo 5º de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[321] (que remite al numeral 4 del artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019); numeral 3º del artículo 86 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[322] (68 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003[323] que remite al numeral 4º del Código Penal Militar[324] y Código Penal[325]) y 52 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[326] – que remite al numeral 4º del artículo 31 del Código General Disciplinario[327] (numeral 3º del artículo 41 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006[328]), le permite al *Estado,* a través de sus funcionarios competentes, la posibilidad de *impartir órdenes legítimas con las formalidades legales*.

Definición.

Esta causal consiste en el cumplimiento, por parte del *destinatario de la ley disciplinaria,* de una *decisión legítima,* manifiesta e imperativa que, dentro de una *relación jerárquica de servicio,* con el *cumplimiento de las formalidades legales* y dentro de la *competencia*, se le ha impuesto por parte de su *superior*, en la cual se le exige un *concreto proceder* enmarcado dentro de las órbitas de la *acción* o de la *omisión*.

Elementos.

- *Relación jerárquica de servicio*: Es decir que exista relación de *subordinación* entre quien tiene *mando* y quien *ejecuta* la orden que se le imparta.

- *Orden:* Se trata de una *manifestación de voluntad expresa* (verbal o escrita), *inequívoca, terminante e imperativa,* que emite el *superior* y que la dirige al *subordinado,* con quien tiene *relación jerárquica* de servicio, para que éste ejecute una conducta determinada. La orden se constituye como un *elemento propio* de la causal que se estudia, en el instante en que se estructure jurídicamente como *"una orden"* y no como *"un deseo o una rogativa"* y siempre y cuando tenga una *manifestación externa* que pueda ser debidamente *interpretada* por quien la *obedece* y *ejecuta*.

- *Legitimidad:* Dentro del concepto de *"legitimidad"* se precisa que la *"orden"* a que nos referimos jamás podrá ser *"contraria a derecho"*, es decir *"antijurídica"*, pues una *"orden contraria a derecho"* no podrá tener *efectos* jurídicos de ninguna clase. Es así como la orden de realizar un *peculado,* de *celebrar contratos sin las formalidades legales*, de *prevaricar,* de *revelar los secretos del Estado*, jamás podrá ser *causal de exclusión "objetiva" de responsabilidad disciplinaria* del subordinado que la cumple. Fundamento de la *"legitimidad"* también lo es el que el *servidor público* que *"emite la orden"* debe estar en *ejercicio* de sus *funciones,* toda vez que no podemos considerar como *"legítima"* la orden que demanda el llamado *"funcionario de hecho, o de facto o quien usurpa jurisdicción"*.

320 Código Disciplinario del Abogado.

321 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

322 Código Disciplinario Militar.

323 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

324 Ley 1407 del 17 de agosto de 2010.

325 Ley 599 del 24 de julio de 2000.

326 Estatuto Disciplinario Policial.

327 Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

328 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

Así mismo quien *obedece la orden* debe tener la *competencia para obedecerla*, sin que sea permitido que alguno de los sujetos que integran la relación jerárquica se *extralimiten*.

- *Las formalidades:* Se refiere este elemento, a *los procedimientos y requisitos* de forma que debe contener *"la orden"* producida por el superior a fin que podamos considerarla *obligatoria* para el *subordinado*. Dentro de las *formalidades* se pueden apreciar aquellas que se necesitan en la *formación* de la orden, en la correspondiente *comunicación* al *subordinado* y para su respectiva *ejecución*. Ejemplo de ello lo constituye las *órdenes de allanamiento del domicilio* o la *captura de una persona*, las cuales *siempre* deberán ser emitidas por *escrito*, con la determinación de la *providencia* que las decreta, el período de *ejecución* y la autoridad *administrativa* o *jurisdiccional* que las *ejecuta*.[329]

La doctrina en relación con esta causal. El doctor Alejandro Ordóñez Maldonado precisa:

> "(…) **3. En cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.**
>
> Se trata de una decisión de naturaleza vinculante, legítima e imperativa que ha sido emitida dentro de una relación jerarquizada de servicio, por quien tiene la competencia para ello y con cumplimiento de las formalidades legales. La orden se impone al disciplinado por su superior jerárquico o funcional y su acatamiento comporta el incumplimiento de un deber por cuya inobservancia se emprende la acción disciplinaria.
>
> La prosperidad de esta causal demanda el cumplimiento de los requisitos de la orden:
>
> – Que provenga del superior jerárquico;
>
> – Que sea legítima, es decir, su contenido se apegue materialmente al orden jurídico;
>
> – Que el superior sea competente para emitirla;
>
> – Que el subalterno esté obligado a cumplir la orden;
>
> Que se cumplan los requisitos de forma previstos legalmente.

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

Pero, debe indicarse que, en consideración a la estructura de la falta, cuando la autoridad disciplinara descarta la existencia de responsabilidad por entender que el autor del comportamiento actuó en cumplimiento de una orden vinculante, no debe ocuparse del análisis de culpabilidad de la conducta. No obstante, haberse antes señalado en

329 Mejía Ossman, Jaime Código Disciplinario Único – Parte General -. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, diciembre de 1999, pág., 454 y Mejía Ossman, Jaime – Quiñones Ramos, Silvio Sanmartín. Procedimiento Disciplinario. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, septiembre de 2004, pág. 217.

este documento que la conducta se despliega necesariamente a título de dolo, ello se debe a la necesidad de destacar que el agente del comportamiento típico actúa voluntariamente y con plena conciencia de alejarse del cumplimiento de un deber funcional.

De todas maneras, ha de observarse que esta causal no tiene carácter absoluto. No está llamada a prosperar cuando la orden emitida es manifiestamente contraria a derecho ni cuando el subalterno ha tenido oportunidad deliberante de ponderar su apego al ordenamiento jurídico, lo cual debe analizarse sopesando las circunstancias que rodearon el cumplimiento de la orden acatada y la inobservancia del deber omitido o aplazado. Lo dicho apunta, de paso, a precisar que la exigencia aludida en este punto no se predica de los miembros de la fuerza pública, quienes, por no ser deliberantes, sólo estarán llamados a responder disciplinariamente cuando la orden antepuesta sea manifiestamente contraria a derecho.

Al respecto el artículo 33 de la Ley 836 de 2003[330] dispone:

Ley 836 de 2003.

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

Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de una conducta punible, infracción disciplinaria o fiscal, el subalterno no está obligado a obedecerla[331].

Ligado a lo anterior, es claro también que para que la causal prospere debe existir proporcionalidad entre la orden acatada y el deber funcional sacrificado, pues aun proviniendo de la autoridad competente y con estricto apego a las formalidades legales, no se desvirtúa la existencia de la falta cuando el cumplimiento de la orden apareja un desproporcionado sacrificio de un deber de superior exigibilidad".[332]

El doctor Diego Alberto Zuleta García afirma:

> "(…) **4. En cumplimiento de una orden legítima**
>
> Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
>
> No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.
>
> El fundamento de toda institución militar es el mandar y el obedecer,[333] en tanto garantizan la eficiencia de la organización. *'El que obedece nunca se equivoca'* señala el colimodio militar a partir de una consigna del *Opus Dei*,

330 Del 16 de julio.

331 Hoy se regula en el artículo 10 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar).

332 Ordóñez Maldonado, Alejandro. Justicia Disciplinaria – De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud – Ediciones Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, noviembre de 2009, págs. 48 a 50.

333 Obedecer es un término que aparece en castellano a principios del siglo XIII y que procede del latín "ob-oedire" = *dar oídos, escuchar a.* **oír** a su vez, "ob-oedire" es un término compuesto que proviene del prefijo "ob" = "ante" y el verbo "audire" = "oír". El término "obediencia" es un derivado de "obedecer" y está documentado en castellano hacia 1220-50.

> como parangón al verso figurativo de obediencia ciega, que es la que se presta sin examinar los motivos o razones del que manda, en contraposición con la obediencia debida que es la que se rinde al superior jerárquico y es circunstancia eximente de responsabilidad, como procedemos a analizar.
>
> El mando se ejerce por órdenes, las cuales se encuentran reguladas por los artículos 30, 31, 32 y 33 de la Ley 836 de 2003, así:
>
> 'Artículo 30. Atribución de mando. Todo aquel a quien se atribuye una función de mando es competente para expedir órdenes. Los límites de esta competencia se señalan en los reglamentos del servicio.
>
> Artículo 31. Requisitos de la orden. Toda orden militar debe ser legítima, lógica, oportuna, clara, precisa y concisa.
>
> Artículo 32. Oportunidad de la orden. Las órdenes deben cumplirse en el tiempo y del modo indicado por el superior. Cuando al ejecutar la orden aparecieren circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito que modificaren el tiempo o el modo previstos para su ejecución, su cumplimiento puede ser dilatado o modificado siempre que no pudiere consultarse al superior, a quien se comunicará la decisión tomada tan pronto como fuere posible.
>
> Artículo 33. Responsabilidad de la orden. La responsabilidad de toda orden militar recae en quien la emite y no en quien la ejecuta.
>
> Cuando el subalterno que la recibe advierta que de su ejecución puede derivarse manifiestamente la comisión de una conducta punible, infracción disciplinaria o fiscal, el subalterno no está obligado a obedecerla.'
>
> Ahora bien, conforme lo dispone el Régimen Disciplinario Castrense, el ejercicio del mando y de las órdenes o relacionadas con estas, comportan por ejemplo faltas disciplinarias como el abandonar o resignar el mando en otra persona sin motivo justificado, durante operaciones de combate (art. 58 numeral 13 del Reglamento); ordenar requisiciones sin justa causa (art. 59 numeral 12 del Reglamento); no conceder el conducto regular a los subalternos (art. 60 numeral 11).
>
> El otro atributo de la disciplina, descansa sobre el deber de obediencia que el subordinado tiene frente a la orden del superior, por lo que no hacerlo constituye falta disciplinaria según lo prescribe el artículo 59 numeral 16 del Reglamento. De allí el refrán popular de que *'Las órdenes se cumplen o la milicia se acaba'*.

Pero tal refrán en torno a las órdenes, tiene sus límites cuando las órdenes vulneren derechos de otras personas, pues en este caso, la responsabilidad recae únicamente en el superior que da la orden conforme lo dispone el artículo 91 constitucional, que señala:

> 'En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

> Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden'.

En este artículo no solo se le reconoce al militar la posibilidad de desobedecer una orden, sino que se le impone este deber en esos casos, asignándole una responsabilidad directa en su acción u omisión, obligando así a actuar al que la recibe de forma consciente y racional.

Este derecho a desobedecer tiene su fundamento en el derecho Natural o de Gentes y ha sido abordado por la Corte Constitucional en varias sentencias,[334] dentro de las cuales, por considerarlo de gran importancia para nuestro estudio, extraemos los siguientes apartes:

> 'DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO-Validez en el orden interno/ BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.
>
> A la luz de las normas constitucionales que le otorgan plena validez en el orden interno a las normas de derecho internacional humanitario, la Corte estableció que las reglas y principios que conforman dicho derecho tienen valor constitucional y, por consiguiente, junto a las normas de la Constitución que consagran los derechos humanos, constituyen un único bloque de constitucionalidad'.
>
> 'BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD
>
> Es importante precisar que siempre que se habla de bloque de constitucionalidad, se hace porque en la Constitución una norma suya así lo ordena y exige su integración, de suerte que la violación de cualquier norma que lo conforma se resuelve en últimas en una violación del Estatuto Superior'.
>
> 'OBEDIENCIA DEBIDA
>
> La doctrina de la Corte Constitucional, desde un principio, ha considerado indispensable que dentro de las fuerzas militares reine un criterio de estricta jerarquía y disciplina, pero ha rechazado como inconstitucional la concepción absoluta y ciega de la obediencia castrense. El principio no absoluto de obediencia debida que prohíja la Corte, no solamente corresponde a la noción aceptada por la conciencia jurídica universal como fruto de la evolución histórica y filosófica de tal concepto, sino que también coincide con el alcance que la doctrina del derecho penal le concede'
>
> ORDEN DEL SERVICIO
>
> La orden del servicio es la que objetivamente se endereza a ejecutar los fines para los cuales está creada la institución. Una orden que de manera ostensible atente contra dichos fines o contra los intereses superiores de la sociedad, no puede reclamar válidamente obediencia. La orden de agredir sexualmente a una persona o de infligirle torturas, bajo ninguna circunstancia puede merecer el calificativo de orden del servicio.

334 Corte Constitucional. Sentencias T-402 del 3 de junio de 1992 y T-363 del 14 de agosto de 1995. M.P. José Gregorio Hernández.

DEBER DE OBEDIENCIA

Pueden identificarse en el derecho y la doctrina comparadas, elementos comunes a los distintos regímenes jurídicos en la materia. La obediencia ciega, como causal de exoneración, no se admite cuando el contenido de la orden es manifiestamente delictivo y notorio para el agente que la ejecuta. La legislación y la jurisprudencia comparada, por lo general, admiten el deber de obediencia cuando el subordinado se encuentra simplemente ante la duda sobre la licitud del contenido de la orden.

DERECHOS FUNDAMENTALES-No son absolutos

Los derechos fundamentales, no obstante, su consagración constitucional y su importancia, no son absolutos y, por tanto, necesariamente deben armonizarse entre sí y con los demás bienes y valores protegidos por la Carta, pues, de lo contrario, ausente esa indispensable relativización, la convivencia social y la vida institucional no serían posibles. Con mayor razón, la eximente de responsabilidad del militar subalterno, que tiene un sentido puramente orgánico y funcional, debe ser relativizada, de suerte que se garantice su campo de acción racional y razonable, donde pueda desempeñar el cometido que la inspira, pero sin poner en peligro la vigencia de la Constitución. De lo contrario, lo que es un simple medio para asegurar la eficacia de las fuerzas militares y la disciplina, se convierte en un fin en sí mismo, dislocado completamente de su objetivo constitucional.

OBEDIENCIA DEBIDA-Límites/SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD CONDICIONADA

La obediencia ciega, así como la correlativa irresponsabilidad absoluta del militar subalterno, repudian a la Constitución. De otro lado, la norma citada abarca la exención de responsabilidad por todo concepto, lo que cobijaría las violaciones a la ley penal. Las razones expuestas, le sustraen sustento constitucional a una incondicional exoneración de responsabilidad legal que no tome en consideración, en este caso, el dolo del subalterno que, como servidor público, está vinculado al deber superior de respetar la ley y proteger efectivamente los derechos de las personas. También en el campo legal, la completa e incondicional inmunidad del militar subalterno, lo convertiría en el mayor peligro existente en la vida social.

RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL MILITAR

La exoneración absoluta de responsabilidad del militar que conscientemente ejecuta órdenes superiores que signifiquen la vulneración de sus reglas y principios no es de recibo y, por el contrario, compromete su responsabilidad individual, máxime si sus actos se apartan de las reglas indiscutibles de las confrontaciones armadas y ofenden el sentimiento general de la humanidad. La obediencia ciega del militar subalterno, lo mismo que su correlativa irresponsabilidad absoluta, son rechazadas por el derecho internacional humanitario, pues de permitirse éste carecería de sentido.

DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO/IUS COGENS

El derecho internacional humanitario ni se agota ni depende de que los tratados acojan sus reglas y principios, pues, al hacerlo simplemente adquieren tales instrumentos valor declarativo y no constitutivo".[335]

Como nota predominante de lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia en cita, exaltamos que su estudio se efectuó a partir del concepto de libertad de conciencia[336] dentro del ámbito militar, por lo que su interpretación debe ajustarse de acuerdo con los principios del derecho internacional humanitario, en tanto, los protocolos I y II, adicionales a los Convenios de Ginebra de agosto 12 de 1949, no consagran a favor de los militares, superiores o inferiores, que violen sus normas la eximente de la obediencia debida."[337]

El doctor Carlos Mario Isaza Serrano concreta:

"(…) **3. Cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.**

De conformidad con esta causal, no actúa antijurídicamente quien, en cumplimiento de orden emitida por su superior jerárquico dentro de una relación propia del derecho público, realice una conducta tipificada en la ley, siempre y cuando –lo mismo que la autoridad respectiva- tenga competencia para actuar y el mandato impartido se ajuste a las previsiones legales establecidas en cada caso concreto. La existencia de esta excluyente de la antijuridicidad es apenas comprensible, pues no tendría sentido que el orden jurídico propio de un Estado social y democrático de derecho no amparase a quien, cobijado por una investidura pública —aunque excepcionalmente puede ser un particular, como luego se explicará (la llamada *obediencia política*)—, cumpliera con los mandatos legales. Lo cual, en sí mismo, demuestra que esta justificante es una modalidad del estricto cumplimiento de un deber legal[338].

La orden debe ser legítima. Aun cuando se emita con las formalidades legales, si tiene contenido antijurídico jamás podrá justificar un hecho, pese a que se invoque el principio constitucional de que trata el artículo 9º, pues de él no se desprende un obedecimiento ciego, sino un cumplimiento dentro de los límites racionales y coherentes que demanda un Estado de derecho y apreciando las circunstancias concretas que rodean el hecho en el momento de su ejecución[339].

La obediencia justificativa exige los siguientes requisitos:

335 Corte Constitucional. Sentencia 578 del 4 de diciembre de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

336 Valga precisar que la garantía constitucional consagrada en el artículo 18 superior, no tiene un fundamento religioso como lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

337 Zuleta García, Diego Alberto. *Introducción al Régimen Disciplinario Castrense*. Ed. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2013, págs. 192 a 198.

338 Velásquez Velásquez, Fernando. *Derecho Pena*l. Parte General. Santa Fe de Bogotá. Ed. Temis, 1994.

339 C.S. de J., Sentencia 13 de junio de 1995. M.P. Carlos Mejía Escobar.

> '1. Una relación oficial de subordinación, pues nadie puede alegar obediencia si no está obligado a cumplir lo que se le manda;
>
> '2. Que la orden emane de autoridad superior y esté dada dentro de los límites ordinarios de su competencia en relación con el subordinado;
>
> 3. 'Que la orden sea expedida en las formas en que el subordinado esté obligado a recibirla, ya sea por escrito u observando determinados requisitos que el procedimiento establezca, y
>
> 4. Que la orden no contravenga el ordenamiento jurídico o atente contra los derechos humanos'[340].
>
> 'Si la orden es ilegítima y el subordinado cree que ella es legítima, se estará dentro del campo del error de prohibición, en el cual se seguirán las reglas propias, esto es, si es evitable o inevitable; la duda exige la abstención [...] Otro supuesto se da cuando el sujeto, si bien reconozca la ilegitimidad de la orden no pueda dejar de cumplirla por coacción, con lo cual se estará ante una causa de inexigibilidad del deber funcional y por ende, de exclusión de responsabilidad[341-342].

El tratadista Arturo Ronderos Salgado[343] al respecto dice:

> "(...) *c. En cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.*
>
> Existen tres elementos para que opere esta causal a saber:
>
> 1. Que sea una orden y no una sugerencia o solicitud, que sea emitida por quien tiene el poder de dirección o de mando a quien se encuentra subordinado.
>
> 2. Que sea legítima, es decir que su contenido sea lícito, que no se trate por ejemplo de la comisión de una falta disciplinaria o conducta punible.
>
> 3. Que la orden se emita con las formalidades legales, o sea, que reúna los requisitos legales que se exigen para su validez.
>
> Ejemplo:
>
> El caso del servidor público que incumpla el deber de "dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de sus funciones encomendadas, salvo las excepciones legales" (artículo 34-10 de la Ley 734 de 2002) para atender una citación de una autoridad judicial y no obtuvo oportunamente el permiso de su superior.

Los doctores Esiquio Manuel Sánchez Herrera y A. Nataly Bermúdez Sánchez expresan:

---

340 C.S. de J., Sentencia 17 de marzo de 1961, G:J, t. XCV, pág. 202.

341 Donna, ob. cit., pág. 173.

342 Isaza Serrano, Carlos Mario. *Teoría General del Derecho Disciplinario*- Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales –. 2ª ed. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2009, págs. 200 y 201.

343 Actual Asesor y catedrático del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación.

"(…) **3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.**

El numeral tercero del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 consagró como una causal de exclusión de responsabilidad el cumplimiento de una orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

La existencia de esta causal de ausencia de responsabilidad, tanto en el derecho penal como en el derecho disciplinario, se encuentra fundamentada en la estructura jerárquica que compone al Estado. En este sentido, se entenderá que no existe responsabilidad disciplinaria en aquellos eventos en que el sujeto realiza una conducta dando cumplimiento a una orden emitida por el superior jerárquico, dada en el marco propio de la relación funcional y de la relación especial de sujeción, esto es, dentro de una relación propia de derecho público. Es así como la configuración de esta causal se fundamenta en la existencia de una relación tripartita, que implica al superior jerárquico que tiene la competencia para emitir una orden y que la imparte a un subordinado, quien al darle cumplimiento limita o afecta los derechos de un tercero.

Los requisitos o elementos constitutivos que deben presentarse para que se configure esta causal son[344]:

a. Existencia de una relación funcional de subordinación entre quien obedece la orden y quien la imparte, esto es, su superior jerárquico.

b. Existencia de una orden, esto es, un mandato imperativo dado por el superior al subordinado jerárquico en el que se determina la realización de un comportamiento o alguna omisión; en ese sentido, no basta con el simple deseo o ruego expresado por el superior, debe tratarse de una manifestación expresa, inequívoca y determinante de la voluntad.

c. La orden debe ser legítima, esto es, conforme a derecho, sustentada en la legalidad, debe tener un contenido lícito. Frente a este aspecto se ha discutido sobre qué sucede cuando la orden es ilegítima, caso en el cual el derecho disciplinario, al igual que en el derecho penal, el legislador ha entendido que solo la orden legítima justifica el actuar del sujeto, de suerte que si la orden es ilegítima no puede entrar a operar la causal, sin que ello excluya la posibilidad de que se invoque otra causal de ausencia de la responsabilidad como podría ser la inexigibilidad de otra conducta que excluye ya no la tipicidad sino la culpabilidad. Asimismo, la orden debe cumplir con todas las formalidades legales para su conformación, es decir, que la orden debe ser formal y materialmente legítima.

d. El superior jerárquico debe ser competente para ordenar y el inferior debe tener igualmente competencia para cumplir la orden, es así como en el marco del derecho disciplinario e servidor público que emite la orden debe contar con la facultad funcional para proferirla, esto es, no puede actuar extralimitándose en sus funciones o usurpando las asignadas a otro servidor.

344 Velásquez, Fernando. "Manual de Derecho Penal –Parte General-" Ed. Temis. Bogotá 2002. Pág. 351.

> Por su parte, el subordinado también debe estar autorizado a dar cumplimiento a la orden por encontrarse dentro del límite propio de sus funciones.
>
> e. El subordinado debe actuar con la finalidad de cumplir el mandato recibido, se trata de un requisito de índole subjetiva que se le exige al inferior, quien realiza la conducta a sabiendas y con la voluntad de dar cumplimiento a la orden y no atendiendo a otras finalidades ajenas al cumplimiento de sus funciones.
>
> Así, por ejemplo, puede actuar bajo el amparo de esta causal de ausencia del ilícito disciplinario quien por orden del superior jerárquico evacua inmediatamente un asunto que ingresó recientemente al despacho omitiendo resolver los asuntos en el orden en que ingresan, tal y como lo ordena el numeral 12 del artículo 15 de la Ley 734 de 2002.
>
> Las causales descritas anteriormente consagradas en los numerales 2 y 3 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, esto es, el cumplimiento de un deber así como el cumplimento de la orden, se reúnen dentro del concepto del *'ejercicio de deberes'*, parten de supuestos similares. En efecto: la causal analizada en el presente acápite es una manifestación del cumplimiento de un deber legal o jurídico, *'una especie concretada y especificada'*[345] a la que le es aplicable el mismo tratamiento, aunque cuentan con algunas diferencias.
>
> En efecto, en el cumplimiento de un deber hay una relación directa entre la ley y el funcionario que realiza la conducta, mientras que en el cumplimiento de una orden legítima la voluntad del superior se intercala entre el ordenamiento jurídico y el subordinado. En el cumplimiento del deber la iniciativa para actuar la tiene el sujeto disciplinable; por su parte, en el cumplimiento de una orden legítima el subalterno no puede actuar por sí mismo sino que depende de la iniciativa de su superior jerárquico[346].

El doctor Camilo Sampedro Arrubla señala:

> "(…) **La orden.**
>
> No creemos que el cumplimiento de una orden comporte una causal de justificación sino una de inculpabilidad por imposibilidad de reproche. La razón es sencilla: aceptar la orden como justificante implica colocar el poder que otorga la superioridad jerárquica sobre la propia administración pública, bien jurídico que en el ámbito del derecho disciplinario no puede estar por debajo de las relaciones intersubjetivas de los funcionarios.

345 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal. Segunda Parte. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Pág. 165.

346 Sánchez Herrera, Esiquio y Bermúdez Sánchez, A. Nataly. Artículo denominado Las Causales de Ausencia de Responsabilidad Disciplinaria – Breves Reflexiones, publicado en Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen 3. Obra publicada por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación. Reimpresión Bogotá agosto de 2009, págs. 88 a 90.

Sin embargo el Código Disciplinario Único, impone que la estudiemos en este trabajo, pues la incluyó, al parecer, en procura de la necesaria subordinación en garantía de la administración pública[347].

En primer lugar debemos atender el hecho de que el reconocimiento de la causal como excluyente de antijuridicidad, exige la realización de una conducta típica, pues de lo contrario no habría necesidad de recurrir a aquella. Es por ello que dudamos sobre la efectiva existencia del cumplimiento de una orden como causal de justificación, en la medida que no hay órdenes antijurídicas, pues ellas requieren ser legítimas (la expresión orden legítima entonces es tautológica). De esta manera, quien cumple una orden cuyo contenido está acorde al derecho (de lo contrario no sería orden), no realiza acción típica. Si la orden es ilegítima, que por serlo no es orden sino mandato ilegal, no obra amparado en la justificante porque falta la legitimidad para reconocer la eximente. Si quien obedece cree la orden legítima cuando no lo es, se justifica la conducta por error, pero no por el cumplimiento de una orden.

Es que es necesario recordar que la orden, para serlo, debe ser legítima, lógica, clara y precisa, de manera que si falta alguna de estas características el mandato no pasará de serlo, y nunca llegará a ser orden. Como uno de los requisitos objetivos para el reconocimiento de la causal es que medie una orden y ésta tiene que gozar de dichas características, el cumplimento del mandato desprovisto de las mismas, no excluye la responsabilidad penal, salvo, como decíamos, por error.

Sobra recordar que el mandato del superior no exime de responsabilidad al inferior, cuando aquel se traduce en una transgresión manifiesta a la Constitución, conforme al artículo 91 de la Carta Política. Norma que además, corrobora el hecho de entender que el mandato antijurídico nunca puede ser una orden o al revés, la orden nunca será antijurídica.

Vale la pena preguntarnos si en Colombia se obliga al cumplimiento de órdenes que siendo antijurídicas no lo son manifiestamente y si ello es así ¿quién determina los límites del 'manifiestamente'?

El artículo 91, nos dice, en primer lugar que no se está obligado a cumplir órdenes manifiestamente inconstitucionales.

Ahora para determinar el alcance del manifiestamente la doctrina ha esbozado la teoría de la competencia concreta y abstracta[348], según la cual solo debe cumplirse la orden antijurídica de manera no ostensible, cuando lo ordenado, sea una acción de aquellas que se encuentran dentro de las funciones de quien ordena. Así por ejemplo la orden antijurídica contenida en una sentencia judicial es de obligatorio cumplimiento.

Nos paree que la expresión 'manifiestamente' no hace referencia a la apreciación que tiene quien aparece obligado a obedecer la orden sino a lo que

347 En contra Queralt i Jiménez, Joan Josep. "La Obediencia Debida en el Código Penal". Librería Bosch. Barcelona, 1986.

348 Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte Genera*l. Editorial PPU. Barcelona, 1990.

> efectivamente comporta la orden. Esta apariencia hace que quien cumple la orden, se mida conforme al 'hombre tipo' que con sus conocimientos y de acuerdo a las circunstancias, pueda valorar en el momento de realizar el cumplimiento, si la orden es legítima o no, por lo que si su percepción, la del funcionario medio, es que la orden no es legítima bajo ningún supuesto, y sin poder establecer el autor grados de legitimidad o legalidad, no podrá nunca aceptarse la causal de justificación de la orden de legítima autoridad, pues ella no es orden. Quedan a salvo, obviamente, los eventos en que pueda incurrirse en error sobre la legitimidad de la causal.
>
> Ahora bien, el hecho de valorar de esta manera el 'manifiestamente' conforme a las circunstancias personales y a las del hecho, en la práctica puede traer el problema del incumplimiento de órdenes sobre las cuales un hombre medio dudaría de la juridicidad de lo ordenado, poniendo en peligro así la efectividad de la función del Estado. Nos parece que la duda debe resolverla el subordinado con la presunción de legalidad de la orden por el origen de la misma, de manera que debe cumplirla y si llega a ser ilegal o antijurídica, puede ampararse en un error. Ahora bien, si la orden es jurídica o ajustada a derecho, pero el inferior no la cumple por dudar, como lo haría el 'hombre tipo', su incumplimiento podría, de la misma manera ampararse en un error.
>
> Ante lo anterior se nos podría contra argumentar que entonces el subordinado siempre tendría elementos para, ante la duda, incumplir la orden con tranquilidad, poniendo en riesgo la administración pública, pues siempre podría no cumplirla ya que si su duda acierta sobre la ilegalidad, su incumplimiento llevaría siempre el reconocimiento de la justificante, y si no acierta, llevaría al reconocimiento del error. Desafortunadamente tenemos que contestar que si. Por ello es precisamente, que dentro de los requisitos formales de la orden, se exige que esta sea clara y precisa, para que no le dé opción de duda al inferior que está llamado a obedecer, de manera que si objetivamente la orden no genera duda, el inferior no podrá alegar la justificante.
>
> Además del elemento subjetivo, son requisitos para reconocer la concurrencia de la causal, la competencia de quien orden y la formalidad exigida legalmente para la orden.[349]

Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta afirman:

> "**3.3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.**
>
> Esta causal de exclusión de responsabilidad tiene como exigencias imperativas: que se cumpla una orden; esta debe ser legítima e impartida dentro de la relación jerárquica que establezca el servicio; que la orden se emita en cumplimiento de las formalidades y competencias que demanda la ley.
>
> Es decir, para el cumplimiento de la orden debe existir una relación de subordinación entre quien tiene la jerarquía, mando o competencia para emitirla y quien tiene el deber de cumplir la manifestación expresa del su-

349 Sampedro Arrubla, Camilo. *Causales de Justificación de la Falta Disciplinaria*. Publicaciones del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, octubre de 1998, págs. 45 a 49.

perior. Orden que por supuesto puede ser verbal o escrita y que debe ser absolutamente clara e inequívoca. No se trata de deseos o rogativas del superior. Igualmente, la orden no puede ir en contra de la Constitución Política o de la ley y esta debe estar acorde a las formalidades reguladas para que se constituya como obligatoria para quien la reciba.

Es, en síntesis, el desarrollo de un comportamiento consciente de que se incumple un deber que es exigible, el cual se logra con la finalidad de darle cumplimiento a la orden, que en todo caso debe ser legítima, por parte de la autoridad competente que la suministra, y en estricto cumplimiento de las formalidades que enuncia la ley. El incumplimiento del deber que se ignora o incumple con ocasión a la orden legítima también es cuestionable disciplinariamente cuando la orden no guarda proporción con el deber que se omite, ya que, en todo caso, el deber incumplido tiene que ser de menor significado y relevancia que la orden dada.[350]

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

Esta *causal de exclusión de responsabilidad* contemplada en el numeral 3º del artículo 31 del *Código Disciplinario Único* (numeral 2º del artículo 28 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[351]); numeral 2º del artículo 22 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[352]; literal b. del artículo 18 de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[353]; numeral 2º del artículo 86 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[354] (68 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003[355] que remite al numeral 3º del Código Penal Militar[356] y Código Penal[357]) y 52 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[358] – que remite al numeral 3º del artículo 31 del Código General Disciplinario[359] (numeral 2º del artículo 41 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006[360]), le permite al *Estado* la posibilidad de *ordenar* comportamientos en estricto cumplimiento de deberes legales y constitucionales que sean de mayor importancia que el sacrificado, lo cual, a su vez, no lo autoriza, de manera simultánea, sancionarlos cuando se desarrollen precisamente en cumplimiento de esa imposición.

350 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. Causales de Exclusión de Responsabilidad"- *Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-*, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C., 2023, págs. 51 y 52.

351 Código Disciplinario Único.

352 Código Disciplinario del Abogado.

353 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

354 Código Disciplinario Militar.

355 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

356 Ley 1407 del 17 de agosto de 2010.

357 Ley 599 del 24 de julio de 2000.

358 Estatuto Disciplinario Policial.

359 Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

360 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

a. Que exista la inequívoca necesidad de defender un derecho propio o ajeno. Al *sujeto activo* no le queda otro camino que *lesionar* el *interés jurídicamente tutelado* de un *inocente* para poder *salvar* su propio interés. El *sujeto activo* necesita proceder de esa manera y no tiene la *posibilidad* de actuar de manera distinta. Es el caso del *servidor público* que para *evitar* que se *quemen documentos valiosos* del archivo de la entidad a la cual presta sus servicios, *destruye* las oficinas que preceden a ese lugar para evitar que el *incendio* llegue hasta allí.

b. Que se esté en presencia de un peligro actual o inminente e inevitable. En estas hipótesis el *peligro es actual* cuando el acaecimiento comenzó a evidenciarse y sus efectos siguen lesionando el interés jurídicamente tutelado de la persona. Es *inminente* cuando el peligro *amenaza* el interés jurídicamente tutelado de una *persona* y que de un momento a otro puede desencadenarse. Finalmente es *inevitable* cuando no se puede *evitar, superar* o *contrarrestar,* es decir, cuando el *único recurso existente para contrarrestarlo es enfrentándose contra él* y de esa manera *lesionar* los intereses jurídicamente tutelados de un *inocente.* En el ejemplo del *incendio* que se inicia en una oficina pública, nos demuestra el *peligro actual* para los servidores públicos que allí se encuentran. Cuando los servidores públicos salen corriendo desesperadamente para lograr salir de la edificación que se está incendiando, están en *peligro inminente* de morir incinerados. Cuando el servidor público tiene que destruir oficinas intermedias para evitar que el incendio llegue al lugar donde se archivan documentos valiosos de la entidad, actúa así porque el *peligro es inevitable*, toda vez que para él es el último recurso que evita un *mayor daño* a los bienes del *Estado*.

c. Que el sujeto activo no haya generado el peligro en forma dolosa o culposa. Es decir que el *peligro* generado de manera *intencional o imprudente* no sea de la *autoría* de quien actúa para contrarrestarlo. Es el caso de quien prende fuego a las oficinas del *Estado* y luego destruye otras intermedias para que el fuego no alcance los archivos de la entidad donde se almacenan documentos valiosos o el caso de quien no desconecta los equipos eléctricos de una oficina pública y por acción del calentamiento de cables se genera un incendio y luego destruye cosas muebles para evitar su propagación.

d. Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro generado. En este evento, el sujeto agente no puede eludir los peligros cuando la función pública se los asigna. Es el caso del *agente de policía* que le corresponde *capturar* a los ladrones sorprendidos en *flagrancia,* donde tiene que afrontar el peligro como un *deber jurídico,* lo cual lo condiciona a que no *podrá evitar la captura* del delincuente so pretexto de que es muy *peligroso*.[361]

La doctrina con relación a esta causal. El doctor Alejandro Ordóñez Maldonado precisa:

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

361 Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único* – Parte General -. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, diciembre de 1999, págs. 455 a 456 y Mejía Ossman, Jaime – Quiñones Ramos, Silvio Sanmartín. Procedimiento Disciplinario. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, septiembre de 2004, págs. 217 y 218.

La eximente contemplada en este numeral descarta la deducción de responsabilidad disciplinara cuando el servidor se aparta de sus deberes funcionales, en tanto que resultan incompatibles con el ejercicio de un derecho, propio o ajeno, cuya afirmación no deja al agente estatal opción distinta a la de incumplirlos. Se trata de la denominada 'colisión entre un derecho y un deber funcional' que, pese a ser exigible, resulta omitido, relegado o aplazado como consecuencia de su naturaleza excluyente del derecho antepuesto[362].

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

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

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

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

4.2. Consagración constitucional de la objeción de conciencia

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

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

4.2.1. Libertad de conciencia

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

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

Debe resaltarse, desde ahora, que la garantía constitucional consagrada por la norma comentada no tiene una etiqueta religiosa como lo sostuvo la Corte Constitucional[363]. De hecho, cuando la norma establece que nadie será molestado por razón de sus convicciones o creencias, no rotula ni circunscribe tales convicciones o creencias al ámbito religioso. Y no puede ser así, pues carecería de sentido el garantizar en una norma la libertad de conciencia, dotándola de contenido estrictamente religioso, para que en la disposición siguiente, se reitere la misma libertad.

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

4.2.2. Libertad religiosa

Esta libertad está consagrada por el artículo 19 de la Carta Fundamental y garantiza no sólo el derecho a profesar libremente el culto religioso que se quiera, sino que se refuerza con el derecho a difundir la fe confesional en forma individual o colectiva. Esta libertad debe armonizarse con la garantía de libre desarrollo de la personalidad[364], pues encuentra como límites el respeto del derecho ajeno y del orden jurídico.

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

4.2.3. Libertad de pensamiento

Según el artículo 20 de la Constitución Política, se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

363 Ver Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006. M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

364 C.P., artículo 16.

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

La objeción de conciencia constituye una manifestación de la libertad de conciencia, la cual admite otras expresiones como el derecho a formar la propia conciencia[365]; el derecho de actuar conforme a la propia conciencia; el derecho a no ser molestado por razón de las propias convicciones y el derecho a no revelar las propias creencias. Dicho de otra manera, la objeción de conciencia como derecho, constituye una especie dentro de un género llamado libertad de conciencia.

La objeción de conciencia ha tenido aplicación en temáticas tales como servicio militar[366], aborto[367], educación, tratamientos o servicios médicos, e incluso, el legislador, con algunas variaciones prevé su aplicación en la ley de bancadas.

4.3. Concepto de objeción de conciencia

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

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

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

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

366 Recientemente en la Sentencia C-728 del 14 de octubre de 2009. M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

367 Así lo previó la sala plena de la Corte Constitucional, en Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, al disponer que la objeción de conciencia es un derecho del que gozan todas las personas naturales sin distinción alguna. No obstante, posteriormente la misma Corporación, en sala de revisión, con el ánimo de precisar los contenidos de dicha sentencia de constitucionalidad, consideró que la objeción de conciencia es un derecho que sólo se garantiza en el campo privado, excluyendo a quienes ostenten la calidad de autoridad pública. Sentencia T-388 del 28 de mayo de 2009. M.P. Humberto Sierra Porto.

máxima seriedad en la lucha por el conocimiento de lo moralmente correcto'.[368]

Desde el punto de partida planteado por Welzel, la tratadista española Leticia Jericó Ojer, agrega que 'no es que la exigencia de la conciencia deje el camino libre para optar por realizar o abstenerse de un determinado comportamiento, sino que obliga al sujeto afectado a realizar el hecho que considera correcto. De ahí que el autor constate la relevancia y trascendencia de la relación entre el ordenamiento jurídico y la conciencia, y que la consideración de que el ser humano no puede renunciar a lo exigido por su concien cia no dispensa de la obligación que cada uno tiene de protección del orden objetivo que puede ser lesionado'.

La objeción de conciencia puede entenderse entonces como un derecho que faculta al individuo a apartarse de un mandato contenido en el orden positivo, basado en una convicción de orden religioso, ético, moral, humanitario, filosófico u otras de la misma naturaleza[369]. Es pues, la incompatibilidad entre el deber exigido jurídicamente y las convicciones del ciudadano-funcionario y no la naturaleza de dichas convicciones, lo que justifica la exención de cumplir con aquélla.

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

En nuestro medio, la objeción de conciencia no ha tenido un copioso desarrollo normativo ni jurisprudencial. La Ley 23 de 1981[370], referida al ejercicio de la medicina y por la que se creó el Tribunal Nacional de Ética Médica, autoriza al médico, en algunos casos, a rehusar la prestación de servicios que sean contrarios a la moral; pero la norma resulta ciertamente 'corta' en punto a fundar en ella la objeción de conciencia.

La Ley 911 de 2004[371], referida a la responsabilidad deontológica de la enfermería, dispone que en los casos en que la ley o las instituciones permitan procedimientos que vayan contra la vida o la dignidad de los derechos humanos, se podrá hacer uso de la objeción de conciencia.

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

368 Welzel, Abhandlungen, 1975, pág. 309, citado por Jericó Ojer, Leticia. "El Conflicto de la Conciencia ante el Derecho Penal".

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

370 Del 18 de febrero.

371 Del 5 de octubre.

En el campo jurisprudencial, la Corte Constitucional, en Sentencia C-355 del 10 de mayo de 2006, planteó algunos criterios en materia de objeción de conciencia ante el aborto. Su contenido, curiosamente, dio lugar a la expedición del Decreto 4444 de 2006[372], que en última instancia *reglamentó* la sentencia. Dicho decreto, a su vez, sirvió de base normativa a la Sentencia T-988 de 2007[373], en la que se recoge la regulación de dicho decreto.

También puede consultarse la Sentencia T-209 del 2008[374], en la que la Corte se pronunció sobre la solicitud de interrupción del embarazo elevada por una menor de edad, que había sido víctima de acceso carnal violento. En ella fijó dieciséis (16) reglas para anteponer válidamente la objeción de conciencia, en ese contexto.

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

4.4. Requisitos de la objeción de conciencia en materia disciplinaria

Para efectos de la responsabilidad disciplinaria, la objeción de conciencia es una causal de ausencia de responsabilidad[375]. No obstante, el funcionario disciplinario deberá tener en cuenta lo siguiente para su reconocimiento:

1. La objeción de conciencia sólo procede cuando el agente del Estado no cuenta, o ha agotado sin éxito, los recursos legales consagrados para proteger su conciencia, es decir, tiene carácter residual.

2. Teniendo en cuenta que el artículo 18 constitucional dispone que nadie será obligado a **actuar** contra su conciencia, la objeción de conciencia, de ordinario, cabe en faltas de omisión: *el agente del comportamiento objeta por razones de conciencia el cumplimiento de un deber funcional.*

3. Al esgrimirse la objeción de conciencia, con anterioridad al incumplimiento del deber exigible, se debe expresar claramente las razones por las que se abstiene de cumplir con el mismo.

4. La objeción de conciencia debe hacerse a través de manifestación explícita; es decir, para cada caso y no para situaciones generales.

372 Del 13 de diciembre.

373 Del 20 de noviembre.

374 Del 28 de febrero.

375 Corresponderá al funcionario disciplinario determinar en cada caso en concreto, si la objeción de conciencia incumbe a una causal de justificación o inculpabilidad propiamente dicha, cuyo efecto tendrá únicamente incidencia para establecer qué categoría de la estructura de la falta disciplinaria se elimina. Una visión sobre el particular, reconociendo la indefinición del tema, puede consultarse en: Velásquez V., Fernando. Derecho Penal General. Medellín: Librería Jurídica Comlibros, 2009, págs. 847 a 849. Aunque el tema no ha tenido hasta el momento la atención que merece en el campo disciplinario, podría considerarse, por ahora, que la objeción de conciencia, por regla general, podría tener la naturaleza de ser una causal de inculpabilidad. Frente a tal posición, otro sector de la doctrina podría sostener que, por tratarse del ejercicio de un derecho fundamental, la objeción de conciencia incide en el ilícito, por justificar la conducta.

> 5. Los aspectos sobre los cuales se objeta por razones de conciencia, están en última instancia relacionados con derechos, valores o principios reconocidos constitucionalmente. Ello supone que no se puede objetar en conciencia por cualquier razón, sino frente a derechos, principios o valores que, sopesados frente al deber incumplido, explican solventemente el comportamiento de quien se vale de la objeción de conciencia. En otras palabras, el cumplimiento del deber jurídico representaría una lesión de tal trascendencia que afectaría la dignidad humana del agente estatal que objeta en conciencia.
>
> 6. Conforme a lo anterior, la objeción de conciencia tiene naturaleza subjetiva y su invocación tiene carácter excepcional, estando solamente llamada a prosperar bajo especialísimas circunstancias que ameriten el reconocimiento de la causal[376], ya que de otra manera, resultaría facilista la postura de pretender explicar el incumplimiento de un deber exigible, anteponiendo *objeciones de conciencia* que realmente no corresponden a la figura que aquí se analiza, lo cual conllevaría a una impunidad disciplinaria, so pretexto de invocar dicho derecho. Por lo dicho, cada caso demanda un análisis particular y concreto.[377]

El doctor Diego Alberto Zuleta García afirma:

> "(…) **5. En ejercicio de un derecho.**
>
> Para Sánchez Herrera,[378] esta causal es un modulador porque la ley no dice cuando un deber es mayor que otro y viene, entonces, determinado por la ponderación, la razonabilidad y el análisis jurídico.
>
> Sobre esta causal Velásquez Velásquez,[379] sugiere estudiarlas a partir de sus variantes, así:
>
> El legítimo ejercicio de un derecho. Esta causal implica las siguientes subvariantes:
>
> Los derechos a que se refiere la eximente han de ser derechos subjetivos derivados de una norma de Derecho Público o Privado. En últimas, se lesiona un bien jurídicamente protegido para mantener o defender un derecho subjetivo lo que ha llevado a algunos autores a considerar que esta parte de la eximente es superflua al poder ser incluida dentro de la legítima defensa.

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

377 Ordóñez Maldonado, Alejandro. Justicia Disciplinaria– De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud-Ediciones Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, noviembre de 2009, págs. 50 a 59.

378 Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. Los Contenidos Materiales de la Ilicitud Sustancial – Algunas referencias jurisprudenciales. Cuaderno de Derecho Disciplinario. Edición septiembre – octubre de 2010. Alcaldía Mayor de Bogotá, pág. 30.

379 Velásquez Velásquez, Fernando. Derecho Penal, Parte general. Editorial Temis, Bogotá, 2ª edición, págs. 431 y ss.

La existencia de un título jurídicamente correcto que lo ampare. De lo contrario no podría hablarse de una causa de justificación, pues, aunque el ejercicio discurriese por cauces legales, no se estaría legitimado para el propio ejercicio.

Legitimidad de la acción. Es decir, no cabe eximente cuando se vulneran leyes o disposiciones expresas acerca del ejercicio de ese concreto derecho. Es decir, no podrá alegarse esta eximente cuando el uso del derecho o facultad constituya delito.

Que el sujeto obre en el ejercicio de su derecho o facultad con la diligencia debida adecuada a las circunstancias del caso concreto.

Que el derecho en virtud del cual se actúa suponga la protección de un bien jurídico de calidad similar a la del que resulta vulnerado por la conducta.

El legítimo ejercicio de una actividad lícita o de un cargo público. Por oficio hay que entender cualquier profesión privada, sea liberal o no, requiera o no título facultativo o de otra clase y precise o no licencia administrativa. Por cargo han de entenderse aquellas profesiones cuyo ejercicio lleva consigo el desempeño de funciones públicas con carácter permanente o eventual.[380] Como los requisitos de ejercicio del oficio o cargo son análogos a los ya analizados en el caso del ejercicio de un derecho, no parece práctico ahondar en su estudio.

En suma, la práctica de determinadas profesiones puede conllevar la realización de conductas lesivas para bienes jurídicamente protegidos, eso sí, ha de tratarse de un ejercicio legítimo, lo que implicará que sea conforme al Derecho, es decir, que se encuentre amparado por el ordenamiento jurídico. Ejemplo de ello lo encontramos con el periodista que da una información sobre alguien siendo veraz y contrastada. (...)"[381].

El doctor Carlos Mario Isaza Serrano concreta:

"(...) **4. Salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.**

En el contexto del derecho disciplinario, esta causal engloba supuestos fácticos propios de la legítima defensa o del estado de necesidad y de cualquier circunstancia que tenga la aptitud actual o potencial de sobreponer el derecho propio o ajeno al cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.

La práctica ha demostrado que en muchas oportunidades quien desempeña una función pública se ve obligado a resolver un conflicto de intereses, de

380 Piénsese por ejemplo de algunos actos realizados por médicos, quienes debe realizar tratamientos coactivos, o sea, los prescritos por el Estado. El fundamento de la exención se encuentra en el cumplimiento de un deber impuesto por las leyes, sobre todo si el médico, farmacéutico etc., es funcionario. La voluntad acorde o no del paciente carece de relevancia. *www.enciclopedia-juridica.biz14.com*

381 Zuleta García, Diego Alberto. *Introducción al Régimen Disciplinario Castrense*. Ed. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., 2013, págs. 198 y 199.

> derechos o de deberes, sacrificando el de menor significación. En efecto, en ocasiones el funcionario debe optar entre el respeto formal de la norma y la solución de una necesidad, la salvaguarda de un derecho o la atención de un interés inaplazable; por ejemplo; cuando un bien destinado a un uso exclusivo debe emplearse para colaborar en la superación de una calamidad o cuando los recursos presupuestales con una destinación específica se invierten en la atención de necesidades apremiantes e inaplazables de salud, como una epidemia. Este conjunto de casos, bastante frecuentes en la cotidianidad de la administración pública colombiana, hace aconsejable por razones de justicia y equidad que se excluya la responsabilidad disciplinaria cuando se tenga certeza de que la transgresión formal de la norma ha operado por estado de necesidad[382].
>
> Creemos además que el amparo de la causal de exclusión en estudio es extensivo no solo a la salvaguarda de un derecho o la atención de un interés inaplazable en el cumplimiento de los fines y funciones del Estado, como en los ejemplos citados, sino también en interés personal, teniendo como rasero los elementos normativos ponderantes de su aplicación, como cuando el servidor público deja de asistir a su trabajo para atender en el carro oficial una emergencia familiar o cuando para evitar que un transeúnte energúmeno le dispare, lo embiste con el carro oficial y le causa graves lesiones.
>
> Cuando una situación se debe apreciar en concreto, es decir, dentro de un expediente disciplinario, para determinar o enervar las consecuentes responsabilidades, se entiende que los *derechos* funcionales, como los denomina **Sánchez Herrera**, no entran en colisión con el cumplimiento del deber funcional sino que lo condicionan, restringen o amplían modal o circunstancialmente, sin que ello configure afectación de éste. De manera que los derechos a que alude la causal no son solo los funcionales, sino también los generales del servidor público como miembro de la comunidad. De suerte que no cabe la restricción propuesta por este autor, en el entendido de que se trata de una causal referida a la colisión de derecho funcional frente al deber funcional, en el cual se impone el derecho sobre el deber[383].

Los doctores Esiquio Manuel Sánchez Herrera y A. Nataly Bermúdez Sánchez expresan:

> "(…) **4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.**
>
> Esta causal está referida a la colisión derecho funcional *versus* deber funcional, en el se impone el derecho sobre el deber. Desde el punto de vista legal la causal aporta más elementos que en lo concerniente a la causal referida a la colisión deber-deber, pues en esta se explicita que el derecho se debe imponer al deber atendiendo a la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad. De esta manera la ley entroniza principios que sirven al operador jurídico para efectuar el juicio de ponderación, así por ejemplo

382 Exposición de motivos del proyecto de ley reformatorio del Código Disciplinario Único, presentado por el entonces Procurador General de la Nación Jaime Bernal Cuéllar al Congreso de la República.

383 Isaza Serrano, Carlos Mario. *Teoría General del Derecho Disciplinari*o- Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales –. 2ª ed. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2009, págs. 201 y 202.

podrá indicar que el derecho al ejercicio de la docencia es necesario y útil por parte del servidor público para el perfeccionamiento de la misión funcional, sacrificando en ese sentido, por el término legalmente permitido, el deber de dedicarse a la función dentro de todas las horas laborales.

En otro caso, también el juez disciplinario valorará la pertinencia del derecho de asociación laboral sacrificando el deber de dedicación del tiempo a cumplir con el horario establecido, siempre que el ejercicio de tal prerrogativa se haga de manera razonada y adecuada, sin afectar los intereses estatales.

Para efectos de estructurar la referida causal debe tenerse en cuenta que la ley disciplinaria en su artículo 33 señala los derechos funcionales, cualquiera de ellos puede entrar en colisión con un deber funcional, ante lo cual el juez disciplinario estimará que resultaba oportuno, necesario y adecuado el actuar del servidor público cunado optó por hacer valer ese derecho sobre el deber funcional. Si el agente opta por cumplir un derecho que no es de carácter funcional, uno de naturaleza familiar o personal, sacrificando el deber funcional es claro que está cometiendo un ilícito disciplinario, razón por la cual el asunto debe resolverse en el ámbito de la culpabilidad. En esa sede el juez disciplinario deberá establecer si al investigado le era o no exigible comportarse de forma diversa de cómo lo hizo. Conforme con esa valoración hará o se abstendrá de elevar el juicio de reproche.

Para efecto de la configuración de la causal deben cumplirse los siguientes requisitos:

1. Debe existir un derecho funcional propio o ajeno que se enfrenta a un deber funcional.

2. El derecho funcional debe prevalecer sobre el deber funcional.

3. Para resolver la colisión se debe acudir a la necesidad, la adecuación, la proporcionalidad y la razonabilidad. Criterios que servirán como raseros de objetividad en la solución del caso.

4. El requisito subjetivo que hace referencia al conocimiento del servidor público de que actúa sacrificando un deber para salvar un derecho funcional[384].

El doctor Camilo Sampedro Arrubla señala:

"(…) **El estado de necesidad.**

Aunque no está en la lista del artículo 23 de la Ley 200 de 1995[385], consideramos que el estado de necesidad es una causal de justificación en el derecho disciplinario. Un reciente fallo de la Procuraduría nos sirve de referencia para demostrarlo, aunque con algunas variantes pues la decisión y el su-

384 Sánchez Herrera, Esiquio y Bermúdez Sánchez, A. Nataly. Artículo denominado Las Causales de Ausencia de Responsabilidad Disciplinaria – Breves Reflexiones, publicado en "Lecciones de Derecho Disciplinario". Volumen 3. Obra publicada por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación. Reimpresión, Bogotá, agosto de 2009, págs. 91 y 92.

385 Del 28 de julio.

puesto de hecho no nos permitirían utilizar el ejemplo para lo que queremos argumentar. Una funcionaria judicial es amenazada de muerte y dentro de las amenazas se le hace saber que quien amenaza conoce exactamente su horario de trabajo, por lo que se ve obligada a incumplirlo —conociendo lo que implica disciplinariamente su conducta— llegando a veces más tarde y saliendo más temprano y viceversa. Nos parece que en el caso se presenta un estado de necesidad justificante en la medida que necesita incumplir un deber cuyo acatamiento generaría una puesta en peligro o lesión de su vida.

Se presentará un estado de necesidad como justificante disciplinaria, cuando la persona actúa lesionando o poniendo en peligro la administración pública, por la necesidad de proteger un bien jurídico propio o ajeno. Ello implica entonces que el estado de necesidad se puede presentar por conflicto entre deberes, o por conflicto entre deber y derecho. Ejemplo del segundo sería el mencionado arriba. Por su lado se estaría en presencia de un conflicto de deberes cuando el sujeto se presenta ante la disyuntiva de cumplir uno u otro por no poderlo hacer conjuntamente. Esto diferencia el estado de necesidad con el cumplimiento de un deber, pues el funcionario en el deber legal no encuentra deberes en conflicto, solo observa la necesidad de ejercer uno que él considera como objeto de obligación.

Son elementos del estado de necesidad justificante los siguientes:

En primer lugar, al igual que en las causales positivas de justificación de la falta disciplinaria, se requiere que concurra en el autor el elemento subjetivo, de manera que el autor obre determinado por la necesidad y conociendo tal circunstancia. Como lo comentamos en otros eventos de justificación, nos parece que el elemento subjetivo se exige, con independencia de si se presenta o no otra motivación, es decir, que la justificante no se debe reconocer cuando la motivación es distinta al ánimo de protección, pero cuando este concurra sin consideración de la existente de una motivación distinta, se debe reconocer. Así, utilizando el ejemplo clásico de la doctrina penal, quien escoge para capturar, de dos delincuentes que emprendieron la huida por lugares distintos, a aquel que le arrebató su mujer, teniendo el deber de capturarlos a los dos lo que físicamente es imposible, obra en estricto cumplimiento del deber, porque su conducta aparece motivada por la voluntad de cumplirlo, independientemente del ánimo de venganza.

En segundo lugar, es necesario para la conformación de la eximente, que el bien jurídico por cuya protección se obra, se encuentre en peligro actual o se esté menoscabando. No hacemos la mención que hace la legislación penal de 'peligro actual o inminente' pues consideramos que el peligro siempre es actual, el peligro inminente no existe, pues un bien está o no en peligro. No podemos pues afirmar, sin saltarnos la lógica, que un bien está en 'casi' situación de peligro, porque si ello fuera así, no estaría en peligro, por lo que no se justificaría la conducta, al carecer objeto de protección.

Se exige entonces que el peligro sea actual o que ya se esté materializando, de modo que, como aparece lógico, si ya no se presenta el peligro, bien porque desapareció o bien porque al materializarse el bien dejó de existir, la conducta no estaría justificada por falta de la necesidad de la protección en el primer evento, por falta de objeto de protección en el segundo.

En lo que hace a la ponderación de bienes, nos parece que el bien a proteger debe ser de mayor o igual valor que el lesionado, lo que se mide objetivamente, quedando a salvo la posibilidad de que el funcionario yerre en la valoración y lesione uno de mayor valor que el que pretende proteger, pudiendo estar inmersa su conducta en un error de prohibición indirecto.

Por último, se requiere que el agente no tenga el deber jurídico de afrontar el peligro. Este requisito hace referencia a lo que se denomina la posición de garante, que en el derecho disciplinario cobra trascendental importancia por el carácter del sujeto de la norma. Podría pensarse que por ser el funcionario o servidor público el sujeto de derecho disciplinario, éste tendría siempre la posición de garante, por lo que siempre estaría en la obligación de afrontar el peligro (razón que además justificaría la no inclusión del estado de necesidad en las justificantes disciplinarias). Sin embargo, es claro, para nosotros, que el derecho disciplinario no puede exigir a los servidores estatales comportamientos heroicos, por el simple hecho de serlo, máxime si el Estado de Necesidad se puede fundar en un choque entre un deber y un derecho propio como lo manifestamos atrás.

Ahora, también, en lo que hace a la expresión, válida para el derecho disciplinario, 'que el agente no lo haya causado por dolo o culpa', como requisito debe ser estudiado por el intérprete en cada caso específico con atención especial, por cuanto no consideramos que sea de absoluto requerimiento, ya que en ocasiones el funcionario puede haber cometido un error que genera un peligro y llevarlo a abstenerse de obrar para proteger l administración pública del peligro que él mismo causó, por ejemplo por error, sería tanto como prohibir a los funcionarios, corregir, preventivamente, los actos que puedan lesionar la función estatal, o lo que es peor, impulsarlos a permanecer inmóviles ante un posible daño que se puede evitar.

Así, remitiéndonos a un ejemplo citado con algunas variantes, si un funcionario que por error lleva a su despacho el expediente de un juzgado en el que está próximo a realizarse una audiencia, para lo cual se requieren los documentos, abandona su sitio de trabajo para llevarlo al juzgado que lo requiere, no podrá negársele el estado de necesidad (entendiendo que el ausentarse de su despacho constituye falta) por haber sido él, quien imprudentemente generó el peligro a la administración.

Lo que comúnmente se ha llamado 'la no evitabilidad de manera distinta', no es un requisito distinto a la necesidad, ya que, si el peligro o el menoscabo del bien que se pretende proteger es evitable de manera distinta a la lesión o puesta en peligro de la administración, ya no habrá necesidad de violar la ley disciplinaria, por existir alternativa distinta. Plantear, la no evitabilidad de manera distinta como requisito junto con la necesidad, es reiterar innecesariamente lo establecido. (...)[386]

Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta expresan:

386 Sampedro Arrubla, Camilo. *Causales de Justificación de la Falta Disciplinaria*. Publicaciones del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, octubre de 1998, págs. 55 a 59.

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

Esta causal nominada por la doctrina y la jurisprudencia como colisión de derechos versus deberes funcionales se soporta en el distanciamiento de los deberes funcionales a que está sometido el servidor público, precisamente para darle cumplimiento a sus derechos o a los de otras personas. Este distanciamiento viene limitado por "la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad" y sobre todo debe recalcarse que esta se concreta cuando la colisión se presenta entre un derecho propio o ajeno y el deber funcional, y este último es el que finalmente resulta desconocido.

Ahora bien, es importante señalar, tal y como lo hicimos al ocuparnos de la colisión de deberes, que el conflicto puede presentarse entre el deber funcional y derechos funcionales, como cuando dejo mi sitio de trabajo para acudir personalmente a solicitar una licencia no remunerada en los casos previstos por la ley en otra edificación distante del lugar asignado para cumplir mi función (artículo 37 numeral 6º del C.G.D.[387]) o cuando me ausento de mi actividad laboral para participar en un concurso con el fin de obtener una promoción dentro del servicio (artículo 37 numeral 8 del C.G.D.[388]), en este sentido podemos indicar que la causal sería de justificación.

De otra parte, cuando se decide sacrificar un deber funcional por cumplir un derecho que nada tiene que ver con la función exigida, no puede darse prevalencia a la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad dentro de la valoración objetiva o de la ilicitud sustancial, sino que entraría a formar parte de la valoración subjetiva o de culpabilidad, debiéndose acreditar si el destinatario de la ley disciplinaria tenía que sacrificar con su conducta un deber funcional para darle paso y prevalencia al derecho propio o ajeno de carácter personal, como cuando debo ausentarme del lugar de trabajo por atender una calamidad familiar (accidente un hijo).

Cobra importancia lo referido en la exposición de motivos del proyecto de ley reformatorio del Código Disciplinario Único, donde se señaló:

En defensa de un derecho funcional:

La práctica ha demostrado que en muchas oportunidades quien desempeña una función pública se ve obligado a resolver un conflicto de intereses de derechos o de deberes, sacrificando el de menor significación. En efecto, en ocasiones el funcionario debe optar entre el respeto formal de la norma y la solución de una necesidad, la salvaguarda de un derecho o la atención de un interés inaplazable; por ejemplo; cuando un bien destinado a un uso exclusivo debe emplearse para colaborar en la superación de una calamidad o cuando los recursos presupuestales con una destinación específica se invierten en la atención de necesidades apremiantes e inaplazables de salud, como una epidemia. Ese conjunto de casos, bastante frecuentes en la cotidianidad de la administración pública colombiana, hace aconsejable

387 Artículo 33 numeral 6º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

388 Artículo 33 numeral 8º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

por razones de justicia y equidad que se excluya la responsabilidad disciplinaria cuando se tenga certeza de que la transgresión formal de la norma ha operado por estado de necesidad [389].

En defensa de un derecho personal:

Creemos además que el amparo de la causal de exclusión en estudio es extensivo no solo a la salvaguarda de un derecho o la atención de un interés inaplazable en el cumplimiento de los fines y funciones del Estado, como en los ejemplos citados, sino también en interés personal, teniendo como rasero los elementos normativos ponderantes de su aplicación, como cuando el servidor público deja de asistir a su trabajo para atender en el carro oficial una emergencia familiar o cuando para evitar que un transeúnte energúmeno le dispare, lo embiste con el carro oficial y le causa graves lesiones[390]

Igualmente precisamos que cuando se trate de la defensa de un derecho funcional en sacrificio de un deber funcional la causal se aplicará como justificante en sede de ilicitud sustancial y cuando se defienda un interés personal dejando de lado un deber funcional, la causal se aplicará como exclusión de la culpabilidad.[391]

3. La culpabilidad en materia disciplinaria

- Generalidades

Sea lo primero manifestar que para poder hablar de *culpabilidad* en materia *penal*, es necesario precisar que el sujeto activo de la conducta punible debe ser *"imputable"* al momento de la realización de su actuar, esto es que tenga *"capacidad para conocer y comprender la antijuridicidad de la propia conducta y para autorregularse de acuerdo con esa comprensión"*[392], cuando ello no ocurre así, la ley penal lo considera *"inimputable"* y, por consiguiente, descarta la *valoración* en sede de *culpabilidad* y lo sanciona con *medidas de seguridad* por comportarse de manera *típica* y *antijurídica*, salvo en el evento en que habiendo actuado en condiciones de *inimputabilidad* y que una vez verificado el resultado *típico* y *antijurídico* no le quedaren *"secuelas"*, allí no se le impondrá *medida de seguridad alguna*. Es decir, en materia penal el *"inimputable"* no actúa *"culpablemente"*.

En el ámbito disciplinario de los *servidores públicos, de los particulares que desempeñan funciones públicas, de los abogados y de la Fuerza Pública*, la *"inimputabilidad"* forma parte de las "*causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria"* y por ende, quien aparezca con esta *incapacidad cognoscitiva* y *comprensiva* de la *ilicitud o antijuridicidad sustancial* de su actuar y para entender su *autorregulación* de acuerdo con esa comprensión, estará

389 Artículo 33 numeral 6º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

390 Isaza Serrano, Carlos Mario. Teoría General del Derecho Disciplinario – Aspectos históricos, sustanciales y procesales –. 2.a ed. Editorial Temis S.A. Bogotá D.C. 2009, págs. 201 y 202.

391 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Causales de Exclusión de Responsabilidad*"- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C., 2023, págs. 70 a 73.

392 Reyes Echandía, Alfonso. "Derecho Penal" (segunda reimpresión de la undécima edición). Edit. Temis. Bogotá, 1990, pág., 192. Exposición de motivos del proyecto de ley reformatorio del Código Disciplinario Único, presentado por el entonces Procurador General de la Nación Jaime Bernal Cuéllar, al Congreso de la República.

"exento de responsabilidad disciplinaria" o "no habrá lugar a responsabilidad disciplinaria", conforme lo expresado en el artículo 31 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*- Código General Disciplinario, modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021- (artículo 28 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002- Código Disciplinario Único-); artículo 22 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007* – Código Disciplinario del Abogado-; artículo 18 de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017* -Código de Ética y Disciplinario del Congresista-; artículo 86 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017- Código Disciplinario Militar*- (artículo 13 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003 – Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares-[393]) y 52 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* – Estatuto Disciplinario Policial- que remite a la Ley 1952 del 28 de enero de 2029 – Código General Disciplinario- (artículo 41 de la *derogada* Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 – Régimen Disciplinario para la Policía Nacional-), en los cuales la situación de *"inimputabilidad"* será informada "a la dependencia administrativa correspondiente" o como se anunciaba en el pasado: se "dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinentes". Las mismas disposiciones agregan que *"no habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuándo el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento"*.

En el pasado y para las Fuerzas Militares (Ejército, Armada y Fuerza Aérea), conforme a la *Ley 836 del 16 de julio de 2003–Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares* -, este tema de la *"inimputabilidad"*, estaba sometido al tratamiento dado en *materia penal*, toda vez que el *artículo 68 ídem* solamente *eximía de responsabilidad disciplinaria* a quien *"obre amparado por alguna de las causales de exclusión de responsabilidad previstas en el Código Penal Militar y Código Penal"*, y en esas codificaciones la *"inimputabilidad"* no *exime* de responsabilidad al sujeto activo de la conducta punible, sino que le atribuye a quien obre de manera *típica* y con *ilicitud o antijuridicidad sustancial* una *medida de seguridad* con la excepción atrás expresada. Es decir, aquí el *"inimputable"* no actúa *"culpablemente"* tal como acontece en el *derecho penal*, pero como quiera que en el *derecho disciplinario* no existen *medidas de seguridad*, por integración normativa, el *Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares* tenía que remitirse al reemplazado *artículo 21* de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*, por mandato de su *artículo 13* y se anotaba como resultado punitivo la *"inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinentes"*. En esta derogada codificación, al igual que las demás, no se le reconocía la *"inimputabilidad"* a quien *"hubiere preordenado su comportamiento"*, pero en esta por mandato del ordenamiento penal.

- Las codificaciones disciplinarias y la teoría de la culpabilidad

Para todos los efectos legales, la teoría de la *culpabilidad* en el derecho disciplinario nace del *inciso 4º del artículo 29 de la Constitución Política*, el cual anuncia que "(…) *Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado* (…) *culpable* (…)".

Igualmente la *teoría de la culpabilidad* encuentra sostén o apoyo en los artículos 28, 29[394], 31, 42 (1 y 2), 47, (1 y 99), 48 (1, 2, 3 y 5), 61 (3), 62 (1), 65, 72 (11 y parágrafo 1º), 77 (parágrafo), 80, 162 (inciso 1º), 223 (6), 225F (7), 231 (6) de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – Código General Disciplinario-*, soportados en el artículo 10 ídem (artículos 38 (1, 2 y parágrafo 2), 43 (1 y 9), 44 (1, 2, 4 y parágrafo) 48(1, 3 y 4), 50 (último inciso),

393 Que remitía a los principios rectores de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002- Código Disciplinario Único-.

394 Modificado por el artículo 4º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

55 (1 y parágrafo 1), 61 (parágrafo), 63, 163 (7), 168 (1) y 170 (6) también respaldados en el artículo 13 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 –Código Disciplinario Único-); artículos 5º y 106 (4), igualmente soportados en el artículo 21 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007* – Código Disciplinario del Abogado-; artículos 12, 50, 56 (d), fundamentados en el artículo 10 (parágrafo) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017* -Código de Ética y Disciplinario del Congresista-; artículos 73 (1, 2, y parágrafo 2), 79, 82 (1, 2 y 4), 95 (d), 96 (inciso 1º), 98 (c), 99 (inciso 2º), 100 (a), 102 (1, 2 y parágrafo 2), 103 (2 parágrafo), 104 (4 parágrafo), 234 (6) y 246 (inciso 2º) de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017- Código Disciplinario Militar-* , soportados en el artículo 53 *ibidem* (artículos 58 (27, 30) y 62 (1) fundamentados en el artículo 13 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003 – Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares-[395]) y artículos 45 22 y parágrafo), 46 (parágrafo), 48 (b, c, e, f, h, parágrafos 2 y 3), 50 (a, de, g, parágrafo 1º) y 55 (1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7) soportados en el artículo 18 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* – Estatuto Disciplinario Policial (artículos 34 (9), 39 (y parágrafo) y 44 de la *derogada* Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 – Régimen Disciplinario para la Policía Nacional-), fundamentados en su artículo 11.

Conforme a lo anotado en precedencia, la gran mayoría de las *Codificaciones Disciplinarias* de que trata este título sobre el ***fundamento de esta teoría****, se expresaban en los artículos **10** (L. 1952/2019); **13*** (L. 734/2002); **21** (L. 1123/2007); **10 parágrafo** (L. 1828/2017); **53** (L. 1862/2017); **13** (L.836/2003 que remitía al art. **13** L.734/02); **18** (L. 2196/2022) y **11** (L. 1015/2006), así:

> "En materia disciplinaria sólo se podrá imponer sanción por conductas realizadas con culpabilidad. Las conductas sólo son sancionables a título de dolo o culpa. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".
>
> ***- Fundamentos de la teoría de la culpabilidad disciplinaria. Responsabilidad objetiva y valoración de la culpabilidad (dolo, culpa gravísima, culpa grave y "culpa culposa")***
>
> Las diferentes disposiciones que preceden y que forman parte de todas las *Codificaciones Disciplinarias* referidas, contienen *dos elementos* de gran trascendencia en la *teoría de la culpabilidad*, siendo uno de ellos la *proscripción* de **"toda forma de responsabilidad objetiva",** esto es que cuando el *destinatario* de la *ley disciplinaria* ejecuta una conducta *típica* y con ilicitud sustancial (o con antijuridicidad sustancial incorpórea), sin *justificación*, por ese simple hecho no puede ser considerado *responsable* de una *falta disciplinaria*, ya que es necesario para deducir su responsabilidad, el que haya actuado con *culpabilidad*. Es decir que, a partir de este último momento, cuando ya se haya considerado que la conducta además de *típica* es *ilícita sustancialmente* (o con antijuridicidad sustancial incorpórea), la autoridad disciplinaria se encuentra con plena autorización legal para referirse a la *responsabilidad* de una *conducta enmarcada dentro de la ley disciplinaria*, siempre y cuando se concluya que actuó *"culpablemente"*. El segundo elemento lo será la "**valoración de esa "culpabilidad"**, o mejor dicho cuando se establece que

395 Que remitía a los principios rectores de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002- Código Disciplinario Único-.

el comportamiento *culpable* se encuentra inmerso en el *dolo*[396] *o culpa* [397], situación que conlleva a la *"responsabilidad subjetiva"*, la cual está eliminando la **responsabilidad objetiva** por estar esta última, como ya se expresó, **proscrita en materia disciplinaria**, conforme lo establecen casi la totalidad de los artículos que citamos sobre la *culpabilidad disciplinaria*.

Como ya se había advertido en el capítulo de los *principios rectores* y más concretamente cuando se hablaba del *principio de culpabilidad*, además de considerarse dentro de este principio el *dolo* y la *culpa*, dentro de la *culpa* el legislador además del comportamiento *"culposo"*[398], fue muy claro en agregar

396 Acorde con el artículo 28 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario), esto acontece cuándo "el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización".

397 Concepto que se establece en el artículo 29 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – modificado por el artículo 4º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021-, en el cual se señala que "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 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".

398 El realizado también, en nuestro parecer, por imprudencia, negligencia, impericia y violación de los reglamentos (tomados por remisión normativa de la Ley 599 del 24 de julio de 2000 (Código Penal) por autorización dispuesta en el artículo 22 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) – antes, tomados estos "generadores de la culpa" del artículo 21 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único), en complemento al artículo 29 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (modificado por el artículo 4º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021).

Esta forma de ***culpabilidad "culposa"*** la encontramos referida en las siguientes disposiciones: artículo 48 numerales 2, 4 y 6 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario – modificado por el artículo 9º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021-, cuándo advierte: "El disciplinable está sometido a las siguientes sanciones: (…) **2.** Destitución e inhabilidad general de ocho (8) a 10 años para las faltas realizadas con culpa gravísima. **4.** Suspensión en el ejercicio del cargo de uno (1) a doce (12) meses para las faltas graves culposas. **6º.** Amonestación escrita para las faltas leves culposas. (artículo 44 numerales 1, 2, 3 y 5 de la reemplazada Ley 734 de febrero 5 de 2002 – Código Disciplinario Único, cuando señalaba: "El servidor público está sometido a las siguientes sanciones: (…) **2.** Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o **gravísimas culposas**. **3º** Suspensión, para las faltas **graves culposas (…) 5º** Amonestación escrita, para las faltas **leves culposas** (…)". -las negrillas fuera del texto). Artículo 13 literales a. y b. de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017* (Código de Ética y Disciplinario del Congresista), al señalar: "Al Congresista que diere lugar a las faltas descritas en los artículos anteriores, se le impondrá según el caso: **a)** Amonestación escrita y privada ante la Comisión de Ética de la respectiva Cámara, cuando la falta sea leve. **b)** Amonestación escrita y pública ante la Plenaria de la respectiva Cámara legislativa, cuando la falta sea grave. (…)". Artículo 82 numerales 2, 3, 5, 6 y 7 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar), al expresar: Las sanciones se aplicarán a oficiales, suboficiales, soldados e infantes de marina así: (…) **2.** Suspensión e inhabilidad especial para el personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales y sus equivalentes en otras Fuerzas, de tres a seis, meses sin derecho a remuneración: cuando se incurra en falta **gravísima culposa** o falta grave dolosa. **3.** Suspensión de treinta a ochenta y nueve días sin derecho a remuneración para el personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales y sus equivalentes en otras Fuerzas: cuando se incurra en falta **grave culposa**. … **5.** Reprensión Severa: Cuando se incurra en falta leve culposa para el personal de oficiales, suboficiales y soldados profesionales y sus equivalentes en otras Fuerzas. En el caso de los soldados se aplicará para

a las diferentes *codificaciones disciplinarias* la *creación* de la *culpa gravísima*[399] y la inclusión de la *culpa grave*, esta última en diferente sentido a la contemplada en el *artículo 63* del *Código Civil*[400], para significar que el elemento *culpabilidad* se constituye en moldura esencial para edificar la responsabilidad y la consecuente *sanción* de los comportamientos, a través de un *juicio de valor* sobre el actuar *típico y con ilicitud sustancial* (antijuridicidad sustancial incorpórea); de la actividad *intelectiva* (cognoscitiva) *y volitiva* y de la actuación

---

las **faltas gravísimas culposas**. **6.** Reprensión Formal: cuando se incurra en **falta grave** para el personal de soldados. **7.** Reprensión Simple: cuando se incurra en **falta leve** para el personal de soldados" -las negrillas fuera del texto. (Artículo 61 numeral 4º de la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003* -Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares-, cuando indica: "Las sanciones disciplinarias son: (…) **4.** Las inhabilidades general y especial en los términos de los artículos 44, 45 y 46 de la Ley 734". Es decir, retoma del artículo 44 los numerales **1, 2, 3 y 5** para efectos de las faltas ***gravísimas culposas***, ***graves culposas*** y ***leves culposas***. Artículo 50 literales b, c, e, f y h de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* – Estatuto Disciplinario Policial-, cuándo anuncia: "Para el personal uniformado escalafonado, se aplicarán las siguientes sanciones: **b)** Para las faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima, destitución e inhabilidad general por un término de cinco (5) a diez (10) años. **c)** Para las faltas gravísimas con culpa grave, suspensión e inhabilidad especial de dieciocho (18) a veinticuatro (24) meses, sin derecho a remuneración. **e)** Para las faltas graves realizadas con culpa gravísima, suspensión e inhabilidad especial de seis (6) a doce (12) meses, sin derecho a remuneración. **f)** Para las faltas graves realizadas con culpa grave, suspensión e inhabilidad especial de uno (1) a seis (6) meses, sin derecho a remuneración. **h)** Para las faltas leves realizadas con culpa gravísima o culpa grave, multa de quince (15) a treinta (30) días". (Artículo 39 numeral 5º de la derogada *Ley 1015 de febrero 7 de 2006* – Régimen Disciplinario para la Policía Nacional -, cuando precisa: "Para el personal uniformado escalafonado, se aplicarán las siguientes sanciones: (…) **5º.** Para las faltas ***leves culposas***, amonestación escrita (…)" y artículo 44 incisos 2º y 5º de la misma Ley 1015 de febrero 7 de 2006, cuando manifiesta: Sanciones… Para las faltas ***gravísimas culposas*** **con culpa grave** o graves dolosas, suspensión e inhabilidad especial entre seis (6) y doce (12) meses, sin derecho a bonificación… Para las faltas ***leves culposas***, amonestación escrita (…)". (las negrillas fuera del texto).

399 Toda vez que esta clase de culpa no aparece referida ni en la Constitución Política de 1991 ni en ninguna codificación diferente a las que se estudian.

400 En el Código Civil, esta culpa es sinónima de "dolo" y en las codificaciones disciplinarias es sinónima de comportamiento "culposo". Ver: artículo 63 del Código Civil (Ley 84 del 26 de mayo de 1873): "Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido. Al investigar si el artículo 63 del Código Civil presenta alguna modificación, esta no se encuentra referida en el documento de "relatoría del Congreso de la República".

Esto señala el artículo 63 del Código Civil:

"Artículo 63. Culpa y dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, **negligencia grave**, **culpa lata**, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. **Esta culpa en materias civiles equivale al dolo**.

(…)

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro". (las negrillas fuera del texto)-.

De acuerdo el artículo 29 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario), último inciso, "la culpa será grave cuándo se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común le imprime a sus actuaciones". Lo mismo predicaba el parágrafo del artículo 44 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* y el artículo 10 último inciso de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017* (Código de Ética y Disciplinario del Congresista). La *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar), solo se refiere a **la culpa en faltas graves y leves** (la derogada Ley 836 del 17 de julio de 2003 contenía el mismo concepto del Código General Disciplinario, al igual que la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* (Estatuto Disciplinario Policial). La derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006* (Reglamento del Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), repetía el mismo concepto aquí señalado sobre culpa grave en su artículo 39 (parágrafo).

supeditada a los *generadores de la culpa*[401] desarrollada por parte del *indagado, investigado o disciplinado*, amén de la *responsabilidad* deducida simplemente por las **condiciones personales**[402] *del autor de la falta*[403], al desarrollarse el concepto de *culpa gravísima* (por fuera de la Constitución Política y del Derecho Civil como parece advertirse) y el de *culpa grave* (de corte civilista, pero diferente en su concepción, **ya que en el derecho civil es sinónimo de dolo y en el derecho disciplinario, como ya se anotó, de "comportamiento culposo**"). Es la *culpabilidad*, sin lugar a equívocos, la *motivación* del actuar *típico e ilícito sustancialmente* (o de antijuridicidad sustancial incorpórea) y el *conocimiento* y *voluntad* que se tiene por parte del destinatario de la ley disciplinaria o del *comportamiento* supeditado a su *condición personal*.

La presencia de los elementos anteriores *(conocimiento – voluntad y generadores de la culpa o conocimiento – voluntad y condición personal)*, dará origen a la forma de *culpabilidad*, la cual puede establecerse o en el *dolo* o en la *culpa*. Lo contrario conducirá a la *inexistencia* de la *responsabilidad subjetiva* o a la aplicación de la *responsabilidad objetiva*[404].

---

401 Las codificaciones disciplinarias no los contienen, pero por remisión normativa permitida por el Código General Disciplinario al Código Penal se deducen que son: Negligencia, impericia, imprudencia y violación de reglamentos.

402 Contrario al concepto de "responsabilidad de acto" que proclama el artículo 29 de la Constitución Política, cuando exige el juzgamiento "conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa" (las negrillas fuera del texto).

403 Cuando se predica en las faltas con "culpa gravísima": la "ignorancia supina" y la "desatención elemental", que como se expresó esos componentes no forman parte del actuar de sus destinatarios, sino de su condición personal. Es decir, se responsabiliza por la condición personal y no por su acto, ¿se presenta alguna contradicción entre el contenido legal de la culpa gravísima y la Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002, donde con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández, se dijo:

"(…)

Adviértase además que los constituyentes de 1991 acogieron el criterio según el cual la persona **debe ser sancionada exclusivamente por los actos u omisiones que le sean imputables y no por lo que son como individuos.** De tal suerte que resulta constitucionalmente válido desestimular los comportamientos lesivos para el correcto desempeño de la administración pública pero no recurriendo al expediente de erigir en sanción disciplinaria la simple reiteración de un determinado comportamiento. *(las negrillas fuera del texto).*

(…)".

¿será que la ***"culpa gravísima"*** *en su definición abarca la mayor parte de la descripción de conductas como consecuencia de una responsabilidad de* ***"autor"*** *y* ***no de acto****?*

404 La responsabilidad objetiva respecto del sujeto agente se pregona cuando se le impone una sanción con fundamento en el resultado material de la acción, aunque la misma no pueda remitirse a su voluntad. Es decir, se impone una sanción no por lo que la voluntad del sujeto ha querido, sino por el resultado causado con su comportamiento.

La *responsabilidad objetiva* considera al individuo como centro del derecho disciplinario y lo identifica como más o menos *responsable de su conducta*, con el solo hecho de *exteriorizar* sus actos, sin consideración a lo planteado en su interioridad síquica.

Ese criterio de la responsabilidad objetiva fue "erradicado" en el *Código Penal* (Ley 599 del 24 de julio de 2000) y de todas las Codificaciones Disciplinarias como lo observamos en el *Código General Disciplinario* (Ley 1952 del 28 de enero de 2019), así:

Artículo 12. Código Penal: "*Culpabilidad*. (…) Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva".

Artículo 10. Código General Disciplinario. "*Culpabilidad.* En materia disciplinaria sólo se impondrá sanción por conductas realizadas con culpabilidad. Las conductas sólo son sancionables a título de dolo o culpa. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva".

El *dolo*, entendido como una forma de la *culpabilidad*, se manifiesta en el *conocimiento* que se tiene de la conducta descrita en la falta disciplinaria y en la *motivación* de que se quiere su realización o se acepta con anterioridad. La *culpa disciplinaria*, en nuestro parecer, se entiende desde dos puntos de vista, es decir, como *culpa* generada por *imprudencia, impericia, negligencia o violación de reglamentos* y como *culpa gravísima* o *culpa grave*, siendo la *culpa gravísima* el resultado de la materialización del *comportamiento* descrito como *falta disciplinaria* por *ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento* y la *culpa grave* cuando el *resultado* de una *conducta* corresponde *exactamente* a la *tipicidad* contemplada en la *ley disciplinaria* en la cual prevalece la *inobservancia del cuidado necesario* que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, tal como lo mostramos con anterioridad.

En *materia penal*, como es ya sabido, el *dolo* se ambienta con el *conocimiento* y la *voluntad*[405]; la *culpa o comportamiento culposo*, se estructura como *imprevisión del evento previsible* o la *confianza de evitar lo previsto*; se manifiesta en el actuar *negligente, imperito, imprudente o con violación a los reglamentos* de quien exterioriza su comportamiento contrario a derecho[406].

De lo anterior se concluye que, en *materia disciplinaria*, como formas de *culpabilidad*, de manera similar al *derecho penal*, se encuentra la conjugación de los elementos relacionados con el *conocimiento y* la *voluntad (relación subjetiva anímica e intelectiva)* y los *generadores de la culpa*. En el *derecho disciplinario* se agregan *las condiciones personales del autor* que se encuentran en la *"culpa gravísima"*[407], las cuales por mandato del legislador se *valoran* para determinar la responsabilidad de sus destinatarios, circunstancia no aceptada por algunos estudiosos del derecho disciplinario, que como ya se

---

La capacitación en materia de responsabilidad objetiva debe ser una permanente inquietud en algunas entidades del Estado, sobre todo para algunos miembros de la fuerza pública que no han podido superar el paradigma anterior que sí permitía deducir la responsabilidad en materia disciplinaria por el sólo resultado del actuar de los servidores públicos, sin importarles si la conducta fue realizada con dolo o con culpa. Y decimos que es necesaria la capacitación, habida cuenta que en determinado momento por un resultado que no es propio de la actividad psíquica, se le anulan al servidor público todos los años de dedicación a una institución del Estado, por la irresponsabilidad de aquellos investigadores o autoridades disciplinarias a las cuales sólo les importa el resultado de la conducta desplegada, sin interesarles que la misma pudo haber sido consecuencia de un actuar inconsciente, no querido y desprovista de cualquier asomo de negligencia, imprudencia, impericia o de la violación a los reglamentos establecidos.

405 De conformidad con el contenido del artículo 22 de la Ley 599 de julio 24 de 2000 (Código Penal), la conducta es dolosa: "cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización", lo mismo "cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar, lo cual corresponde a la acción realizada y al conocimiento de su antijuridicidad" (antijuridicidad o ilicitud sustancial). La definición combina la voluntad con la representación, como soporte valorativo del juicio de reproche, eliminando de esta manera el concepto de intención como elemento del dolo.

406 El artículo 23 de la Ley 599 de julio 24 de 2000 (Código Penal), expresa; La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haber previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".

407 La mayoría de las Codificaciones Disciplinarias aplican el concepto de la culpa gravísima contenidas en el inciso 4 del artículo 29 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario), la cual se define de la siguiente manera: "Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento...".

dijo, no corresponde a la **responsabilidad de acto** reclamada por el *artículo 29* de la *Constitución Política de 1991*.

Así las cosas y como quiera que el *"dolo"* constituye un *"ingrediente normativo"* que, al no encontrarse completamente construido en las *codificaciones disciplinarias*, tenemos que *"complementarlo"* en todas sus características con *la normativa,* la *doctrina* y la *jurisprudencia penal*[408] o *Penal Militar*, según el caso, tal como lo prescriben los artículos 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[409] (21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[410]); 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[411]; 5 m de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[412]; 64 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[413] (13 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003[414]) y 27 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[415] (20 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2002[416]).

***- Elementos de la culpabilidad (dolo y culpa) en materia sancionatoria y disciplinaria*. De sus definiciones, se extraen los siguientes *elementos*:**

408 Culpabilidad (en materia penal y disciplinaria): "(…) Al respecto, la Corte, en Sentencia C-626/96, al referirse al principio de culpabilidad en materia penal, consideró lo siguiente:

'La culpabilidad es supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquéllos sobre quienes recaiga." (Corte Constitucional, Sentencia C-626 del 21 de noviembre de 1996, demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 4, 5, 7, 8, 9, 14 y 16 de la Ley 228 del 21 de diciembre de 1995. Actor: José Fernando Reyes Cuartas. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Más recientemente, esta Corte se refirió al principio de culpabilidad en materia disciplinaria en los siguientes términos:

'Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor **sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente**, **pues el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos**, *toda vez que 'el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado'* (Corte Constitucional. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 14 de la Ley 200 del 28 de julio de 1995 "Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único". C-155 del 5 de marzo de 2002. Actor: Carlos Mario Isaza Serrano. M.P. Clara Inés Vargas Hernández). (…)" *(las negrillas fuera del texto).*

(Corte Constitucional, *Sentencia C-1076 del 5 de diciembre de 2002*. Demandantes: Carlos Mario Isaza Serrano y Ariel de Jesús Cuspoca Ortiz. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. *Expedientes D-3955 y D-3954*).

Tomada de Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario,* Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2009, pág. 228.

409 Código General Disciplinario.

410 Código Disciplinario Único.

411 Código Disciplinario del Abogado.

412 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

413 Código Disciplinario Militar.

414 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

415 Estatuto Disciplinario Policial.

416 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

* *Dolo. Elementos intelectivos o cognoscitivos,* los cuales se traducen en el *conocimiento*, la representación mental y en la previsión de la conducta. El investigado conoce que su conducta es *típica y antijurídica* (ilicitud sustancial). En síntesis: sujeto, objeto material e ingredientes descriptivos deben ser *percibidos* por los sentidos. El objeto jurídico, los ingredientes normativos y subjetivos, deben ser *comprendidos* conforme a la experiencia común, a las normas culturales existentes o a su sencillo significado jurídico. El *conocimiento* de la *ilicitud* o de la *antijuridicidad sustancial* de la conducta será exigencia imperativa y valorativa del actuar *típico.*

* *Elemento volitivo,* el cual significa la *actitud consciente* del agente que desea, que quiere, que anhela situarse al margen del derecho disciplinario. Es la actitud que cristaliza un querer jurídicamente importante matizado en un comportamiento contrario a la ley. El elemento *volitivo* implica que lo conocido tiene que ser deseado, querido o voluntario.

* *Elemento ejecutivo,* el cual se representa en el juicio práctico de la razón que surge como consecuencia del *querer* realizar la conducta *típica y antijurídica* (ilicitud sustancial). Es la materialización de la *acción u omisión típica* a la cual no se encuentra *exclusión de responsabilidad* alguna.

Así mismo, el ***dolo***, con el fin de diferenciar sus *modalidades* y establecer los diferentes ***grados "de culpabilidad dolosa"***, para los *efectos sancionatorios* de las *faltas gravísimas, graves o leves,* deben consultarse y estudiarse los artículos 52 y ss., 46, 47[417], 48[418], 49, 50[419] y 51 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[420] (artículos 48 y 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50,55, 56, 57, 61, 62, 63 y 65 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[421]); 45, 46 y 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[422]; 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 17 de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[423]; 64, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84 y 85 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[424] (13, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64 y 65 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003[425]) y 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[426] (33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2002[427]), los cuales pueden conducir a las siguientes *clases de dolo*:

Clases de dolo:

- *Dolo de propósito.* El *dolo de propósito* se caracteriza en que la decisión *voluntaria* en la realización de la conducta *típica y con ilicitud sustancial* (o antijurí-

417 Modificado por el artículo 8º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

418 Modificado por el artículo 9º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

419 Modificado por el artículo 11 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

420 Código General Disciplinario.

421 Código Disciplinario Único.

422 Código Disciplinario del Abogado.

423 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

424 Código Disciplinario Militar.

425 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

426 Estatuto Disciplinario Policial.

427 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

dica) surge de una *reflexión y deliberación* más o menos ponderada. Es decir que entre el lapso del *nacimiento* de la idea criminosa y la fase *ejecutiva* del hecho transcurre un tiempo más o menos considerable, que suele coincidir con los actos preparatorios, con la escogencia de los medios adecuados, con la selección de circunstancias y con la búsqueda de una adecuada oportunidad, lo cual se conoce en la doctrina universal como *premeditación*.

* *Dolo de ímpetu.* El *dolo de ímpetu* se presenta en el evento en que la *voluntad del sujeto agente* surge de manera intempestiva o súbita y el hecho se ejecuta como consecuencia de esa manifestación.

* *Dolo inicial*. El *dolo inicial* se presenta únicamente al momento de la *ejecución* de la conducta. Puede coincidir con el ya referido *dolo de ímpetu* y es común que se manifieste respecto a disposiciones clasificadas *en cuanto a su contenido* por la doctrina y en especial por el doctor Alfonso Reyes Echandía (q.e.p.d.), como de *ejecución instantánea*.

* *Dolo concomitante.* El *dolo concomitante* permanece en compañía de la realización de la conducta y la sigue hasta su perfeccionamiento o hasta la producción del resultado querido. *Contrario sensu* al *dolo inicial o al dolo de ímpetu,* se puede observar con mucha facilidad en los *tipos de resultado o de conducta continuada*.

* *Dolo posterior*. El *dolo posterior* se manifiesta una vez terminado el camino de la falta o del *iter criminis*, es decir cuando la conducta del accionante se *concluye* en forma completa o en términos más claros y precisos, aquél que se realiza *después* de la ejecución del hecho.

Esta última clasificación no es convalidada por muchos tratadistas del derecho, pues se considera que el *dolo* debe estar presente en las conductas sancionables y por tanto esta especial clase de *dolo* no podría existir, pues "el actuar doloso es algo inescindible y constituye presupuesto naturalístico del resultado de una acción u omisión, nunca fenómeno ulterior a la ejecución del hecho". [428]

* *Dolo genérico.* El *dolo genérico* es el que está presente en todas las infracciones de carácter *intencional,* de donde se infiere que el sujeto activo de la infracción quiere la conducta *típica y con ilicitud sustancial* (con antijuridicidad).

* *Dolo específico.* El *dolo específico* es aquel que requieren ciertas infracciones para que en la *descripción típica* se exija al agente una *determinada y específica finalidad*, la cual se conoce dentro de la estructura de la *tipicidad* como *ingrediente subjetivo*, aspecto este que forma parte de la *teoría finalista del derecho penal*, ya que si bien es cierto que el *dolo* se predica de la *culpabilidad* y en el *finalismo* los *ingredientes subjetivos se examinan dentro del tipo,* se podría decir que los *ingredientes subjetivos* se pueden unir en *sede de tipicidad* para concretarse esta posición doctrinaria cuando se mida la *culpabilidad* como criterio para determinar la *gravedad* o l*evedad* de la falta y para *erradicar* la teoría de los *numerus apertus* de la aplicación e interpretación de esta clase

428 Reyes Echandía, Alfonso. "Derecho Penal". Segunda reimpresión de la undécima edición. Editorial Temis. Santafé de Bogotá, 1990, pág. 213.

de *tipos* con *ingrediente subjetivo*, habida consideración que los *comportamientos* o *conductas* en las que se describan *"ingredientes subjetivos"*, no pueden *transformarse* en *conductas culposas*, por *aplicación* de la *teoría* de los *"numerus apertus"*. Algunos tratadistas confirman esta posición con el advenimiento del artículo 3º de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011[429].

* *Dolo directo.* El *dolo directo* se presenta cuando el resultado de la conducta corresponde a la dirección inicial de la voluntad del agente o como lo afirmaba el doctor Alfonso Reyes Echandía (q.e.p.d.), cuando "hay perfecta correspondencia entre la voluntad del agente y el resultado de su conducta: el sujeto quería matar a su enemigo y efectivamente lo hizo; quería de manera expresa e inequívoca estafar a Pedro y lo logró en realidad"[430].

* *Dolo indirecto o eventual.* El *dolo indirecto o eventual* se clarifica en el preciso momento en que la realización de la conducta no constituye el resultado querido por quien realiza la acción, pero lo ha previsto como posible. Esta clasificación del *dolo se* encuentra consagrada en el artículo 22 del *Código Penal de 2000*, cuando textualmente expresa: *"La conducta es dolosa* (...), *cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar"*.

* *Dolo de daño.* Para la doctrina el *dolo de daño* se presenta cuando la conducta desplegada por el sujeto activo de la infracción, mediante una conducta *típica,* causa un daño efectivo al *objeto material*.

* *Dolo de lesión.* El *dolo de lesión* resulta cuando la *conducta típica* vulnera de manera efectiva el *objeto, interés o el bien jurídico tutelado.*

* *Dolo de peligro.* El *dolo de peligro* se puede vislumbrar cuando la conducta tan solo pone en *peligro* el *bien jurídico protegido*, sin que se *exija su efectiva lesión o viola*ción.

Sobre el tema el doctor Alfonso Reyes Echandía (q.e.p.d.) dijo:

"El dolo de *lesión* se presenta cuando el agente quiere la realización de conducta que destruye o altera el bien jurídico legalmente tutelado. El hurto es delito de esta naturaleza porque la sustracción de cosa mueble ajena lesiona – disminuyéndolo – el interés jurídico de la propiedad.

Hay dolo de *peligro* en aquellos casos en que el hecho material querido por el sujeto activo simplemente pone en peligro el bien jurídicamente protegido. Tal el dolo que se configura en el delito de contaminación de aguas (C.P·, art. 205[431]) en cuanto el agente quiere contaminar agua destinada al uso o consumo humano, hecho que pone en peligro la salud pública".[432]]

En relación con el tema, es necesario señalar que no es posible presumir *el dolo* en las actuaciones del sujeto agente de la infracción, pues no solamente *basta demostrar la realización material del hecho,* sino que es *indispensable*

429 Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo.

430 Reyes Echandía, Alfonso, ob. cit., pág. 211.

431 Código Penal de 1980 (Decreto 100 de enero 23).

432 Reyes Echandía, Alfonso, ob. cit., págs. 212 y 213.

> *probar que la conducta y el resultado fueron deseados y queridos por el mismo*. Aceptar la *presunción de dolo* sería contrariar el principio constitucional de *presunción de inocencia,* toda vez que el *Estado* debe *probar* la responsabilidad del sujeto agente y no el implicado demostrar su inocencia. Afirmaba el doctor Alfonso Reyes Echandía (q.e.p.d.), que
>
> "Dejar la carga de la prueba de su inocencia al sindicado es retroceder a oscuras épocas en que el hombre, inerme ante el *Estado* omnímodo, debía aventurarse a presentar prueba diabólica de su inocencia para desvirtuar la presunción de responsabilidad que sobre él pesaba por el solo hecho de haber ejecutado comportamiento previsto en la ley como delito.
>
> La *presunción de dolo* dice con razón Maggiore, 'es un vestigio del materialismo jurídico' antaño en boga, pero hoy en camino de definitiva superación.
>
> 'La verdad es, opina acertadamente Núñez, que el conocimiento y la intención en los cuales el dolo consiste, son hechos, aunque de naturaleza síquica, y como tales tienen que ser probados por el juez, lo mismo que los otros hechos que fundamentan la imputación delictiva'".[433]

Igualmente es importante tener en cuenta que en la *coparticipación,* siempre será necesario que las personas que concurran en la realización de una *conducta contraria a derecho*, tengan *conocimiento y voluntad* para desarrollarla, así como tengan la *decisión de tomar parte en el comportamiento descrito como falta o conducta punible* en la cual concurren otros sujetos, es decir que cada uno de los intervinientes *sepan* que van a participar en una conducta *típica y antijurídica* (o con ilicitud sustancial) y que cada uno de ellos *quiera* verificarla, pues su *voluntad* es la de constituir una *"sociedad común"* en la cual se emplean actos *positivos o negativos* para lograr la consumación de la conducta perseguida. Aquí se establece lo que la doctrina llama *coautoría*, que, si bien forma parte de un análisis *objetivo,* la *culpabilidad a título de dolo*, que forma parte de un análisis *subjetivo* entonces dependería, conforme a lo explicado, que los *partícipes* en la realización de la conducta la concreten, indiscutiblemente, con *conocimiento y voluntad libre* de que están contribuyendo a su *verificación*. Frente al *dolo en la complicidad,* por *conductas de resultado*, dependería del conocimiento, claro e inequívoco, que *el cómplice* va a *participar* en la realización del hecho *ajeno* y además, que es su *deseo* hacerlo muy a pesar del *conocimiento* que la conducta es *contraria a derecho* y que se encuentra tipificada en la ley como *falta disciplinaria,* aspecto éste que para algunos doctrinantes resulta *inaplicable* en el *derecho disciplinario*, por considerar que *todos* los que *intervienen* en el la realización de la *conducta descrita* como *falta disciplinaria*, son únicamente *"autores"*, concepto que requiere más análisis y especial estudio, toda vez que sería muy probable que *afectara* el *principio de proporcionalidad* al momento de imponer la *sanción disciplinaria*.

La culpa

Al igual que el ***"dolo"*** constituye un *"ingrediente normativo"* que, al no encontrarse completamente construido en las *codificaciones disciplinarias*, tenemos que *"complementarlo"*

433 Reyes Echandía, Alfonso, ob. cit., págs. 216 y 217.

en todas sus características con *la normativa,* la *doctrina* y la *jurisprudencia penal*[434] o *Penal Militar*, según el caso, tal como lo prescriben los artículos 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[435] (21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[436]); 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[437]; 5 m de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[438]; 64 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[439] (13 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003[440]) y 27 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[441] (20 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2002[442]).

Así mismo, la ***culpa***, con el fin de diferenciar sus *modalidades* y establecer sus diferentes ***grados***, para los *efectos sancionatorios* de las *faltas gravísimas*, deben consultarse y estudiarse los artículos 52 y s.s., 46, 47[443], 48[444], 49, 50[445] y 51 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[446] (artículos 48 y 42, 43, 44, 45, 46, 47, 50,55, 56, 57, 61, 62, 63 y 65 de la

434 Culpabilidad (en materia penal y disciplinaria): "(…) Al respecto, la Corte, en Sentencia C-626/96, al referirse al principio de culpabilidad en materia penal, consideró lo siguiente:

'La culpabilidad es supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena, lo que significa que la actividad punitiva del Estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquéllos sobre quienes recaiga." (Corte Constitucional, Sentencia C-626 del 21 de noviembre de 1996, Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3, 4, 5, 7, 8, 9, 14 y 16 de la Ley 228 del 21 de diciembre de 1995. Actor: José Fernando Reyes Cuartas. M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

Más recientemente, esta Corte se refirió al principio de culpabilidad en materia disciplinaria en los siguientes términos:

'Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor **sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente**, **pues el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos**, *toda vez que 'el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado'* (Corte Constitucional. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 14 de la Ley 200 del 28 de julio de 1995 "Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único". C-155 del 5 de marzo de 2002. Actor: Carlos Mario Isaza Serrano. M.P. Clara Inés Vargas Hernández). (…)". *(las negrillas fuera del texto).*

(Corte Constitucional, *Sentencia C-1076 de diciembre 5 de 2002*. Demandantes: Carlos Mario Isaza Serrano y Ariel de Jesús Cuspoca Ortiz. Magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández. *Expedientes D-3955 y D-3954*).

Tomada de Mejía Ossman, Jaime y Mejía Acosta, Karolina. *Temática Jurisprudencial del Proceso Disciplinario,* Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá 2009, pág. 228.

435 Código General Disciplinario.

436 Código Disciplinario Único.

437 Código Disciplinario del Abogado.

438 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

439 Código Disciplinario Militar.

440 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

441 Estatuto Disciplinario Policial.

442 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

443 Modificado por el artículo 8º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

444 Modificado por el artículo 9º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

445 Modificado por el artículo 11 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

446 Código General Disciplinario.

reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[447]); 45, 46 y 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007*[448]; 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 17 de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[449]; 64, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 84 y 85 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017*[450] (13, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64 y 65 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003[451]) y 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50 y 51 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[452] (33, 34, 35, 36, 37, 38, 39 y 40 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2002[453]), los cuales pueden ayudar los siguientes elementos.

Elementos de la culpa en materia sancionatoria y disciplinaria

Conducta constitutiva de acción u omisión: Indiscutiblemente la conducta debe ser de contenido *positivo o negativo*; debe estar exteriorizada en actos concretos y resultados notorios, pues los actos *intelectivos*, los *deseos* o los *pensamientos* no pueden entrar en la esfera sancionatoria. La conducta del sujeto debe ser la *causa objetiva* de un resultado dañoso, es decir que el evento debe ser *objetivamente* imputable a la conducta *positiva* o *negativa* del accionante.

Contrariedad o afectación del objeto, interés o bien jurídico tutelado: El derecho afectado como consecuencia de la conducta *positiva o negativa* del sujeto activo de la infracción, debe estar *tipificado* en la modalidad *culposa* por la respectiva disposición sancionatoria, muy a pesar de la posición jurisprudencial que de los *números apertus* tiene la *Corte Constitucional*, que al parecer y por las razones ya explicadas en esta obra, según algunos doctrinantes, contraría el principio de *legalidad de las faltas*, máxime que el *artículo 3º* de la *Ley 1437 del 18 de enero de 2011* en su artículo 3º inciso 2º y numeral 1º, expone:

> "(…)
>
> Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del **debido proceso. …**
>
> 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** (…)"[454] *(las negrillas fuera del texto).*

447 Código Disciplinario Único.

448 Código Disciplinario del Abogado.

449 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

450 Código Disciplinario Militar.

451 Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares.

452 Estatuto Disciplinario Policial.

453 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

454 Y el principio de legalidad enmarcado en el artículo 4º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) y originario del artículo 29 de nuestra Constitución Política, exige que los destinatarios de la ley disciplinaria "en los casos previstos en este código" "solo" serán investigados y sancionados por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización", mandato constitucional y legal que no le permite transformar a la

Relación de causalida entre l conducta del agente y la vulneración del interés jurídico: La relación de causalidad debe establecerse de manera *subjetiva* entre la conducta del accionante que es realizada sin previsión de sus eventos posibles o con ***imprudencia, impericia, negligencia, violación de reglamentos***, o por sus ***condiciones personales*** (como acontece con la culpa gravísima) vinculada a un resultado que se produce de manera efectiva.

Clases de culpa en materia sancionatoria y disciplinaria

El Código Penal (*Ley 599 del 24 de julio de 2000 – artículo 23)* y el Código Penal Militar (*Ley 1407 del 17 de agosto de 2010- artículo 25)*, en relación con la culpa, expresa:

> "La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo".
>
> De esta definición nacen la **culpa sin representación** y la **culpa con representación**.
>
> *La culpa sin representación.* Corresponde **a la primera parte** de la definición legal contenida en los *artículos 23 y 25* de las *Leyes 599 del 24 de julio de 2000* (Código Penal) y *1407 del 17 de agosto de 2010* (Código Penal Militar), al señalar:
>
> "*La conducta es culposa cuando* **el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible** (…)" (las negrillas y el subrayado fuera del texto).
>
> Esta forma de *culpa* se presenta cuando el sujeto activo de la acción **incumple los deberes de cuidado**, o actúa de manera imperita o imprudente.
>
> "Sería la hipótesis del cazador que dispara precipitadamente contra un animal oculto en un lugar que suele ser visitado por turistas y da muerte, en cambio, a una persona que se hallaba en ese mismo sitio.
>
> Es, sin duda alguna, la forma más común de la culpa; en ella se sanciona al agente porque **no previó lo que en el caso concreto y con ordinaria diligencia hubiera podido y está obligado a representarse**; faltó, así, al deber de cuidado que en esta situación le era exigible (las negrillas fuera del texto)."[455]

Culpa con representación. También corresponde a la definición legal contenida en el *artículo 23* de la *Ley 599 de julio 24 de 2000* o el *artículo 25* de la *Ley 1407 de agosto 17 de 2010*, que a la letra dice:

---

autoridad disciplinaria o al funcionario competente los comportamientos descritos como faltas dolosas en faltas culposas, pues estas últimas conductas no fueron preexistentes al momento de su realización y tampoco figuran como previstas en la codificación disciplinaria. Tema que se desarrolló con ocasión al estudio del principio de culpabilidad como rector de la ley disciplinaria.

455 Reyes Echandía, Alfonso, ob., cit., pág., 220.

> *La conducta es culposa* **cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente** (…) **habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo**" (las negrillas y el subrayado fuera del texto).

Esta forma de culpa se presenta por *imprudencia* manifiesta y se confunde con el *dolo eventual* en el que **el sujeto se representa el resultado posible, pero que frente al mismo no presenta ninguna actitud frente a su evitabilidad**. Existe en el agente un **imprudente exceso de confianza de poder evitar el resultado**.

> "En este caso, el sujeto prevé la probable verificación del resultado, pero espera que no se producirá; la culpabilidad de su conducta se deriva aquí de la **indebida confianza puesta en la no verificación del evento**; se supone que ante tal posibilidad debería de haber actuado diversamente para asegurarse de que realmente el resultado no se produciría. En esta *culpa* incurre el conductor que guía su automóvil a velocidad excesiva por vía concurrida, representándose la probabilidad de atropellar a alguien, sin que en verdad lo quiera, evento que a la postre no logra evitar a pesar de que había creído lo contrario" *(las negrillas fuera del texto).*[456]

De manera similar a las *Codificaciones Penales*, en las *Codificaciones Disciplinarias* los artículos 29 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* y 10 (parágrafo, inciso 3) de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*, también se refieren a la **culpa sin representación** y a la **culpa con representación**, así:

> *Ley 1952/2019. Artículo 29. Culpa.* (modificado por el artículo 4º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021). "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 debió haberla previsto por ser previsible** o **habiéndola previsto confió en poder evitarla**. (…)"[457].

> *Ley 1828/2017. Artículo 10 – Parágrafo – inciso 3. 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**.

Generadores de la culpa en materia sancionatoria y disciplinaria

Negligencia: Expresión sinónima de *descuido, omisión, desatención, desinterés, desidia, abandono, dejadez, distracción, desaplicación e indolencia*, que significa *falta de cuidado, falta de atención* o *falta de interés*. Es una actitud por medio de la cual la persona desestima o desprecia y no emplea los medios necesarios e idóneos para *evitar resultados* previsibles.

---

456 Reyes Echandía, Alfonso, ob. cit., pág. 220.

457 Ver: artículo 44. Parágrafo. De las reemplazadas Ley 734 del 5 de febrero de 2002 (Código Disciplinario Único) y artículo 39. Parágrafo de la Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional).

> "Es *negligente* la persona que por indolencia deja de realizar una determinada conducta a la cual estaba jurídicamente obligada o la ejecuta sin la diligencia necesaria para evitar la producción de un resultado dañoso que no se quiere; es un descuido en el propio comportamiento que tiene por causa la incuria[458].
>
> La negligencia implica falla en el proceso atentivo por falta de adecuada coordinación entre el estímulo y la reacción correcta para responder a él; es, pues, una forma de desatención, de inercia síquica.
>
> Responderá de culpa con negligencia el guardavía que por pereza o descuido deja de bajar las barras de un paso a nivel cuando el tren se acerca".[459]

Imprudencia: Ausencia de *precaución*; *falta de cautela, moderación o discernimiento; irreflexión, precipitación, indiscreción, inoportunidad, insensatez e irresponsabilidad*. La *imprudencia* constituye una sobrevaloración, sin ninguna justificación, de los medios puestos a disposición de la persona, o de las capacidades personales del sujeto para que afronte de manera favorable el desarrollo de un evento cualquiera.

> "La imprudencia es un obrar sin aquella cautela que según la experiencia corriente debemos emplear en la realización de ciertos actos; es un comportamiento inadecuado que resulta de una respuesta inmediata al estímulo que la provoca sin la necesaria valoración sobre la conveniencia o inconveniencia, oportunidad o inoportunidad de la reacción y, desde luego, sin la conveniente graduación de la intensidad de la respuesta. Se trata, pues, de una falla sicológica, concretamente de la esfera intelectiva, que lleva a obrar sin las precauciones debidas en el caso concreto.
>
> Es imprudente el conductor que guía su vehículo a velocidad excesiva por una calle intensamente concurrida".[460]

Impericia: falta de *pericia*[461], *habilidad o experiencia; inexperiencia, torpeza, ineptitud, incapacidad e incompetencia*.

La *impericia* es la carencia de capacidad, idoneidad y experiencia consideradas mínimas para el adecuado desarrollo de actividades que pueden afectar los bienes jurídicamente tutelados. En algunas oportunidades el *Estado*, a través de los correspondientes actos idóneos, señala las pautas indispensables para el cumplimiento de determinadas actividades, para lo cual establece controles, exige estudios especiales, otorga licencias, condiciona las actuaciones, prevé requisitos, etc.

> "(...) La *impericia* consiste en la insuficiente aptitud para el ejercicio de un arte o profesión; en la falta de aquella habilidad que requieren determinadas funciones.

458 Falta de cuidado o atención.

459 Reyes Echandía, Alfonso, ob. cit., pág. 221.

460 Reyes Echandía, Alfonso, ob. cit., pág. 222.

461 La pericia es el conjunto de conocimientos, capacidades y experiencias necesarios para alcanzar los resultados lícitos de una determinada actividad.

> La inhabilidad está, pues, a la base de la impericia; ella se refiere, en general, a la falta de técnica ordinariamente exigida para el adecuado desarrollo de una adecuada actividad.
>
> Un ingeniero se muestra imperito cuando diseña un edificio sin el empleo de la técnica correcta para el cálculo de resistencia de los materiales que habrán de utilizarse en su construcción; un médico lo será, cuando interviene quirúrgicamente a su paciente con una técnica operatoria desueta".[462]

Inobservancia de reglamentos y órdenes. Cuando la ley o los reglamentos establecen principios y límites para el ejercicio de actividades riesgosas; prohíben algunas acciones lesivas y peligrosas y además, prevén los medios y medidas que deben adoptarse al desarrollar ciertas actividades, las personas tienen la obligación jurídica de cumplirlos, por constituir verdaderos imperativos normativos. En la inobservancia de los reglamentos y órdenes no se comprenden los consejos o recomendaciones, por estar estos por fuera de la órbita obligatoria de quienes se someten a ellos y no estar conformes con el principio de legalidad contemplado en los estatutos punitivos.

> "Aunque tradicionalmente se ha venido mencionando también el incumplimiento de normas legales y reglamentarias como otro mecanismo generador de culpa, un más detenido examen de la cuestión nos ha llevado a concluir que a la violación de tales normas se llega también por las vías de la negligencia o de la imprudencia y en ocasiones por la falta de conocimiento sobre su significado como podría ocurrir respecto de los símbolos utilizados para regular el tránsito vehicular.
>
> Aunque parece obvio, no sobra aclarar que la mera inobservancia de estas disposiciones no genera culpa, sólo en los casos en que tal violación lleve a la comisión de un hecho previsto en la ley como delito. Tal sería la hipótesis del automovilista que por pasar semáforo en rojo–conducta prohibida por las normas que regulan el tránsito automotor – ocasione muerte o lesiones a un peatón".[463]

La culpa en materia disciplinaria. Como ya se dijo, la *culpa* aparece descrita en todas las *Codificaciones Disciplinarias* como *principio rector* y complementada por vía indirecta con las remisiones a que alude la respectiva disposición de *integración normativa*. Así, la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario), a la que remiten total o parcialmente las demás *Codificaciones Disciplinarias*, además de expresar en su principio rector de la culpabilidad (art. 10) que "solo se podrá imponer sanción por conductas realizadas con culpabilidad" y que "queda proscribe toda forma de responsabilidad objetiva", define en su artículo 29 la *culpa* y la clasifica en *culposa, gravísima y grave*, descartando la posibilidad de imponer sanción por comportamientos realizados con *culpa leve*.

Es la razón por la cual los *elementos normativos* provistos por el *principio rector de culpabilidad* y sus definiciones dadas a los *ingredientes subjetivos* por las disposiciones disciplinarias (en especial la del artículo 29 *idem*), conllevan a insistir y recalcar que para deducir la *responsabilidad* del *disciplinado debe probarse la culpa como elemento subjetivo de la culpabilidad*. Por ello, es frecuente escuchar en los *medios académicos* que se está

462 Reyes Echandía, Alfonso, ob. cit., pág. 222.

463 Reyes Echandía, Alfonso, ob. cit., pág. 222.

en presencia de una *conducta culposa* cuando la misma se encuentre de *manera expresa descrita como tal* en la *ley preexistente* al momento del *actuar típico*, como lo indica acertadamente el artículo 21 del *Código Penal* (Ley 599 del 24 de julio de 2000), el cual en la opinión de muchos académicos se aplica en el campo disciplinario[464], de un lado por mandato de los artículos 22 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* -Código General Disciplinario – (21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 —Código Disciplinario Único—); 16 de la *Ley 1123 del 22 de enero de 2007* (Código Disciplinario del Abogado); 5m de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017* (Código de Ética y Disciplinario del Congresista); 64 de la *Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* – Código Disciplinario Militar–(13 de la derogada Ley 836 del 16 de julio de 2003 – Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares) y 27 de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022* – Estatuto Ético Policial–(20 de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 – Régimen Disciplinario para la Policía Nacional), de otra parte por orden del artículo 375 del *Decreto 100 del 23 de enero de 1980* (Código Penal), que quedó vigente por interpretación del artículo 474 de la *Ley 599 de julio 24 de 2000* (Código Penal), por no ser norma consagratoria "**de prohibiciones y mandatos penales**"; por otro lado por la posición que asumió la *Corte Constitucional* al considerar que el *derecho disciplinario* era parte del *derecho sancionatorio, penal o punitivo del Estado* y finalmente por lo expresado por el *Consejo Superior de la Judicatura* en su providencia de *agosto 24 de 1995* en la cual acepta que *las conductas disciplinarias son esencialmente dolosas*.

Así mismo, *la Jurisprudencia de las Cortes, expresan:*

Corte Constitucional. Sentencia T-438 del 1º de julio de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

> *"(...) El peticionario fue sancionado por el Ministerio Público, en ejercicio del poder disciplinario. El derecho disciplinario que respalda este poder está compuesto por un conjunto de normas y principios jurídicos que permiten imponer sanciones a los servidores públicos cuando éstos violan sus deberes, obligaciones o incurren en vulneración de las prohibiciones e incompatibilidades que para ellos ha establecido la ley.*
>
> *Este tipo de responsabilidad ha dado lugar a la formación de una rama del derecho administrativo llamada 'derecho administrativo disciplinario'. Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propias del derecho penal (entre ellos el de culpabilidad, desde el punto de vista de su concepción). Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación debe observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan el derecho penal. La naturaleza esencialmente sancionatoria de ambos derechos hace que las garantías del derecho más general (el penal) sean aplicables también a ese otro derecho, más*

464 Coherencia que también la permite los artículos 4º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019–Código General Disciplinario – (artículo 4º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002); 3º de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007 (Código Disciplinario del Abogado); 5c de la Ley 1828 del 23 de enero de 2017 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista); 44 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 – Código Disciplinario Militar- (artículo 3º de la Ley 836 del 16 de julio de 2003); 7º de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 – Estatuto Disciplinario Policial – (3º de la Ley 1015 del 7 de febrero de 2006), ya que sus destinatarios "sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización" (el subrayado y las negrillas fuera del texto).

especializado, pero igualmente sancionatorio, que es el derecho disciplinario. Tanto el derecho penal como el administrativo disciplinario emplean las penas como el principal mecanismo de coacción represiva. Todos los principios y garantías propias del derecho penal se predican también del disciplinario. Esta situación ha llevado a considerar que el término derecho penal es impropio (pues existen, como se ve, varios derechos penales) y empieza a hacer carrera la revitalización del término 'derecho criminal' para referirse al derecho de los delitos propiamente dichos (las letras inclinadas fuera del texto).

Expertos como el profesor Juan Fernández Carrasquilla *afirman:*

*'El derecho disciplinario amenaza sanciones administrativas a quienes violan los especiales deberes de lealtad y rectitud que por una investidura pública les vienen impuestos. Al aplicarlo (aunque sea por medio del otorgamiento de esta función administrativa a ciertos órganos de la jurisdicción), el Estado procede, dice algún autor, como un patrón especial, no como soberano. En general, el ilícito disciplinario se encuentra definido en tipos más abiertos y las sanciones pueden ser a veces discrecionales. En él no hay nada de peligrosidad. Por lo general, la sanción disciplinaria no es incompatible con la penal propiamente dicha, salvo cuando la deslealtad o deshonestidad del funcionario o empleado público es elemento del tipo penal, pues entonces se violaría el principio non bis in ídem.' (*Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Fundamental Tomo I).*

Todo lo anterior lleva a la conclusión inequívoca de que este derecho disciplinario, que es, en últimas un derecho penal administrativo, debe aplicarse con la observancia debida a los principios del derecho penal común (las letras inclinadas son nuestras). Debe aplicarse directamente el art. 375 del Código Penal, que establece:

'Las disposiciones contenidas en el Libro Primero de este Código se aplicarán también a las materias penales de que tratan otras leyes o normas, siempre que éstas no dispongan otra cosa.'

En consecuencia, se debe entender que 'materias penales' no es equivalente a 'materias criminales', sino a materias en las que se apliquen penas, y se debe entender el término 'penas' en un sentido amplio, como cualquier represión estatal formalizada. Si no se aceptare la aplicación directa de este precepto en el derecho disciplinario, cabría en todo caso la aplicación analógica del mismo (las letras inclinadas son nuestras), por la similitud en la naturaleza de las normas. En todo caso, la misma Constitución permite hacer esta interpretación, pues en el artículo 29 generaliza las normas del debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas.

Si al derecho disciplinario se le aplican los principios generales del derecho penal, es claro que en el caso concreto que hoy ocupa a esta Sala, la Procuraduría violó uno de esos principios generales: el principio de la favorabilidad".

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de octubre de 1992. M.P. Juan Manuel Torres Fresneda.

"El 4 de marzo de 1991 con ponencia del Magistrado que ahora ejerce la misma función, la Sala dijo:

> '(…) *Se acepta en principio la diferente naturaleza de las infracciones penales y disciplinarias, pero al mismo tiempo obliga reconocer su inmensa similitud, pues ambas deben estar precedidas de requisitos de legalidad, y consecuencialmente del de tipicidad; en las dos igualmente debe estar demostrada la antijuridicidad, esto es, la vulneración del bien jurídico protegido que es la Administración Pública afectada por la ineficiencia de la Administración de Justicia y, por último, ambas deben ser conductas culpables, como de manera reiterada lo ha sostenido la doctrina y la jurisprudencia* (…)*'".*

Corte Constitucional. Sentencia C-244 del 30 de mayo de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

> *"(…) La acción penal, en cambio, cubre tanto la conducta de los particulares como la de los funcionarios públicos, y su objetivo es la protección del orden jurídico social. Cabe agregar que ya no es posible diferenciar la acción penal de la acción disciplinaria por la existencia en la primera de los conceptos de dolo o culpa, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 200 de 1995 (hoy artículos 10 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 y 13 de la reemplazada Ley 734 de febrero 5 de 2002), parcialmente acusada, "en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".*

Corte Constitucional. Sentencia C -187 del 6 de mayo de 1998. M.P. Hernando Herrera Vergara.

> *"(…) Por lo tanto, dentro del marco constitucional establecido en el artículo 29 superior, se tiene que las garantías mínimas del debido proceso deben aplicarse en las actuaciones administrativas, como ocurre en aquellas tendientes a cumplir con la finalidad de la investigación disciplinaria, en cuanto participan de dicha connotación administrativa, en virtud de la naturaleza misma de las autoridades que la instruyen y de las faltas y sanciones que la comprenden, con la consiguiente facultad sancionatoria que presenta* **que hace que los principios del derecho penal, como los relativos a la presunción de inocencia, la defensa técnica, la publicidad procesal, la imparcialidad, la presentación y contradicción de las pruebas, y el principio de legalidad, entre otros, se apliquen** '(…) *mutatis mutandi*[465] *en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento* (…)' *(Sentencia C-280 del 25 de junio de 1996, M.P.* Alejandro Martínez Caballero)*."*

Por todo lo anteriormente expuesto, se debe insistir en el pensamiento de algunos académicos, los cuales predican que en materia disciplinaria, *no es posible sancionar un comportamiento culposo*, cuando esa conducta no aparezca *tipificada*, como tal, en las respectivas *Codificaciones Disciplinarias*, so pena de conculcarse los principios de *legalidad* y de *tipicidad*, los cuales exigen la *previsión* y *descripción* de la conducta y prohíben la sanción de un *comportamiento culposo* cuando el mismo no está *contemplado* en forma *expresa* en la ley.[466]

---

465 Cambiando lo que se debe cambiar.

466 Carlos Mario Isaza Serrano, en su obra Derecho Disciplinario – Parte General –. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez: Bogotá D.C., 1997, págs. 89 a 91, dice:

> "(…) Como formas de culpabilidad se adoptan el dolo y la culpa y se deja de lado la preterintención como propia, exclusivamente, del derecho penal. En cuanto a éstas como contenidos psicológicos

La conducta culposa en la visión de la Corte Constitucional

La *Corte Constitucional* solucionó la tipificación de las *conductas culposas* con el sistema de *numerus apertus* en la incriminación de las *faltas disciplinarias,* en su pronunciamiento jurisprudencial que emitió con ocasión a la expedición del *artículo 14* de la *Ley 200 del 28 de julio de 1995* (Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002) y con relación a la demanda de inconstitucionalidad que instauró el doctor Carlos Mario Isaza Serrano en contra del *artículo 13 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002* (C-948 del 6 de noviembre de 2002), en detrimento del *principio de legalidad*, como lo precisan algunos estudiosos sobre trascendental tema.

En la *Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002, expediente D-3937*, con ponencia del doctor Álvaro Tafur Galvis[467], la *Corte Constitucional* ordenó estarse a lo resuelto en la *Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002*.

En la *Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002*, expediente *D-3680*, con ponencia de la doctora Clara Inés Vargas Hernández, la *Corte Constitucional* dijo:

> "(...) *5. El principio de culpabilidad en materia disciplinaria y el sistema de numerus apertus en la incriminación de las faltas disciplinarias*

de la culpabilidad, el Código Disciplinario Único no las define. Tomando en consideración el mandato de su *artículo 18* (hoy 22 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2029 (21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002), sobre prevalencia de las normas del Código Penal y Procedimiento Penal, entre otras, en la interpretación y aplicación de aquél, cabe tomar las definiciones que el *estatuto de las penas* trae, de una y otra, para fijar sus alcances en el delineamiento de las conductas disciplinarias (...) Sin embargo, el Código Disciplinario Único, no incluye norma alguna que disponga sobre el carácter general o excepcional de la sanción de las conductas consideradas como culposas, como sí lo hace el Código Penal. Esta omisión nos lleva al problema de buscar, doctrinalmente, una solución acertada a la configuración de la culpabilidad en la determinación de la responsabilidad disciplinaria para efectos sancionatorios, bajo el marco filosófico y jurídico que más se ajuste a la preceptiva de la Carta Política. (...) En el presente caso por tratarse de la figura de la culpabilidad cabe hacer extensivo a la ley disciplinaria, el régimen excepcional de punición para las conductas culposas. Por consiguiente, los comportamientos de esta naturaleza sólo serán punibles en aquellos casos expresamente determinados en la ley disciplinaria. Como esta normatividad no trae una enunciación precisa de cuáles son los tipos contentivos de comportamiento culposo, el operador disciplinario debe colegir esta circunstancia del texto mismo del precepto prohibitivo. (...) Cuando se exija una de las formas de la culpa: negligencia, impericia, imprevisión o imprudencia, como elemento subjetivo, el tipo será culposo, en los demás casos será doloso. Es decir, cuando el tipo disciplinario admita, expresamente, como una de las formas de culpabilidad, o como la única: la culpa, determinada esta circunstancia por la existencia de un elemento subjetivo que permita establecerlo así, se debe tomar la precaución de imputar al disciplinado, la comisión de la falta en la modalidad que corresponda, so pena de incurrir en irregularidades sustanciales que dificulten el ejercicio de su derecho a la defensa y vicien de nulidad el proceso. (...)".

467 En esa providencia la Corte expresó: "(...) 3.1. Cosa juzgada material. Frente a los cargos formulados por el ciudadano Carlos Mario Isaza Serrano contra los artículos 7 y 13 de la Ley 734 de 2002, la Corte constata que esta Corporación en las Sentencias C-181/02 y C-155/02 declaró la constitucionalidad de los artículos 9 y 14 de la Ley 200 de 1995 cuyo tenor literal es exactamente el mimo de los artículos ahora demandados y que los cargos planteados en la presente demanda contra dichos artículos son idénticos a los que el mismo ciudadano formulara contra las disposiciones declaradas exequibles por la Corporación en dichas sentencias y que fueron reproducidas por el Legislador en los artículos 7 y 13 acusados. De la misma manera, la Corte se estará a lo resuelto en la Sentencia C-155/02 en relación con los cargos formulados en el presente proceso contra el artículo 14 de la Ley 734 de 2002".

La sujeción que debe el derecho disciplinario a la Constitución implica que además de garantizar los fines del Estado Social de Derecho, debe reconocer los derechos fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, siendo la culpabilidad uno de ellos según lo consagrado en el artículo 29 Superior en virtud del cual "Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable".

Es decir, que en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es "Supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga"[468]*. Principio constitucional que recoge el artículo 14 del C.D.U. acusado (hoy 10 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019), al disponer que "en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa". Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que "el hecho de que el Código establezca que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa, implica que los servidores públicos solamente pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso – con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso -, y que dentro de éste se haya establecido la responsabilidad del disciplinado"*[469]*.*

Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos[470]*, toda vez que "el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandis en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado"*[471] *(lo subrayado y las letras inclinadas fuera del texto).*

Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado "numerus apertus", en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le

468 C-626 del 21 de noviembre de 1996.

469 C-728 del 21 de junio de 2000.

470 Esta tesis de la Corte Constitucional clarifica que la culpabilidad en materia disciplinaria debe sr interpretada conforme a los elementos normativos definidos en materia de culpabilidad penal.

471 Cfr. Sentencias C-195 de 1993 (sic), C-280 del 25 de junio de 1996, C-306 del 11 de julio de 1996, C-310 del 25 de junio de 1997, entre otras.

> *corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como "a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de", etc. Por tal razón, el sistema de numerus apertus supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición (…)" (las letras inclinadas fuera del texto).*

Como ya se lo había expresado, algunos académicos no comparten lo expuesto por la *Corte Constitucional*, por considerarlo violatorio del *principio de legalidad*, el cual *le impide al juez disciplinario construir conductas expost*, toda vez que la *Carta Política* condiciona la *tipicidad de las faltas disciplinarias* a que ellas estén *"conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa"*, como de manera expresa lo anuncia el *inciso 2º del artículo 29*.

Además, y para brindar al lector más *claridad* sobre el tema, repetimos lo que se dijo cuando se abordaba el principio de culpabilidad, como rector del derecho disciplinario. Allí se dijo:

> "(…) el *legislador* dejó plasmada su voluntad de **respeto** al **principio de legalidad** de las faltas y de las sanciones, al señalar que **sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente** sus destinatarios **"en los casos previstos"** y **"por comportamientos que estén descritos**[472] **como falta en la ley vigente al momento de su realización"**, como lo informan los *artículos 4º* de la *Ley 734 de febrero 5 de 2002* y *3º* de las *Leyes 836 de julio 16 de 2003* y *1015 de febrero 7 de 2006*, amén de que el *artículo 23* del *Código Disciplinario Único*[473], aplicable a los *demás regímenes sancionatorios*, impone el *deber* a los competentes de *disciplinar* cuando se adecue el comportamiento a una *falta disciplinaria*, la cual se concreta al **incursionar "en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos**[474] **en este código**", sin dejar de desconocer que el artículo 43 *idem* prevé que **"las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código**[475] (…)" *(el subrayado y las negrillas fuera del texto)*.
>
> En conclusión: algunos *tratadistas* de esta particular disciplina, piensan que la *autoridad disciplinaria* al tener la autorización de la *Corte Constitucional* de que es ella "**quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición**", como se expresa en la sentencia de

472 Recuérdese que los comportamientos "descritos" implican la elaboración de una oración gramatical, en la cual se describa la conducta que constituye falta disciplinaria, la cual debe contener: sujeto, objeto, verbo rector, ingredientes normativos o subjetivos, al igual que circunstancias modales, temporales o espaciales.

473 Hoy artículos 4º y 26 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario); 44 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 – Código Disciplinario Militar – y 7º de la Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial).

474 Al estar "descrito" el comportamiento, obviamente se considera que se encuentra "previsto" en la ley disciplinaria".

475 Lo cual no es cierto, porque si se acepta la teoría de los numerus apertus, las tipicidades se aumentan en incalculable número, toda vez que la gran mayoría de las faltas gravísimas admiten modalidades culposas y la inmensa mayoría de los delitos dolosos se importarían como falta disciplinaria y podrían transformarse en comportamientos culposos, tal como lo acepta la Sentencia C-720 del 23 de agosto de 2006 con ponencia de Clara Inés Vargas Hernández.

constitucionalidad, esta *autoridad disciplinaria* se convierte en un *dispensador de justicia arbitrario* por autorización expresa del máximo ente rector constitucional, aspecto que algunos doctrinantes lo rechazan, por contrariar al *Estado social y democrático de derecho*, que no permite que de manera *posterior a la realización del comportamiento que constituye falta disciplinaria, se creen tipos disciplinarios a gusto y capricho del sancionador*, pues, los destinatarios de la ley disciplinaria, "**sólo serán investigados** (…) **por comportamientos que estén DESCRITOS como falta en la ley vigente al momento de su realización**…", como lo pregonan las disposiciones que sobre el principio de legalidad y de la definición de la falta disciplinaria fueron citadas en precedencia y de conformidad a la aplicación de la *ley preexistente* como lo ordena nuestra *Carta Política*.

La culpabilidad con relación a las sanciones disciplinarias y respecto de las faltas cometidas con culpa gravísima y con culpa grave

Con la inclusión de la definición legal de *culpa gravísima* y de *culpa grave* en la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[476], se ampliaron los *grados de culpabilidad* establecidos en su *artículo 13*, concluyéndose que la *culpabilidad* se desarrollaba cuando el destinatario incurría en la comisión de faltas *dolosas* y *culposas*, así como en las realizadas con *culpa gravísima* y con *culpa grave*, tal como así se describía en el artículo 44, parágrafo *ídem*.

Con la sanción presidencial de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*, se mantuvo la institución de la **culpa gravísima** y de la **culpa grave** en el último inciso de su artículo 29, con la misma redacción contenida en el parágrafo del artículo 44 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002, así:

> *"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".*

Estas especies de **culpa gravísima** y de **culpa grave**, además continuar vigentes en la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[477] (artículo 44- parágrafo de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002[478], se incluyen los artículos 10 de la *Ley 1828 del 23 de enero de 2017*[479]; y 50 (parágrafos 1, 2 y 3) de la *Ley 2196 del 18 de enero de 2022*[480] (39 y parágrafo de la derogada Ley 1015 del 7 de febrero de 2002[481]). Las *Leyes 1123 del 22 de enero de 2007*[482] y *1862 del 4 de agosto de 2017*[483] **no las contemplan**, Por consiguiente, a pesar de **permitir esas codificaciones** llenar los vacíos con la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*

476 Código Disciplinario Único.

477 Código General Disciplinario.

478 Código Disciplinario Único.

479 Código de Ética y Disciplinario del Congresista.

480 Estatuto Disciplinario Policial.

481 Régimen Disciplinario para la Policía Nacional.

482 Código Disciplinario del Abogado.

483 Código Disciplinario Militar.

(Código General Disciplinario), el **principio de integración normativa no se aplica** por impedirlo el **principio de legalidad de la sanción** y además por no reputarse esas clases de culpa **como principios rectores** o como aspectos de **naturaleza procedimental** disciplinaria.

Como ya se anotó, algunos doctrinantes insisten que los conceptos de *culpa gravísima*[484] y de *culpa grave*[485], se aplican exclusivamente a las conductas realizadas con *ocasión o*

484 "(...) estado psicológico en el que el servidor público consiente o crea un riesgo de afectación a deberes funcionales de especial cuidado, al no estar empoderado razonablemente de las únicas condiciones que explican y justifican su presencia en la administración pública, cuales son el conocimiento de ellos o su cumplimiento atento y prudente.

Así pues, se considera que esta clase de culpa en sus diferentes modalidades constituye un estado psicológico determinado por el incumplimiento del deber de instruirse para desempeñar labores de especial significado o peligro, por la desatención de estas o por su violación manifiesta, creando así un riesgo no permitido por el ordenamiento jurídico que da lugar a la conducta reprochada.

Estas condiciones son las que hacen que la culpa gravísima sea más reprochable que la culpa grave, porque es bien diferente no observar el cuidado necesario respecto de un asunto corriente a no observar ningún cuidado frente a exigencias normativas específicas de utilización de estos, lo cual termina por generar una censura en abstracto a las actitudes subjetivas que luego dan lugar a la comisión de la falta concreta.

Por estas razones, la relación del deber de cuidado en la culpa gravísima es negativa y no de deficiencia, pues no se estructura teniendo como referencia lo que haría otro servidor público del mismo nivel técnico del infractor, sino las propias condiciones o circunstancias del disciplinado en el contexto de la función pública o ciertas exigencias normativas perentorias. (...)". (Carlos Mario Isaza Serrano, *Teoría General del Derecho Disciplinario* (aspectos históricos, sustanciales y procesales), 2 ed., editorial Temis, Bogotá, 2009, pág. 177).

485 "(...) estado psicológico en el que se consiente un riesgo de afectación al deber funcional, creado por la inobservancia del cuidado necesario que un servidor público perteneciente a la categoría y especialización del disciplinado le daría al ejercicio de sus funciones, en el manejo del asunto en donde se comete la falta.

En lo que toca a esta clase de culpa debemos decir que 'no se funda sobre lo extraordinario, sino precisamente sobre lo ordinario, sobre las condiciones medias normales' (Jorge Eliécer Gaitán, *"Revista jurídico criminal"*, núms. 10-11, Bogotá, Iqueima, 1948, pág. 17). Así las cosas, el punto que se ha de investigar en lo que hace a esta modalidad de conducta tiene que ver con el ejercicio del deber de cuidado que el servidor público le corresponde observar dentro de la órbita de sus funciones, para evitar la producción de la falta, teniendo como medida de este deber de cuidado lo que haría en idéntica situación una persona del común, con la misma esfera de responsabilidades, la cual debe ser, en el contexto de la función pública, alguien habilitado para el ejercicio de funciones públicas, en lo posible con los mismos predicamentos y calificaciones individuales que aquella.

Así mismo hay que subrayar que esta clase de culpa surge 'no de la violación de una norma jurídica que establezca un deber determinado, ni el abandono de una obligación moral', sino de la 'conducta equivocada de una persona que, de hecho, ha obrado de modo diferente a (sic) como habría obrado un tipo ideal o abstracto de comparación, y al hacerlo, ha quebrantado' (Álvaro Pérez Vives, *"Teoría General de las obligaciones"*, Primera parte, vol. II, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1951, pág. 279), el interés jurídico protegido por el derecho disciplinario.

Al establecer así el legislador la determinación de la culpa grave se impone que funcionalmente el servidor público se circunscriba en sus actuaciones oficiales, no a su personal criterio ni a sus costumbres, sino a lo que frente a la misma situación laboral haría razonablemente otro servidor público perteneciente a la misma esfera laboral o nivel técnico.

Solo en estas circunstancias se puede considerar que el investigador se encuentra en condiciones de conocer para una mejor comprensión del hecho juzgado, si dentro de un orden técnico determinado, una semejanza se corresponde o aproxima a otra semejanza. (Carlos Mario Isaza Serrano, *"Teoría General del Derecho Disciplinario -Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales- "*, 2 ed., editorial Temis, Bogotá, 2009, págs. 184 y 185).

en ejercicio de la función del destinatario de la ley disciplinaria[486], por estar definidos en ellos la *ignorancia supina, la desatención elemental, la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento y la inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común debe imprimir a sus actuaciones*[487]. Concluyen, de igual manera, que ello, en

---

486 En concepto PAD. C-113 de 2011 de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios, se lee: "… Como puede verse, en la culpa gravísima se ubican todas aquellas acciones respecto de las cuales, si bien no es predicable un ánimo deliberado en su manifestación, ponen en evidencia un desconocimiento grosero del deber funcional, por parte del agente estatal.

La culpa grave, definida por el legislador como la inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, merece una precisión:

'En cuanto hace a la categoría 'culpa grave' ha de precisarse que la 'persona del común' a que alude como punto de referencia para estandarizar el nivel de exigibilidad, el artículo 44 de la Ley Disciplinaria en su parágrafo, debe entenderse como aquélla sometida a la relación de sujeción especial, no determinada particularmente por funciones ni jerarquías, es decir, el servidor público promedio' (Torres, Flor Alba, Amaya, César Augusto y CARO Manuel. *La Culpabilidad en el Derecho Disciplinario*. Artículo publicado en Lecciones De Derecho Disciplinario. Volumen 1. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2006, pág. 65.).

Equivale la culpa grave, según enseña el Código Civil, al descuido leve, al descuido ligero, a la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano…".

487 "La ignorancia supina es definida por el Diccionario de la lengua de la Real Academia Española como un estado de conciencia 'que procede de la negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse' (numerales 3 y 42 del artículo 38 del Código General Disciplinario–y 2 y 40 del reemplazado artículo 34 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002), en lo que concierne a las reglas de obligatorio cumplimiento.

Inicialmente explicamos que para que puedan tener algún sentido las expresiones 'ignorancia supina', 'desatención elemental' o 'violación manifiesta' deben denotar una alternativa predicada de las 'reglas de obligatorio cumplimiento', comprensiva de tres eventos distintos referidos a un mismo centro de imputación normativa.

De esta manera, la presencia de por lo menos uno de estos generadores, en cualquiera de sus modalidades —ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta— debe predicarse siempre de la existencia de lo que jurídicamente define e identifica el legislador, de forma ambigua, como reglas de obligatorio cumplimiento y no de cualquier norma jurídica, dado que no toda norma jurídica es una regla de obligatorio cumplimiento. (…) En todo caso, no sobra advertir que a diferencia de lo que sucede con la ignorancia supina como generador de la culpa gravísima, la desatención elemental y la violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento involucran el conocimiento de funciones, (…) Sin embargo, a pesar de que en la desatención elemental y en la violación manifiesta es '(…) suficiente el establecimiento de su infracción para que se dé la responsabilidad. Conviene precisar ahora que dicha responsabilidad no se extiende a todos los resultados que se hayan derivado de cualquier manera de la violación de la norma, sino que se limita a los resultados que la norma misma pretendía prevenir (…) es necesario, por ello, que se haya verificado uno de los resultados a cuya prevención estaba destinada la norma violada' (Antolisei, cit., pág. 276).

Se toma en consideración que se debe tratar de 'disposiciones que el agente estaba obligado a cumplir, y no de simples recomendaciones, en atención a que dichas reglas estatuyen preceptos propios de un arte o profesión o dan soluciones procesales o regulan con mayores detalles e indicaciones la prevención de riesgos laborales o la ocurrencia de accidentes en ámbitos donde ordinariamente el Estado, por medio de sus servidores, asume la actividad de custodio, gestor, interventor, empresario o cualquiera otra, por medio de la cual se propaga un objetivo a corto plazo en el ejercicio de la función pública.

(…)

Por ejemplo, Gómez Pavajeau incurre en este yerro cuando estima que la desatención elemental se da por no asumir el servidor público una disposición diligente frente al trabajo al omitir las precauciones o cautela más elementales, sin precisar respecto a qué clase de mandatos se deben observar estas precauciones o cautelas, sigue sosteniendo que también se presenta dicho generador de culpa al olvidar las medidas de racional cautela aconsejadas por la previsión más elemental, que deben observarse en los actos ordinarios de la vida, o por una conducta de inexcusable irreflexión y ligereza o también por prescindir de manera elemental del buen juicio y

la moderación necesarios y fundamentales imprescindibles para realizar el bien y evitar el mal, o cuando–citando a Santos Britz–enseña que la imprudencia temeraria se caracteriza por el olvido de las más elementales precauciones que toda persona debe guardar al realizar los actos ordinarios de la vida.

No compartimos la conceptualización que de la noción de desatención elemental hace Gómez Pavajeau, citando a otros autores (Cuello Calón, Luzon y Santos Britz, cita por Carlos Arturo Gómez Pavajeau, ob. cit., pág. 456). Señala que esta, como rasero del deber objetivo de cuidado exigible a un servidor público, se presenta por la omisión de precauciones o cautelas más elementales, porque para su evaluación de la desatención elemental no opera un criterio objetivo o abstracto sino un error apreciable en la misma conducta de cara a un referente normativo preciso y no general.

Un entendimiento diferente parte de un fundamento normativo mutilado o supuesto que sitúa la culpa gravísima fuera del contexto disciplinario, para explicarla con elementos doctrinales propios de otros escenarios jurídicos, como en efecto lo hace el citado autor.

En el campo de la función pública, los actos ordinarios de la vida son los propios del deber funcional y no otros. De suerte que cuando el deber funcional atañe a la aplicación de una regla de obligatorio cumplimiento, el servidor público al cual corresponde ejercerlo debe observar mayor cuidado o atención más exigente, derivada esta del carácter obligatorio de la regla o del daño implicado en su desconocimiento, que con las circunstancias que le otorgan o le imponen a esta su connotación vinculante.

Como respecto de estos dos generadores de la culpa gravísima, el cuidado necesario ha sido trascendido por un plus de exigencias mayores derivadas de la naturaleza de la norma o del interés involucrado en ella, cualquier interpretación que acuda a una referencia normativa general sobre la específica de obligatorio cumplimiento, para erigirlos como tales, los anula en la práctica a favor del predominio de la culpa grave, o lo que pudiera ser más complicado, los asimila al dolo, aunque sin relevancia punitiva, porque nada los diferenciaría normativamente entre sí, pues tanto en la desatención elemental como en la violación manifiesta de obligatorio cumplimiento hay conocimiento de estas y una actuación encaminada a su transgresión.

Tampoco compartimos lo expuesto en este punto por Sánchez Herrera (Esiquio Manuel Sánchez Herrera, ob. cit., pág. 56), cuando sostiene que la ignorancia supina se da por violación del deber objetivo que recae sobre aquellos deberes que son consustanciales a la función y se presenta cuando la persona no cumple cabalmente aquello que es de la esencia de la función y el agente se aparta del núcleo básico del deber que le corresponde en el ejercicio de la función, porque no solo no está en consideración un deber objetivo de cuidado, sino también porque la estructura básica latente en este generador de culpa gravísima es la ausencia de conocimientos determinada por su negligencia en aprehenderlos.

En cuanto a la desatención elemental, incurre en igual desatino al estimar ese mismo autor, al expresar que esta se presenta por la violación al deber objetivo de cuidado que se suscita cuando el servidor no realiza lo que resulta obvio, imprescindible hacer, lo que es común que otra persona hiciera o que es evidente que la persona debió hacer, porque se trata de un análisis que parte de elementos ajenos a la culpa gravísima, de por sí refractaria a modelos abstractos de comparación y que deja de lado la principal referencia que en vía inversa permite calificar la desatención, cual es la regla de obligatorio cumplimiento.

Respecto de la violación de reglas de obligatorio cumplimiento, el equívoco en su evaluación no es menor, si se toma en consideración que nada explica sobre dicho generador, cuando afirma que se da porque el deber objetivo de cuidado es reglado y el servidor público desatiende el cumplimiento de esa norma que impone ese deber.

En resumidas cuentas, este autor, con tal posición, incurre igual en un extravío hermenéutico, pues parte del desconocimiento de la estructura y alcance de los generadores de la culpa gravísima, cuando niega, por un lado, el significado natural y obvio del término *ignorancia supina*, en cuanto supone negligencia en aprender e inquirir sus funciones y no incumplimiento de estas, y llega a la conclusión de que el incumplimiento presupuesta el conocimiento de dichas funciones; y por otro lado, porque frente a una situación laboral corriente, hablar de desatención elemental por falta de cuidado necesario para desarrollar un deber funcional sin afectarlo es una contradicción en los términos que de igual manera niega la estructura y alcance de este generador de la culpa gravísima, porque lo configura en un espacio propio de la culpa grave, cuando requiere para su medición la evaluación de un comportamiento tipo de otro servidor público promedio, perteneciente a la misma esfera técnica.

En estas condiciones, reiteramos, la imputación subjetiva que se originaría siempre sería a título de culpa grave, mucho más cuando se prescinde de considerar el predicado normativo sobre el

vigencia de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002* – Código Disciplinario Único, le permitía a la *autoridad disciplinaria*, arbitrariamente, *reemplazar en equivalencia,* la sanción, es decir la *falta gravísima dolosa* por la *falta con culpa gravísima* (cuando con esta última se apreciaba un comportamiento estrictamente culposo) y la *falta gravísima* por la *falta grave* cuando el comportamiento se realizara con *culpa grave*, dejando los conceptos de *comportamiento culposo* únicamente para la aplicación de la sanción cuando el *juez disciplinario* estableciera que la *falta gravísima* no se realizó con *ocasión o en ejercicio de la función* sino por razones diferentes a ella. Por tal motivo en materia sancionatoria la *autoridad disciplinaria de esa época* imponía la sanción de *destitución* e *inhabilidad general* cuando el destinatario realizaba el comportamiento enmarcado en *falta gravísima* cometida a título de *dolo* o cuando lo realizara con *culpa gravísima*; la *suspensión e inhabilidad especial*, cuando se incurría en falta *gravísima culposa* o en *falta grave dolosa* y la *suspensión* cuando se concretaba la *falta gravísima* con *culpa grave* o se cometía *falta grave culposa*.

En la actualidad las *faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima* ya no conservan la misma sanción que se atribuía a las *faltas gravísimas dolosas*, tal como se deduce de los dos primeros numerales contenidos en el artículo 48 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[488], al señalar:

> **Artículo 48. Clases y límites de las sanciones disciplinarias.** *(Modificado por el artículo 9º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021)*. El disciplinable está sometido a las siguientes sanciones:
>
> "1. Destitución e inhabilidad general de **diez (10) a veinte (20) años** para las **faltas gravísimas dolosas**". *(las negrillas fuera del texto).*

---

que se estructura la culpa gravísima, al costo de dejar sin límites diferenciales las dos modalidades de conducta culposas, en contravía de lo establecido legalmente para ellas.

(…)

Si bien la desatención elemental es esencialmente una conducta omisiva, la violación manifiesta es activa porque implica la ejecución de un deber funcional que desconoce abierta o protuberantemente las reglas de obligatorio cumplimiento o le da un cumplimiento torcido. De ahí entonces que la diferencia de este generador de la culpa gravísima con el dolo venga dada apenas por la norma que es objeto de transgresión y no por el conocimiento del deber funcional, en su doble aspecto, fáctico y normativo, lo cual sitúa a dicha transgresión en el campo de la temeridad, y por ende de la culpa extrema.

En todo caso, en el primer caso la culpa gravísima se origina en una falta de atención, mientras que, en el segundo, en las condiciones fácticas de la actividad funcional, puesto que no media un error sino una conducta temeraria o imprudente.

Pero para que esta circunstancia se presente no basta una violación cualquiera o que haya discrepancias sobre las condiciones de aplicación de la norma, sino que se desconozca 'el sentido literal de la norma y su concreta finalidad', es decir, cuando estos sean lo suficientemente claros, y 'pese a ello, se distorsionan dándoles un alcance que no pueden tener, cuando esa torcida interpretación no se explica por ignorancia o por errónea asimilación de su contenido, y cuando ella, se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que (…)' (C.S. de J., sent. del 21 de julio 1983, reiterada en proveído de fallo de 10 de julio 1996, M.P. Carlos Mejía Escobar) una actuación así es manifiestamente ilegal y, por ende, generadora de culpa gravísima, pero únicamente dará lugar a una falta gravísima si dentro del catálogo de las del artículo 48 del Código Disciplinario Único (52 a 66 del Código General Disciplinario), el tipo disciplinario seleccionado recoge un deber funcional predicable de una norma de obligatorio cumplimiento (…)". (Carlos Mario Isaza Serrano, *Teoría General del Derecho Disciplinario-Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales,* 2 ed., Editorial Temis, Bogotá 2009, págs. 177 a 184).

488 Código General Disciplinario.

> "2. Destitución **e inhabilidad general de ocho (8) a diez (10) años** para las **faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima**" *(las negrillas fuera del texto).*

De la misma manera en la actualidad creen que la diferencia en cuanto a la sanción de estos dos numerales fue un acierto por parte del legislador y que la misma fue como respuesta al cumplimiento del *principio de proporcionalidad* de que trataba el artículo 18 de la *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[489], pues nunca aceptaron que un **comportamiento culposo** contemplara la misma sanción que la dispuesta para el **comportamiento doloso**, ya que como lo indica el principio rector:

> "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".

Y en este sentido la sanción correspondiente a un **comportamiento doloso** debió ser mayor a la de un **comportamiento culposo**, pues así lo indican **la redacción del principio** y **los criterios que señalaba la Ley 734 del 5 de febrero de 2002**. Sin embargo, en la reemplazada codificación, la sanción estaba reglada en idénticos términos para las dos modalidades: **destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años.**

Con la redacción de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[490], este principio referido a la **proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria** *(nomen iuris ampliado)* esta debe corresponder a la **clasificación de la falta** y **su graduación** de acuerdo con los criterios señalados en el artículo 50 *idem*, modificado por el artículo 11 de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021*, lo cual permiten apreciar que el **comportamiento doloso** es una conducta de mayor trascendencia y representa un daño social de mayor entidad que el **comportamiento culposo**, para lo cual en el artículo 48 *ibidem* numerales 1 y 2 (modificado por el artículo 9º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), los diferenció en la forma como atrás quedó demostrado.

Finalmente debemos dejar en claro que lo querido por el legislador en el reemplazado Código Disciplinario Único y en la actual Codificación General Disciplinaria, es la **previsión y descripción** de **conductas preexistentes** al momento de la comisión de la falta **y no fórmulas que explicaran** como una conducta *gravísima dolosa* significaba lo mismo al cometerse con *culpa gravísima*, ni mucho menos que una **conducta gravísima dolosa cometida culposamente o con culpa grave se transformara en falta grave.**

La doctrina con relación al tema de la culpabilidad

El doctor Alejandro Ordóñez Maldonado señala:

> "(...)
>
> Algún sector de la doctrina sostiene que para la configuración del dolo en materia disciplinaria sólo es necesario el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud, siendo la voluntad un elemento apenas secun-

489 Código Disciplinario Único.

490 Código General Disciplinario.

dario o accidental. Se parte, entre otros argumentos, de que las faltas disciplinarias, en su mayoría, tienen similar estructura a los delitos de omisión o de infracción de deber, donde el elemento voluntad no juega un papel predominante. En igual sentido, asemejan tal condición al fenómeno del dolo eventual en materia penal.[491]

No obstante, y como acertadamente lo sostiene el penalista Fernando Velásquez, las dificultades comienzan cuando se trata de precisar si las reglas formuladas para el dolo en los tipos comisivos (acción) se pueden extender a los omisivos, afirmando que en uno y otro caso el dolo debe estar integrado por un elemento cognoscitivo y por otro volitivo[492]. Y más adelante agrega:

'Sobre el componente volitivo, es indispensable que también el agente quiera la realización del tipo en su aspecto objetivo correspondiente, que tenga voluntad de realización de la conducta **omisiva** según la nota de la finalidad. Que en el **dolo omisivo** se requieren estos elementos se deduce, como se indicó, del tenor del art. 22: "La conducta **(omisiva, se agrega)** es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización"; desde luego, dada la redacción legal, también podría presentarse un dolo omisivo eventual (artículo citado, parte segunda)' *(el subrayado las negrillas fuera del texto)*.

Quiere decir lo anterior, que, para el dolo en tipos de omisión en materia penal, es necesario que se admita la existencia del elemento volitivo (voluntad), o al menos que se entienda, que tal elemento cumple una función negativa[493]. Con mayor razón ello significa, que cuando se esté en presencia de tipos de comisión (conducta activa), siempre y en todos los casos será necesario comprobar la existencia del elemento volitivo del dolo.[494]

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

491 En tal sentido se pronuncian Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en *Dogmática del Derecho Disciplinario*: Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 423 a 428 y Sánchez Herrera, Esiquio, en *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Preguntas y Respuestas*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, págs. 52, 55 y 56.

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

493 Tal y como se afirma en la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia, citada por el mismo autor Carlos Arturo Gómez Pavajeau en Dogmática del Derecho Disciplinario, ob. cit., pág. 427.

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

En uno y otro sentido, no resulta para nada extraño que el elemento volitivo sí sea indispensable para la configuración del dolo en materia disciplinaria, tanto para las conductas activas como omisivas, con las precisiones efectuadas. Si así son las cosas, nótese que ante un evento de error de derecho o de prohibición vencible, tal situación no sólo afectaría el conocimiento de los hechos –así se considere que el mismo se torne en conocimiento potencial o actualizable de la ilicitud que, en todo caso, para algunos autores, sería un actuar negligente o imprudente–, sino que se afectaría con plenitud el otro elemento, **la voluntad,** aspecto que confirmaría la exclusión del dolo.

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

Así las cosas, puede concluirse que si la voluntad es un elemento esencial del dolo en materia disciplinaria, ante un evento de error de derecho o de prohibición vencibles, la consecuencia lógica y ante todo justa, es que el autor responda por la comisión culposa de la falta[495], tal y como ocurre con el error de hecho o de tipo vencibles y siempre y cuando la estructura del tipo disciplinario lo permita, pues es claro que su comportamiento fue ajeno a su propia voluntad.[496] Tal conclusión no resulta del todo extraña, pues con acierto, ese sería el tratamiento que se le daría al error mixto según lo propuesto por uno de los autores anteriormente citados.[497- 498]

495 Igualmente, y de conformidad con el inciso 4º del artículo 29 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – Código General Disciplinario- (parágrafo del artículo 44 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002- Código Disciplinario Único), le corresponderá al funcionario disciplinario determinar la forma de culpa con que se desplegó el comportamiento

496 En contra de esta conclusión, por una parte, puede consultarse a Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en su obra "Dogmática del Derecho Disciplinario", ob. cit., págs. 485 a 492. Allí, de los extractos de las sentencias de la Corte Constitucional que se citan (T-1093 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y C–127 de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra) la única conclusión plausible, es que el error de derecho vencible no exime de responsabilidad disciplinaria, conclusión que se comparte totalmente. El punto de la discordia es que el autor argumenta que la imputación debe mantenerse como dolosa, ante lo cual, y contrariamente se considera, que la imputación debe ser culposa, tal y como se explica en la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura que el mismo autor cita; pero la cual él no comparte (Sentencia del 16 de noviembre de 1995, M.P. Amelia Mantilla Villegas, rad. 5752 A). Y, por la otra, en algunos textos de la doctrina y en fallos de la Procuraduría se sustenta contundentemente que cuando se trate de error de derecho vencible, la imputación deberá mantenerse como dolosa. Sin embargo, uno de los principales argumentos de tal conclusión es el siguiente «(…) frente a un error vencible sobre la prohibición debe mantenerse el dolo, toda vez que frente a un sistema jurídico informado por una ética de la responsabilidad basta para su estructuración una conciencia potencial de la antijuridicidad». Tal reflexión, es la que precisamente se caracteriza por tener únicamente en cuenta el elemento cognoscitivo como componente del dolo, dejando de lado el elemento volitivo, del cual precisamente se concluyó que sí es un elemento esencial para la configuración del mismo.

497 Por el contrario, se está en acuerdo con este autor, respecto del tratamiento del denominado error mixto. ob. cit., págs. 493 a 495.

498 Ordóñez Maldonado, Alejandro. Justicia Disciplinaria – *De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud-*, Ediciones Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, noviembre de 2009, págs. 69 a 72.

El doctor Diego Alberto Zuleta García señala:

> "(...) podemos afirmar que, en materia disciplinaria en nuestro país, el principio de culpabilidad se encuentra cimentado en la estructura dogmática culpabilista[499], en tanto al principio de culpabilidad se le agregaron construcciones jurídicas como la culpa gravísima y la culpa grave, que, en nuestro criterio, se deducen de la condición personal del investigado más no de su acto[500] *(lo subrayado fuera del texto).*
>
> En el proceso de teorización de la culpabilidad, gran parte de la doctrina nacional ha interpretado que en el Derecho Disciplinario las categorías de dolo y culpa corresponden a formas de conducta y no a formas de culpabilidad, criterio orientador del cual nos matriculamos, bajo la perspectiva de poder argumentar las distintas variables que gobiernan el instituto bajo estudio.
>
> (...)
>
> Ahora bien, el dolo y la culpa instruyen la llamada 'conducta típicamente antijurídica', expuesta por Gómez Pavajeau[501], según la cual la tipicidad y antijuridicidad se encuentran inescindiblemente unidas, tesis esta que al igual que Pedro Alfonso Hernández,[502] no compartimos, pues en ninguna parte de la Ley 734 de 2002 (hoy Ley 1952 del 28 de enero de 2019), se indica que las figuras de la tipicidad y la antijuridicidad se puedan fusionar y en segundo término, porque la labor del juez disciplinario no puede limitarse a verificar si se incurrió en la falta y si se actuó con dolo o con culpa, sino que también debe establecer probatoriamente si se afectó el deber funcional y si se actuó amparado en una exclusión de responsabilidad[503].
>
> (...)
>
> Luego de estas disquisiciones, desde mi punto de vista podemos decir que la culpabilidad en el ámbito disciplinario militar no es más que la imputación que se realiza al disciplinado respecto a su aspecto subjetivo, en el que se le recrimina habar actuado o con dolo (conocimiento de la ilicitud e intencionalidad) ora con culpa (negligencia, descuido, ignorancia supina,

499 Villegas Garzón, Óscar. La Culpabilidad en el Derecho Disciplinario – *Especificidad del Derecho Disciplinario. Ensayos Sobre Derecho Disciplinario*, Tomo I. Colección Especializada- Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario – CAAD. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2002, págs. 146 y ss.

500 Lo subrayado coincide con el pensamiento que vengo expresándoles a mis dicentes desde el año 2008, en el desarrollando de la materia "Derecho Sancionatorio I" que dicto en la Especialización de Derecho Sancionatorio (Universidad Militar Nueva granada).

501 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Universidad Externado de Colombia, 2ª ed. Bogotá D.C., octubre de 2007, págs. 312-31.

502 Hernández, Pedro Alfonso. "La Ilicitud Sustancial es una Categoría Autónoma en el Régimen Disciplinario: Algo más que 'conductas típicamente antijurídicas'". *Ensayos sobre Derecho Disciplinario*, Tomo I. Colección Especializada – Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario –CADD. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá, 2010, págs. 69 a 73.

503 Es mejor referirse a una causal de "justificación", conforme a lo señalado por todas las Codificaciones Disciplinarias. En especial el artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – Código General Disciplinario- modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021 – (artículo 28 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002).

desatención elemental, etc.), por cuanto se encuentra prohibida la responsabilidad objetiva[504].

(…)

Sobre este punto Gómez Pavajeau, sugiere que *'hay que mirar la culpabilidad en derecho administrativo sancionador a partir de la admisión de la existencia de matices morigerantes en determinados sectores respecto de la responsabilidad objetiva*.[505]

Estamos de acuerdo con este autor en cuanto a que en el Derecho Disciplinario se admiten las graduaciones o modulaciones en la culpabilidad (por eso hay culpa gravísima, grave o leve), pero no lo estamos respecto de que hay que aceptar la existencia de matices morigerantes respecto de la responsabilidad objetiva, pues, en nuestro ordenamiento ésta se encuentra proscrita de forma absoluta. Así, en Sentencia SU-901 de 2005[506], la Corte Constitucional expresó:

'En el ámbito de la imputación penal y disciplinaria está proscrita la responsabilidad objetiva; es decir, la responsabilidad por la sola causación del resultado – entendido éste en su dimensión normativa – o por la sola infracción del deber funcional, según el caso'.

(…)

Pues bien, considero que por la vía interpretativa de modular o morigerar la responsabilidad objetiva, es que se pretende facultar al juez disciplinario para que aplique conceptos, como la 'culpa por asunción' [507]que en nuestra opinión va en contravía de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria o de inculpabilidad, en lo que toca al error invencible.

Sánchez Herrera[508], interpreta que los moduladores en materia de culpabilidad se deben apreciar es en relación con las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria, *verbi gracia* como la prevista en el numeral 2 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 (hoy 3º del artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019), que se refiere a actuar en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor entidad que el sacrificado, toda vez que como no hay norma que nos enseñe cuál deber es de mayor importancia, le

504 Téngase en cuenta que la responsabilidad objetiva atiende exclusivamente al daño producido sin importar la forma de culpabilidad empleada en la comisión de la falta.

505 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Editorial Universidad Externado de Colombia, 3ª ed. Bogotá D.C., 2004, pág., 127.

506 Del 1º de septiembre.

507 Diego Alberto Zuleta García, en este mismo tema, más adelante y en la página 175 de su obra "Introducción al Régimen Disciplinario Castrense", complementó:

"(…) Reitero que tales consideraciones deben ser recibidas con beneficio de inventario, pues su aplicación iría en contra de los postulados que proscriben la responsabilidad objetiva y de paso desecharían las causales de exclusión de responsabilidad o inculpabilidad, como el del error invencible, en quebranto del respeto por la dignidad humana (…)".

508 Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Los Contenidos Materiales de la Ilicitud Sustancial. Cuaderno de Derecho Disciplinario* – Líneas Doctrinales N.º 5 – Edición septiembre – octubre 2010. Alcaldía mayor de Bogotá, pág. 29.

corresponderá al juez disciplinario analizar bajo criterios constitucionales de razonabilidad sobre los asuntos enfrentados para poder definir si se está en presencia de dicha causal"[509].

El doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau expresa:

"(...)

Sin embargo, debe precisarse que el sentido y contenido de la culpabilidad no es igual en el ámbito penal que en el disciplinario, puesto que, como aquí se ha venido insistiendo, si bien ambos guardan similitudes no debe perderse de vista su propia sustancialidad. De allí que se diga que, en 'relación con la culpabilidad del derecho disciplinario y del derecho administrativo, al menos en grado es inferior a la del derecho penal, en razón a los bienes que protegen y porque el derecho disciplinario se ocupa de la conducta ético-social del servidor público, diferente al campo del derecho penal que protege los mayores bienes como la vida humana, la hacienda pública, el patrimonio económico y otros derechos fundamentales' (Viceprocuraduría General de la Nación. Carlos Arturo Gómez Pavajeau, auto de única de única instancia del 19 de diciembre de 2001, expediente 001-22413).

(...)

De todos modos, la culpabilidad en derecho disciplinario comporta la presencia de la capacidad de culpabilidad (imputabilidad), dolo o culpa, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta[510].

509 Zuleta García, Diego Alberto. *Introducción al Régimen Disciplinario Castrense*, editorial Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá D.C., febrero de 2013, págs. 167 y ss.

510 Carlos Mario Isaza Serrano, sobre el particular en su obra *Teoría General del Derecho Disciplinario-Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales*, 2 ed., editorial Temis, Bogotá 2009, páginas., 165 y 166, pone de manifiesto:

"(...) La otra postura es disciplinarista, con la pretensión de dotar al derecho disciplinario de una dogmática propia que consulte aspectos como la culpabilidad, la naturaleza y peculiaridades de aquel. No obstante, quienes pugnan por su primacía no se han percatado – o lo han ignorado deliberadamente- que desde las divergencias que han planteado se acercan más al derecho penal que los adalides de la posición penalista, porque construyen y enriquecen su edificio teórico con argumentos típicamente penalistas.

Por tanto, no dejan los disciplinaristas de ser penalistas, sobre todo cuando en materia disciplinaria presupuestan la culpabilidad sobre los mismos elementos de la culpabilidad penal, creyendo que las diferencias estriban en teorizar; tomando algunos aspectos operativos de la tipicidad o de la culpabilidad, cuando, entre otras razones, estos no sirven como reglas de referencias únicas en el derecho disciplinario.

Para no ir más lejos, nótese como cimientan sin mayor reflexión la base empírica de la culpabilidad disciplinaria con los mismos elementos de la culpabilidad penal: capacidad de culpabilidad (imputabilidad), dolo o culpa, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.

En efecto, ni en el menos transigente estudio de Gómez Pavajeau, sobre dogmática del derecho disciplinario, se encuentra el mínimo esfuerzo por separarse de la teoría dominante del derecho penal, muy a pesar de que preconiza a lo largo y ancho de su obra un angustioso llamado a realizar las construcciones teóricas del derecho disciplinario, con elementos propios.

No obstante, estos resultados, en la actualidad el estado de la cuestión es que se puede estar de acuerdo con los estudios de este autor o discrepar de ellos, pero nunca prescindir de ellos como punto de referencia, en la tarea de abordar cualquier examen sobre el tema de la culpabilidad.

Sostiene aquel que 'el sentido y contenido de la culpabilidad no es igual en el ámbito penal que en el disciplinario, puesto que, como aquí se ha venido insistiendo, si bien ambos guardan similitudes

No quisiéramos terminar este aparte sin hacer mención completa, dada la influencia que impone, el concepto que sobre la 'estructura de la responsabilidad en el nuevo Código Disciplinario', ha esbozado el joven jurista colombiano de talla internacional Óscar Julián Guerrero Peralta:

El artículo 13 de la Ley 734 de 2002 replica la anterior disposición de la Ley 200 en materia de culpabilidad, esto es, la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva y el establecimiento de la falta a título de dolo o culpa.

No obstante, el sabor penalístico de la figura, se debe adoptar una posición que difiera de las bases tradicionales de la categoría de culpabilidad establecida en el Código Penal. Esa construcción obligaría a una interpretación sistemática de los artículos 13, 22, 23, 27, 28 y 44.

Los artículos 22 y 23 hablan de la garantía de la función pública y de la estructura de la falta disciplinaria, de donde se predica la exigencia al sujeto disciplinable del ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes establecidos en la Constitución y las leyes y en un correlato lógico el artículo 23 habla de la falta disciplinaria en el sentido de la numeración de los generadores de conducta sustancialmente ilícita conforme al artículo 5º de los principios generales.

Las dos referencias básicas de los artículos 22 y 23 se cifran en el cumplimiento del deber, el límite al ejercicio de los derechos y el mandato de no incurrir en prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, de tal manera que las nociones de dolo y culpa siempre van a estar referidas a la incursión en comportamientos previstos como faltas o en el incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de funciones y derechos o incursión en prohibiciones, etc. Se añade a lo anterior que el artículo 27 contempla las formas de realización del comportamiento en el sentido de que la acción u omisión están referidas al cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o de que el comportamiento se realiza con ocasión de ellos.

Esta normatividad nos puede remitir a la noción de comportamiento antijurídico, entendiendo que éste no es únicamente propio del derecho penal, sino que se comprende en un concepto más amplio, esto es, un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien cuando se le pude hacer el reproche por haberlo aceptado. Así, por ejemplo, la idea central del dolo no está referida únicamente a los aspectos de conocimiento y voluntad, como en el derecho penal, sino que se resuelve en otras características como la

---

no debe perderse de vista su propia sustancialidad. (...)

Nada más alejado de la realidad que esta apreciación, si se tiene en cuenta que cada sistema normativo de corte punitivo tiene sus propios raseros de evaluación de la culpabilidad, que interiormente cobran sus grados de intensidad, sin que para ello tengan algo que ver los intereses protegidos con cada uno de ellos.

Que en todo caso la culpabilidad en grados, como responsabilidad plena, comporte el establecimiento de penas diferentes, es otro tema de discusión; sin embargo, no se puede negar que en la evolución del derecho disciplinario se ha venido también reconduciendo a la protección, la mayor de las veces indirecta, pero otras veces directa, de los mismos bienes jurídicos que protege el derecho penal, por decirlo de esta manera. Si no fuere así, ¿cuál es la finalidad del derecho disciplinario frente a la misión de las autoridades públicas?".

previsión efectiva. La previsibilidad se considera sí está presente el antecedente lógico y psicológico de la evitabilidad de un resultado contrario a derecho y no deseado. La previsibilidad se desarrolla a través de la capacidad intelectual propia de la gente para asumir situaciones de un hombre de inteligencia y cultura media en un momento dado con la posibilidad de prever el evento como consecuencia de su conducta.

Al asumir el sentido de la concepción clásica de la culpa como una variante de la culpabilidad se tiene que entender que, a diferencia de los generadores de la culpa que aparecen en el derecho penal (negligencia, impericia, imprudencia, etc.), en las nociones que trae el nuevo Código Disciplinario se hace una proyección a lo que la doctrina internacional reconoce como diligencia exigible[511] al agente, esto es, la que se determina según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata y perteneciente a la esfera técnica del caso en el que se produce la falta. Estas dos definiciones se proyectan sin desconocer el sentido objetivo de la culpabilidad y al mismo tiempo su sentido subjetivo.

La determinación de la culpabilidad tal y como está estructurada en el Código Disciplinario reviste importancia práctica para determinar la gravedad o levedad de la falta y para la imposición de sanciones, de donde se infiere que el parágrafo del artículo 44 jugará un papel importantísimo, pues los criterios para determinar lo que doctrinariamente se conoce como diligencia exigible se reconocen en la nueva normatividad a título de ignorancia supina, desatención elemental, violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento e inobservancia de cuidado necesario[512].

(...)

Es así como la doctrina ha concluido que 'cuando un sujeto ha llevado a cabo una *conducta especialmente apta* para producir un determinado resul-

511 Este soporte de la culpa grave constituye un dique doctrinal para detener la defensa de los destinatarios de la ley disciplinaria cuando ésta se soporta en la "ignorancia" para excusarse de su responsabilidad.

Con razón Carlos Mario Isaza Serrano, citando a Alejandro Nieto García, señala: "De aquí la obligación genérica no ya de conocer todo el repertorio de ilícitos, sino de procurar conocerlos. En consecuencia, su responsabilidad le será exigida no ya por sus conocimientos reales, sino por los conocimientos exigibles a la diligencia debida. Esta diligencia es variable en atención a las circunstancias personales de cada uno: grado de cultura, medio en que vive, grado de proximidad de ilícito a sus actividades habituales y, sobre todo profesión" (Isaza Serrano, Carlos Mario. *Teoría General del Derecho Disciplinario* (aspectos históricos, sustanciales y procesales), 2 ed., editorial Temis, Bogotá 2009, pág., 191).

De la misma manera Carlos Mario Isaza Serrano, indica: "El asunto se plantea entonces en el derecho disciplinario, no ya desde la perspectiva del conocimiento ficticio o real, sino desde la diligencia exigible, pero no en cuanto a la obligación de conocer la ilicitud de la conducta, como lo sostiene el citado autor, sino desde la perspectiva de conocimiento de los deberes funcionales de cuyo desconocimiento surge aquella. Porque cualquier excusa le puede ser admitida a un servidor público frente al conocimiento general de la normativa disciplinaria, menos la consistente en no saber cuáles son las atribuciones del cargo, es decir, para cuyo ejercicio fue vinculado, y mucho menos, que no las estaba cumpliendo o las estaba cumpliendo mal". (Isaza Serrano, Carlos Mario. *Teoría General del Derecho Disciplinario – Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales,* 2 ed., editorial Temis, Bogotá 2009, pág., 191).

512 "Panorámica general de la reforma", conferencia dictada el 5 de marzo de 2002, Plan general de capacitación, Instituto de Estudios del Ministerio Público-Procuraduría General de la Nación.

tado lesivo, y lo ha hecho siendo conocedor de la peligrosidad genérica de tal conducta y contando además con un perfecto *conocimiento situacional*, debe serle imputado el conocimiento de que su conducta era concretamente apta para producir dicho resultado y, por tanto, procede afirmar su dolo con respecto al resultado'[513].

Pues bien, si ello es así en el derecho penal más moderno, síguese que en el contexto del derecho disciplinario el fenómeno tiene que acentuarse, habida cuenta que los tipos descriptivos de comportamientos punibles son de mera conducta y no de resultado; el ilícito se construye sobre la base de la teoría de la norma subjetiva de determinación que prescinde de un todo del resultado aun entendido en términos jurídicos, pues el mismo es infracción de un deber y, para infringir un deber, basta que la persona: conozca que está obligada ante un contexto situacional típico, tenga conciencia de su capacidad individual de acción, y no realice el deber.

Así también es concebido el dolo disciplinario por Sánchez Herrera, quien manifiesta que para su configuración 'los elementos fundamentales y suficientes son el conocimiento del hecho que se realiza y el conocimiento de la exigencia del deber[514].

(...)

Las imputaciones a título de dolo y culpa son las únicas posibles en el derecho disciplinario – arts. 14 y 13, respectivamente, de las leyes mencionadas (Leyes 200 del 28 de julio de 1995 y 734 del 5 de febrero de 2002), pues son las únicas que se pueden construir y fundar sobre el conocimiento y la cognocibilidad; pero además se pueden soportar sobre referentes psíquicos diferentes al resultado, no así a la preterintencionalidad.

En fin, pues, si el resultado pasa a un segundo plano en el derecho disciplinario, no siendo el eje de construcción del reproche ético-jurídico, en la medida en que los referentes síquicos no se edifican teniéndolo como soporte, puesto que rige en la configuración del ilícito la concepción de la norma como norma de determinación y, en consecuencia, su esencia es el desvalor de acción, conclúyese que las nociones de dolo y culpa de que da cuenta el derecho penal no pueden utilizarse por el derecho disciplinario.

Entonces, para que exista dolo basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido[515], y haya captado que le corresponde actuar conforme al deber.

513 Ragués i Vallés. "El dolo y su Prueba en el Proceso Penal", cit., p. 523.

514 Sánchez Herrera. Esiquio Manuel, ob. cit., pág. 41.

515 "Dolo y culpa son los títulos de la imputación subjetiva; no obstante, el manejo de estos conceptos no puede hacerse tal como se viene efectuando, conforme al del derecho penal. Y no puede hacerse por cuanto el injusto en esta disciplina se estructura a partir del llamado resultado: la puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado; y bien se sabe que los tipos disciplinarios son de mera conducta, en tanto la falta se perfila, sin más, con la infracción al deber, los referentes psíquicos no pueden estar soportados en el resultado, que no es objeto de la valoración, y por lo tanto no puede ser referenciado en el reproche ético-disciplinario, que resulta ser la valoración del objeto": "Relación explicativa de un proyecto del articulado del Código Disciplinario", en Revista Jurisdiccional, año 2, nº 4, julio a diciembre, 1994, p. 281. La Veeduría de la Procuraduría General de la Nación se ha pronunciado sobre el tema en auto del 6 de mayo de 1997, Carlos Arturo

El conocer ya involucra el querer, pues si conozco y realizo la conducta es porque quiero[516], lo cual ha sido pregonado por Hruschka al sentenciar que 'quien sabe lo que hace, quiere hacerlo"[517-518].

Gómez Pavajeau, rad. 030-0493-96, así: "El procesado conocía la situación fáctica, pues tenía el expediente en sus manos y sabía que tenía que actuar conforme lo exigía su deber, por tanto, no hacerlo pudiendo hacerlo, significa que actuó con dolo".

516 Contrariamente la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: "... el elemento subjetivo del dolo (no se presenta en el caso juzgado) ni en su forma directa, ni eventual. La primera clase se presenta cuando el 'sujeto agente del hecho delictivo conoce a plenitud la descripción típica y la antijuridicidad de su comportamiento, pese a lo cual su voluntad está dirigida inequívocamente a desarrollar la conducta ilícita'. Tampoco aparece demostrado en el plenario el dolo eventual que 'existe cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción consiente, en última instancia corriendo el riesgo de causarlo'", Sentencia del 5 de agosto de 1993, M.P. Álvaro Echeverri Uruburu, rad. 075. Otra decisión apunta en la misma dirección cundo anota: "El incumplimiento de los mandatos legales, para que constituya falta disciplinaria, debe ser el resultado de una reprochable actitud de la voluntad dirigida conscientemente a uno dar aplicación a un determinado precepto, vale decir que implica una conducta dolosa encaminada a realizar la tipicidad disciplinaria": Sentencia del 12 de agosto de 1993, M.P.: Leovigildo Bernal Andrade, rad. 163. Resulta cuestionable que ambas decisiones funden la categoría del dolo disciplinario en los mismos argumentos en que lo hace el derecho penal- lo cual no vale para el derecho disciplinario, habida cuenta que, siendo los tipos de tal carácter de "resultado", el referente psíquico no tiene cómo soportarse-; no obstante, debe precisarse que son decisiones anteriores a la vigencia de la Ley 200 de 1995. Pero la última decisión resulta más criticable, puesto que parece adoptar un sistema de numerus clausus en materia de culpa en derecho disciplinario.

517 Ángel Sanz Morán. *Elementos Subjetivos de Justificación*, Barcelona, Bosch, 1993, pág. 29.

518 Carlos Mario Isaza Serrano, a raíz de estas manifestaciones en su libro "Teoría General del Derecho Disciplinario" (aspectos históricos, sustanciales y procesales), 2 ed., editorial Temis, Bogotá, 2009, págs. 172 a 175, señaló:

"(...) La existencia de estos desarrollos doctrinales sirvieron únicamente para que a lo largo y ancho del país las procuradurías regionales se erigieran en agencias de aplicación de la que ahora se denomina doctrina oficial de la Procuraduría General de la Nación, de acuerdo con los entendimientos particulares que los sendos titulares de estas dependencias realizaron, lo cual no dejó de preocupar no tanto por la extensión dislocada de los alcances que le han venido perfilando a la culpabilidad, sino por el desconocimiento de las excepciones que por vía de la jurisprudencia constitucional se han establecido, sobre la única base de que se controvierten su endeble edificio teórico, y la excesiva discrecionalidad operativa que se les deja a los correspondientes operadores para evaluar, en muchos casos, contradictoriamente esta etapa, sin el entendimiento práctico que corresponde.

En definitiva, 'el original y revolucionario aporte' de este autor en el tema de culpabilidad parece que consiste, por una parte, en tomar sin hacerlo expreso, habilidosamente de la teoría del derecho penal, la concepción de la norma subjetiva de determinación existente para la configuración de los ilícitos de mera conducta, para elaborar una dogmática propia de la culpabilidad disciplinaria mediante el traslado del resultado a un segundo plano como eje de construcción del reproche ético-jurídico – lo cual escamotea el poder vinculante de la jurisprudencia constitucional frente al establecimiento de excepciones que presupuestan el resultado como eje de aquel -, y por otra, en prescindir o relevar de toda demostración probatoria la voluntad de realización de la conducta, sobre la base de la construcción doctrinal prestada de la presunción 'si conozco y realizo la conducta, es porque quiero'.

Para el derecho disciplinario, por regla general, importa para fines punitivos que el destinatario de sus normas se haya apartado del deber funcional, únicamente, no solo porque el interés implícito en una acción ilegal las más de las veces resulta irrelevante para estructurar la culpabilidad, sino también porque en la mayoría de los casos presenta mucha dificultad su demostración. Se pierde de vista con dicha posición que, en el contexto de la función pública, la conducta disciplinaria acaba siendo la misma actuación constitutiva del deber funcional, no ajustada a los causes normativos que la regulan, de tal manera que quien ejerce funciones públicas no despliega desde fuera una actuación configuradora de una infracción disciplinaria, sino desde el mismo ejercicio

(…)

Mutatis mutandis tal concepto también tiene aplicación en tratándose de la infracción al deber funcional como esencia de la ilicitud sustancial en derecho disciplinario para efectos de establecer un comportamiento doloso: 'quien sabe que está infringiendo un deber funcional legalmente consagrado y, sin embargo, actúa en ese sentido, quiere su infracción, esto es, hace suyo la comisión de la falta disciplinaria'.

(…)

Faltas culposas.

Existirá imputación por culpa cuando los supuestos fácticos que aprehende el deber sustancialmente infringido se realizaron sin el conocimiento actual

---

de sus funciones o con ocasión de este.

Con lo anterior se quiere poner de presente que, por predicarse la voluntad del desarrollo de las tareas públicas, no forma parte del dolo disciplinario sino del acometimiento del deber funcional en condiciones irregulares, en tanto que el dolo entra a configurarse del conocimiento de la actuación cuando no se ajusta los aspectos fácticos y normativos que enmarcan el deber funcional que se está desconociendo con dicha actuación.

Si se atiende la naturaleza intelectual del ser humano y, por consiguiente, del servidor público, muy a pesar de los condicionamientos de que pueda adolecer este, particularmente por ser rediseñado exclusivamente para realizar el deber funcional, fuerza es concluir que, si bien la voluntad no puede existir sin el conocimiento, únicamente cuenta como dato ontológico respecto de cada servidor público para el cumplimiento de su deber funcional. Pero como este se debe cumplir siempre, y si no se cumple o se cumple mal, se comete la falta, se entiende que, desde la perspectiva subjetiva del disciplinado, el conocimiento de que no estoy actuando conforme a las exigencias del deber funcional, y por consiguiente cometiendo una falta disciplinaria, resulta ser lo mismo. Por tanto, el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta termina siendo conocimiento concreto de la realización de la falta; de suerte que aquel no forma parte de la culpabilidad, sino del dolo. Igual cuando el servidor público se ha representado la realización del hecho típico como muy probable, independizándose así del querer.

(…)

El servidor público que no cumple sus funciones o las cumple mal no está en condiciones de dudar de que con tal comportamiento actúa contra la ley, independientemente de que sus actos tengan quizá consecuencias nocivas, porque ello sirve para determinar si nos encontramos, frente a una afectación sustancial del deber funcional, y por ende, ante una falta antijurídica.

En este sentido, creemos que el reproche esgrimido en sede de culpabilidad debe formularse por el incumplimiento del deber funcional, siempre y cuando se obre con dolo o culpa. Hacemos la advertencia de que si media un conocimiento directo del deber funcional y su transgresión, la imputación debe hacerse a título de dolo, y si, por el contrario, no media dicho conocimiento sino la exigencia de actualizarlo, de manera que con su adquisición se hubiere podido evitar la conducta o la obligación de adelantar la conducta conforme a unas exigencias normativas específicas y se omite ejecutarla o se ejecuta de forma que viole abiertamente dichas exigencias normativas, se habrá incursionado en terrenos de la culpa disciplinaria, igual que cuando se adelanta el deber funcional con violación del deber de cuidado que le es exigible a cualquier servidor público en su ejecución. En este caso la evaluación debe hacerse con comportamientos propios de otros servidores pertenecientes a la misma esfera técnica.

(…)

Siendo el deber funcional el eje de referencia de la actividad del servidor público, es apenas obvio que su conocimiento en condiciones normales ha de soportarse en medios de convicción debidamente arrimados al expediente, para que el reproche por su transgresión pueda formularse por causa de estas circunstancias, a título de dolo.

De no ser así, la imputación puede hacerse a título de culpa, a condición de que el aspecto subjetivo del hecho se ajuste a una cualquiera de las distintas modalidades culposas que regula la ley disciplinaria. (…)".

del deber infringido por parte del sujeto, esto es, los desconoció cuando estaba en situación de conocerlos. De allí que Jakobs defina a la imprudencia como 'aquella forma de la evitabilidad en la que falta el conocimiento actual de lo que ha de evitarse'.

Para que exista culpa basta la cognoscibilidad del deber que se infringe[519], puesto que, como lo ha señalado Rebollo Puig, 'la culpa que se exige es distinta a la del derecho penal y que consiste simplemente en la negligencia para informarse de los deberes, en ilustrarse; en definitiva, en el desconocimiento' de los deberes[520].

(...)

También resulta importante en tal tema la llamada culpa por asunción en materia de la función pública, toda vez que desde hace más de dos mil años se viene diciendo que 'quien se entregue a la administración de los cargos públicos procure no considerar sólo la honra que ello supone, sino también si tiene capacidad de llevar a cabo esa empresa en la cual hay que considerar también que no desespere sin justa razón por la flaqueza del ánimo, ni confíe demasiado por el ardor del deseo. Para todas las cosas antes de que puedan emprenderse hay que prepararse con toda diligencia', esto es, el deber impone que hay que 'tener siempre despierto en nosotros un diligente cuidado para no hacer nada sin consideración, temerariamente y a la buena de Dios, ni sin pensarlo y con negligencia'[521].

También resulta importante en tal materia la llamada culpa por asunción, consistente en que aceptar un encargo profesional implica el haber evaluado las condiciones técnicas para asumir el asunto, sin que se presente exculpación por no ser conocedor de la especialidad, habida cuenta que 'moralmente el abogado está obligado a no aceptar aquellos asuntos para cuyo debido manejo o tenga competencia'[522]. Tal fuente de responsabilidad ha sido reconocida por la jurisprudencia disciplinaria.

(...)

Un importante desarrollo de la doctrina se debe de manera reciente a Alfonso Gómez Méndez, quien sobre el tópico ha afirmado:

En Colombia ha hecho carrera la más crasa irresponsabilidad en materia de administración de bienes del Estado, ingresando al servicio público, bien por la vía de nombramiento o de elección popular, personas que no tienen

519 En la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos la cognoscibilidad está fundada en los conocidos deberes de "diligencia y eficiencia" que de todas las normatividades consagran; en la de los abogados se funda en los principios de "diligencia y tenacidad" de que da cuenta la doctrina – así Campillo Sáinz. Introducción a la Ética Profesional del Abogado, cit., pág. 65.

520 En forma semejante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura: "La culpa la entiende nuestro ordenamiento como aquella conducta del agente que ocasiona el hecho punible por imprevisión de lo que era previsible": Sentencia del 5 de agosto de 1993, M.P.: Álvaro Echeverri Uruburu, rad. 075. Marina Jalvo. "El Régimen Disciplinario de los funcionarios Públicos", cit., pág. 228.

521 Marco Tulio Cicerón. *Sobre los Deberes*, Madrid, Alianza Editorial, 2001, págs. 94 y 110.

522 Campillo Sáinz. *Introducción a la Ética Profesional del Abogado*, cit., p. 63.

el perfil adecuado para la correcta administración de los bienes ajenos, y mucho menos con la vocación necesaria para el cumplimiento de los deberes que el cargo les impone y los contenidos en normas que sobre el cuidado objetivo se les reclama[523].

(...)

Sobre la culpa por asunción se ha precisado:

Se alega que por la formación profesional del doctor (...) y de lo demás Comisionados, que no es en el área jurídica, fue necesario pedir conceptos jurídicos.

Esta situación, estima el Despacho, no constituye ningún atenuante sobre la responsabilidad que le cabe en relación con los hechos de la presente investigación. Fuera de que contó con la opinión de los demás Comisionados, la de sus asesores de planta y la de aquellos que fueron contratados por la entidad y a quienes se les canceló honorarios por sus servicios, tenía el deber de conocer qué era lo que le mandaba la ley hacer y así decidir. Debía conocer que disponía de tres meses para contestar la petición. Y si no estudió las normas que rigen su labor y conoció qué le era permitido y qué le estaba prohibido, entonces, incurrió en culpa porque asumió el ejercicio una actividad funcional que no conocía. Así las cosas, ejercitó el cargo asumiendo las responsabilidades que se ocasionaran debido a su desconocimiento de sus deberes, es decir, actuó con lo que conoce la jurisprudencia y la doctrina como culpa por asunción[524].

Maya Villazón ha desarrollado el punto concreto a nivel doctrinal, señalando que:

(...)

En este sentido, la Procuraduría General de la Nación entiende que quien asume el reto de administrar bienes públicos desde un cargo de elección popular (alcaldes–gobernadores) o de cualquiera otro (incluso como particular que ejerce funciones públicas) posee un específico deber de conocimiento –diligencia en la propia preparación de todos los tópicos que atañen al cargo, de tal suerte que no es posible admitir, sin más, el desconocimiento o la ignorancia, como argumentos suficientes con vocación de poder justificar una conducta disciplinable.

(...)

La culpa por asunción implica así, que quien asume voluntariamente el reto de administrar lo público, se sabe competente e idóneo para ello, de suerte que la afectación sustancial del deber funcional, cuyo origen se encuentra en la ignorancia normativa, puede ocasionar responsabilidad disciplinaria.

523 Alfonso Gómez Méndez. *Delitos contra la Administración Pública*, Universidad Externado de Colombia, 2000, pág. 108.

524 Fallo de Única Instancia del 26 de junio de 2002, exp. 001-40993-00153304, Procurador General de la Nación (E) Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

Por supuesto que la valoración de la culpa en derecho disciplinario presenta unos matices especiales, que la diferencian de la culpa del derecho penal. En tal sentido, el nivel de exigencia de conocimiento específico que se maneja en derecho penal en frente del ciudadano común, se ve acrecentado en derecho disciplinario pues, al tratarse de labores especializadas, específicas, con determinados y claros ordenamientos *de deber* puestos al servicio del interés general, quien voluntariamente se ha vinculado al servicio público, tiene menos posibilidades de ser exonerado de responsabilidad disciplinaria, por cuanto precisamente, en frente de ellos, existe un *plus* de exigencia de conocimiento.

Así las cosas, el CDU asienta la idea de que el servicio público en cuanto condición de subsistencia del Estado social de derecho, precisa de personas suficientemente idóneas y capacitadas y que, por lo mismo, quien aspire a defender, propiciar o proteger intereses ajenos, puede incurrir fácilmente en responsabilidades de tipo disciplinario, por su nuda negligencia en conocer sus deberes[525-526].

525 Ámbito jurídico, n.º 134 año VI, Bogotá, Legis, 2003, pág. 15.

526 Contrario a este pensamiento de la culpa por asunción, varios doctrinantes colombianos no comparten esta inspiradora teoría que cultiva la proscrita responsabilidad objetiva y se aleja del respeto por la dignidad humana al desconocer causales de exclusión de inculpabilidad como la del error invencible.

Sobre el particular, Zuleta García, Diego Alberto, ob. cit., págs. 174 y 175, al referirse a este tema, dijo:

"(...) A propósito de la 'Culpa por asunción" antes mencionada, doctrina de renombre advierte: *'la interrelación de conocimiento y aptitud cuando trata la 'culpa por asunción' según la cual se infringe el deber objetivo de cuidado cuando alguien sin los conocimientos necesarios, realiza un comportamiento que el experto podría practicar sin dificultad. A contrario sensu esto significa que el experto que llevase a término esa conducta no infringiría el deber objetivo de cuidado, lo que supone admitir que, en su caso particular, el deber objetivo de cuidado tiene otro contenido'.* (www.juridicas.Unam.mx. *'El tipo Subjetivo en el Delito Imprudente'*. Roxana Gabriela Piña, pág. 11).

Por su parte, la otrora Procuraduría General de la Nación, señaló que esta 'presunción' de la 'culpa por asunción' se presenta '*cuando una persona acepta un cargo sin haber evaluado si tiene o no las condiciones para desempeñarlo y posteriormente desconoce deberes funcionales, muy especialmente cuando se trata de la actividad pública, equiparándola a la culpa ordinaria, de donde deduce la responsabilidad de muchos mandatarios locales que, alegan desconocer o ser mal asesorados, en cuanto hace al ejercicio de las funciones que les compete, ignorando que el ordenamiento jurídico, a partir de la Ley 734, propugna por un ejercicio responsable de la función pública...*" ("*La Culpabilidad en el Derecho Disciplinario*" en Lecciones de Derecho Disciplinario volumen I, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 2006, pág. 67).

Reitero que tales consideraciones deben ser recibidas con beneficio de inventario, pues su aplicación iría en contra de los postulados que proscriben la responsabilidad objetiva y de paso desecharían las causales de exclusión de responsabilidad o inculpabilidad, como el del error invencible, en quebranto del respeto por la dignidad humana.

Su aplicación sin ningún otro miramiento reduciría la actividad del juez disciplinario a verificar de manera mecánica la simple existencia de la norma y su quebranto, sin tener que valorar el aspecto psicológico o subjetivo del investigado, cómo si fuere ajeno a la realidad y olvidando que se está valorando es la conducta de hombres de carne y hueso.

En hora buena la Procuraduría General de la Nación en cabeza de Ordóñez Maldonado, ha dado un nuevo enfoque sobre este particular asunto, *'en procura de no perder el horizonte al que debe apuntar esta rama del derecho: la preservación del valor de la justicia'* ("De las Causales de Exclusión de Responsabilidad Disciplinaria en Particular" en Justicia Disciplinaria. Capítulo III. Alejandro Ordóñez Maldonado. Procurador General de la Nación. IEMP Ediciones, págs. 41 y ss.) Al reflexionar sobre las causales de exclusión de responsabilidad (...)".

> (…)
>
> No resulta preocupación de primer orden la determinación de la ubicación dogmática del dolo y la culpa, esto es, si se sitúan en el tipo o en la culpabilidad. Lo cierto e indiscutible es que son expresión del principio de culpabilidad, pero no se ubica en la categoría dogmática de la culpabilidad sino en la de tipicidad.
>
> (…)
>
> Como se puede ver, al dar cuenta de lo intelectivo y volitivo está refiriendo el llamado dolo neutro propio del esquema finalista, cuya ubicación indiscutiblemente se hace en la tipicidad. Pero, además, si afirma que debe hacer parte de la descripción, materialmente allí se está refiriendo a la tipicidad, pues la culpabilidad es eminentemente valorativa, puesto que en la misma sentencia[527] se refiere a ella como 'juicio de exigibilidad'.
>
> (…)
>
> En efecto, el dolo como conocimiento y la culpa como infracción al deber objetivo de cuidado hacen parte de la tipicidad en tanto vienen demandadas por el principio de culpabilidad. La capacidad de culpabilidad, la conciencia de la ilicitud y la exigibilidad de otra conducta – en la falta culposa integra la infracción al deber subjetivo de cuidado –hacen parte de la categoría dogmática de la culpabilidad en tanto vienen demandadas por el principio de culpabilidad.
>
> (…)
>
> Por el momento basta afirmar que esta posición ha sido confirmada por el Código Disciplinario del Abogado – Ley 1123 de 2007[528] -, toda vez que al consagrar al principio de culpabilidad no se refiere al dolo y la culpa[529] sino la llamada en términos generales responsabilidad subjetiva (arts. 5º y 8º), por ende, otro asunto es el de la culpabilidad como categoría dogmática. El dolo y la culpa son *modalidades de la conducta sancionable* dice clara, diáfana y enfáticamente el artículo 21 *ibídem* o con mayor precisión son *formas de realización del comportamiento* como lo dice el capítulo IV del título II o 'modalidad de la conducta' (art. 45 num. 2), de lo cual se infiere, sin hesitación alguna, que dolo y culpa son componentes de la tipicidad[530].

El doctor Carlos Mario Isaza Serrano indica:

> "El fundamento de la culpabilidad es constitucional y se reconduce a predios del derecho disciplinario por medio de los artículos 1º y 29 de la Constitución Política, en cuanto uno y otro fundan nuestro Estado social de derecho en

527 Se refiere a la Sentencia SU-901 de 2005. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

528 Del 22 de enero.

529 Los artículos 13, 7º y 11 de las Leyes 734 de febrero 5 de 2002, 836 de julio 16 de 2003 y 1015 de febrero 7 de 2006, respectivamente, si se refieren al dolo y la culpa.

530 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, editorial Universidad Externado de Colombia, 4.ª ed. Bogotá D.C., octubre de 2007, págs. 419 a 422; 425 a 428; 431 a 435 y 457 a 459.

el respeto a la dignidad humana y ordenan aplicar el debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, respectivamente, con lo cual queda establecida la necesidad de presumir la inocencia del sujeto disciplinable mientras no se le haya declarado administrativa o judicialmente culpable.

(...)

La culpabilidad añade un nuevo momento a la acción antijurídica, que la convierte en falta disciplinaria. La culpabilidad funda no solo la disconformidad de la acción disciplinaria con el ordenamiento jurídico, sino también el reproche personal al disciplinado por haber actuado de forma contraria a las exigencias funcionales.

Equivale entonces la culpabilidad en derecho disciplinario a la responsabilidad plena, resultante de un juicio normativo en cuya virtud se le imputa al destinatario de la ley disciplinaria la realización de un comportamiento oficial contrario a las normas jurídicas que lo rigen, atendidas sus calidades personales y el contexto donde se desempeña laboralmente.

Este juicio normativo resulta de haber determinado el operador disciplinario si en las condiciones en que se encontraba al momento de la comisión de la falta le era exigible o no el cumplimiento del deber funcional desconocido, lo cual debe evaluarse dentro de un proceso adelantado con la observancia de las reglas constitucionales y legales y respetando el ejercicio pleno del derecho de defensa.

(...)

Ahora bien, si en este contexto puede ser cierto que 'dentro de los lineamientos generales del derecho que rigen en Colombia, se trata de juzgar – en el derecho penal, contravencional o disciplinario – no sólo la existencia material de la conducta, sino la relación psicológica y culpable de su autor, quien ha debido quererla directa o indirectamente, y realizar los comportamientos indispensables para poderla consumar; porque la realidad es que la simple demostración de la conducta objetivamente considerada no puede dar lugar dentro de un proceso penal o de cualquier naturaleza a la imposición de una sanción, porque sería menester la demostración del elemento subjetivo'[531], no es menos cierto que en materia disciplinaria este elemento subjetivo tiene alcances y contenidos propios y que está delimitado por las descripciones legales y complementado por la jurisprudencia constitucional y administrativa, con apoyo en la naturaleza del derecho disciplinario.

Por consiguiente, no obstante referirse la culpabilidad al carácter antijurídico de la conducta desplegada por el disciplinado pese a no estarle autorizada el conocimiento de las características de tipicidad de la acción reprochada en cuya estructura subyace un deber funcional vulnerado, hay que examinarlo con lente propio, pues la determinación de la responsabilidad en materia disciplinaria, a diferencia de lo que sucede en el campo penal, no supone en todos los casos congruencia psicológica entre la falta y el elemento subjetivo

531 C.S.J., Sala de Casación Penal, auto de única instancia de 3 de noviembre de 1988, M.P. Edgar Saavedra Rojas.

que debe informarla, es decir, una relación directa o indirecta con el hecho, porque en las modalidades de la culpa previstas en el Código Disciplinario Único, este elemento de la conducta no refleja la culpabilidad en sentido tradicional, sino bajo las reglas próximas al cuestionable principio: *versari in re ilícita* (mediante el cual se responde por las consecuencias propias de los actos, incluidas las fortuitas).

(...)

Fundamentos de la culpabilidad en materia disciplinaria (...) el particular autorregula su conducta, conforme a los límites fijados por el ordenamiento jurídico el cual determina para aquel una permisión general limitada por el campo de las prohibiciones legales. En tanto que para el servidor público otra es la situación, si se tiene en cuenta que la conducta oficial que ha de observar se encuentra regulada de antemano, tanto ética como funcionalmente, y solo le corresponde mantenerla dentro de los comportamientos diseñados por el legislador y busca por medio de ella las finalidades para las cuales fue instituida.

El servidor público no tiene, en principio, como el particular para delimitar su campo de iniciativas, una norma prohibitiva, sino un catálogo de funciones laborales y una exigencia implícita de cumplimiento en cada una de ellas. De ahí que cuando hablamos de infracción ya comprobada, a una norma, por regla general partimos de la existencia de una conducta relacionada con una norma contentiva de una función laboral específica, cualquiera sea su jerarquía, y seguidamente procede una nueva relación con una disposición de superior jerarquía que soporta o da alcance al deber funcional en consideración. De esta relación, debe surgir eventualmente, la estructuración del injusto disciplinario, pues de ella se colige si satisficieron los intereses generales o se logró el cumplimiento de los fines y funciones del Estado.

Esta relación de oposición entre ambos estados traduce en la praxis la siguiente reflexión: para el servidor público es tan lícito hacer lo que debe hacer según las normas que encauzan su conducta, como para el particular hacer u omitir lo que no se encuentra legalmente prohibido.

Por ende, el comportamiento del servidor público siempre será lícito en cuanto se mantenga ajustado a los cauces jurídicos, en tanto que el del particular será lícito en la medida en que no se concrete en una actividad prohibida.

(...)

Así lo ha reconocido también la jurisprudencia constitucional, cuando asevera que 'en el Estado de derecho la posición jurídica del individuo es diametralmente opuesta a la del funcionario público. El individuo puede hacer todo aquello que no le esté expresamente prohibido por la ley. En cambio, el gobernante, la autoridad, actúa siempre con competencias que en principio son limitadas. Al individuo, al ciudadano lo que no le está expresamente prohibido, le está permitido. Al funcionario público lo que no le está expresamente atribuido, le está prohibido. Al particular le basta con saber

que su conducta no está prohibida para que pueda realizarla; en cambio al gobernante no le sirve este mismo argumento. Para que él pueda actuar, necesita mostrar la norma que lo faculte para ello; si no existe esa norma, le está implícitamente prohibida esa actuación. En Estado de derecho las competencias de la autoridad son siempre expresas, explícitas no existiendo para ello competencias implícitas, ni por analogías y este principio es válido no solo para el más humilde de los funcionarios, sino también para la Corte Constitucional'[532].

De modo, pues, que los derechos subjetivos de los servidores públicos son un derivado de su relación laboral con la administración pública y son concebidos por ministerio de la ley para fundar un esquema prestacional y no comportamental, de manera que hecha esta precisión no sobra advertir que frente al ejercicio de aquellos en cabeza de los servidores públicos no debe presupuestarse el mismo sustrato moral de libertad de acción y disposición que le son reconocidos a los particulares titulares de iguales intereses, porque dichas garantías en manos de estos se traducen normativamente en una posibilidad lícita de hacer, en tanto que respecto de los servidores públicos, de reclamar algo debido por disposición legal derivado o compatible con la relación laboral.

En consecuencia, cuando un ciudadano tiene la investidura de servidor público, asume un papel de mayores deberes y obligaciones justificado por su misión de servicio al Estado y a la comunidad, por medio del ejercicio de funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento.

Este cartabón es el que sujeta éticamente su comportamiento. Por tanto respecto de él la noción de 'libertad jurídica' no existe, puesto que se halla encajada en una realidad laboral y normativa de forma casi fija, y si existe, se encuentra reducida a su mínima expresión, porque su voluntad individual se halla dirigida a la realización de la voluntad estatal, y en tales condiciones su autonomía únicamente se explica para aceptar actuar en el sentido de tener que seguir ineluctablemente una trayectoria previamente determinada y no en función de la concreción de un derecho subjetivo.

(...)

Respecto del servidor público, al Estado únicamente le compete gestionar las condiciones para el adecuado y regular cumplimiento del deber funcional y no para que aquel tenga más autonomía de la permitida por las condiciones laborales, dado que no es dable hablar de régimen de libertad y fomento de las condiciones materiales que lo posibiliten, a la usanza de los particulares.

Frente a dichas condiciones, paradójicamente cuando hay un acto de libertad que no consulte normativamente los límites del deber funcional genera la atribuibilidad de la acción y, por ende, se configura la responsabilidad del servidor público; es decir, contrario a lo que sucede en lo que hace el derecho penal, las acciones y decisiones libres, por fuera del campo de autonomía funcional que le es permitido a algunos servidores públicos, son

532 Corte Constitucional. Sentencia C-442 del 4 de mayo de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

punibles por no estar reconocidas como producto del ejercicio de una libertad jurídica.

(...)

Mejor aún, el contexto de la culpabilidad disciplinaria será siempre laboral y estará determinado por las exigencias jurídicas del deber funcional a servidor público, lo cual modifica la estructura básica del concepto de 'exigibilidad', en tanto ahora importa verificar cuando dejó aquel de serle exigible, por imposibilidad de su ejercicio, por ausencia de condiciones personales o laborales para conocer de su existencia normativa o de las condiciones fácticas que reclaman su ejercicio oportuno o actualizado para evitar un resultado cuestionable, o cuando conociéndolas no puede corregirlas.

Por tanto, el concepto de 'exigibilidad', contrario a lo que sucede con su utilización en el derecho penal, se refiere a la observación de una conducta, la oficial, y no un conjunto de iniciativa respecto de la cual se decide elegir una.

La conclusión se muestra como razonable en el propósito de fundar la culpabilidad en materia disciplinaria, si se considera que la exigibilidad de un solo comportamiento laboral, en un contexto de falta de autonomía y libertad reducida, es la única opción funcional posible del servidor público.

(...)

No obstante, frente al problema de la libertad, la culpabilidad en materia disciplinaria debe ser coherente con las condiciones que propician el escrutinio disciplinario del servidor público, dado que el operador disciplinario las debe tomar en el mismo sentido para evaluar la responsabilidad de este, sin dejar de lado que si en el ejercicio de funciones no hay libertad de acción, estas mismas condiciones deben servir de presupuesto para la determinación y examen de la culpabilidad en el proceso disciplinario.

Es decir, no bajo el alcance del término 'libertad de la voluntad', sino de una voluntad no acorde con las exigencias del deber funcional en un contexto laboral definido. Por tal razón la motivación del derecho disciplinario debe entenderse con una finalidad positiva, de seguir actuando conforme al campo funcional y no negativa, es decir, de no incurrir en una conducta prohibida, entre otras razones porque la tipicidad en esta materia no se estructura con el mismo campo de definiciones inequívocas que en derecho penal, desde el cual pudiera vislumbrar el servidor público de antemano las consecuencias punitivas por sus actos.

En resumidas cuentas, en el derecho disciplinario, si se le compara con el penal, puede afirmarse que hay culpabilidad sin libertad, no obstante presupuestar la responsabilidad del servidor público, la culpabilidad como elemento axial, solo que trocada normativamente a las condiciones laborales de aquel, en el entendido de que las circunstancias que permiten edificar un reproche subjetivo precisamente incluyen utilizar un margen de libertad más allá de los límites de sus atribuciones laborales. (...)"[533].

533 Isaza Serrano, Carlos Mario. *Teoría General del Derecho Disciplinario -Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales-*, 2 ed., editorial Temis, Bogotá, 2009, págs. 154 a 163.

El doctor John Harvey Pinzón Navarrete, respecto "de la ubicación dogmática del dolo y la culpa", manifestó:

> "(...) 5. La fórmula de solución propuesta en este trabajo es admitir que por regla general el dolo y la culpa deben hacer parte de la categoría de la culpabilidad. La primera razón es acudir al primer fundamento de la responsabilidad disciplinaria, el cual es el desvalor de la acción, concepto que pueden separarse dogmáticamente hablando del dolo y la culpa con el que se actuó, pues cualquier forma de imputación corresponde a una valoración que se hace a manera de reproche, seguida de la efectiva comprobación de la infracción del deber funcional. La segunda cuestión que respalda esta tesis es la teoría de los números abiertos, en donde toda falta en principio puede ser cometida a título de dolo o a título de culpa, imputaciones subjetivas que incluso pueden variar al momento del pliego o de los fallos de instancia, pero en donde, por regla general, se mantiene incólume la tipicidad, la que la mayoría de las veces es objetiva. La tercera razón es distinguir el objeto valorado de las valoraciones del objeto. El efecto, el objeto valorado es la infracción el deber funcional o el desvalor de acción, de donde la valoración que sigue en sede de culpabilidad es concluir si dicho comportamiento fue cometido a título de dolo o a título de culpa, cuestiones que no pueden estar en un mismo nivel de análisis. Para ello, téngase en cuenta que esta es una diferencia notoria con el derecho penal, porque en este campo, contrariamente, rige la teoría de los números cerrados. Y la cuarta razón es distinguir el deber funcional (tipicidad e ilicitud) del juicio del poder ampliado, aspecto que significa que en culpabilidad se debe analizar qué posibilidades tenía el sujeto de actuar de forma diferente, verificando o descartando el dolo o la culpa del respectivo comportamiento.
>
> 6. Pese a lo dicho en la anterior conclusión, la complejidad de algunas descripciones típicas permiten sostener que existen por excepción una segunda estructura de la responsabilidad, en donde el dolo y la culpa son componentes de la tipicidad. Cuando esto sucede, el respectivo comportamiento solo admitirá una única forma de imputación (dolo o culpa); en ese caso, la inexistencia del dolo o la culpa, según corresponda, acarreará la atipicidad, y la presencia del error de derecho vencible permitirá sostener la existencia de un dolo neutro o avalorado, situación que, en todo caso, necesitará de la demostración de la conciencia de la ilicitud y de la exigibilidad de otra conducta para poder imponer la sanción disciplinaria.
>
> 7. Como la tesis que aquí se defendió es que por regla general el dolo y la culpa deben hacer parte de la culpabilidad, debe comprenderse que una de estas formas de imputación subjetiva más la exigibilidad de otra conducta son los elementos de la culpabilidad, entendida como categoría dogmática.
>
> (...)"[534].

534 Pinzón Navarrete, John Harvey. *La Culpabilidad en el Derecho Disciplinario*. Editorial Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Primera Edición. Bogotá D.C., julio de 2016, págs. 232 y 233.

El doctor Nelson Hernández Meza dice:

> "(...)
>
> En este sentido, encontramos que la importancia de abordar el estudio de la problemática que encierre determinar la naturaleza del derecho disciplinario, esto es, si el mismo es una especie de derecho penal o si es un derecho eminentemente administrativo, nos muestra que a partir de esta concepción deberían aplicarse los principios que aparecen plasmados en la Ley 734 de 2002, normativa disciplinaria que se aplica a los servidores públicos en la actualidad.
>
> Estos esfuerzos por parte de los órganos encargados de aplicar esta normativa, se vieron concretados con la expedición de un cuerpo normativo que, en gran medida, redujo los vacíos de la Ley 200 de 1995, al expedirse la Ley 734 de 2002, norma que ha dado paso a la sistematización de este derecho, pero que a la vez, al igual que la norma anterior, ha puesto de presente, que para aplicar los principios señalados en esta materia deben imprimírseles unos contenidos propios de naturaleza penal o administrativa a fin de poder aplicarlos, pues al no existir un consenso generalizado en este aspecto, el operador jurídico adquiere un poder discrecional que no es adecuado para aplicar esta especial categoría de derecho, pues no existen, como se ha resaltado, criterios uniformes por parte de la doctrina y la jurisprudencia nacional que señalen cual es la verdadera naturaleza de este derecho y mucho menos exista una posición unánime respecto de si la naturaleza de los principios que lo informan es penal o administrativa.
>
> Considerando estos vacíos, encontramos que uno de los pilares sobre los cuales descansa la responsabilidad en el ámbito disciplinario, es *el principio de culpabilidad* que enseña que para que una conducta realizada por el sujeto destinatario de la ley disciplinaria sea sancionable, debe realizarse con culpabilidad.
>
> Al respecto, existen algunos vacíos, pues como este principio señala que la sanción disciplinaria sólo se concreta en la medida que exista culpabilidad en la conducta realizada, para la doctrina, en general, este concepto es asimilado al concepto que se maneja en el derecho penal, sin que exista una posición que lo entienda como un concepto que guarda similitud con este pero que no es igual o, que lo entienda, como un principio que no se pueda importar y aplicar de forma acrítica en el ámbito disciplinario y haya realizado un estudio minucioso sobre su verdadera naturaleza. [535]
>
> (...)

535 En este sentido, en el prólogo de la segunda edición del libro del profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, "Dogmática del Derecho Disciplinario", páginas 16 y siguientes, en donde se afirma: "Es una lástima que en el derecho disciplinario haya tan poca teoría; pareciera ser que todos se hubieran contentado con importar – sin pasar antes por el cadalso de la razón – los criterios del derecho administrativo o del derecho penal. Quizá existe una obnubilación con el gran camino ya andado por los penalistas, sin reparar en las piedras que construyen sus senderos y colegir la diferencia de aquellas que agrupadas hacen la ruta del derecho disciplinario."

Como efecto de esta falta de unificación de conceptos, así como de la inexistencia de estudios profundos sobre la naturaleza de los principios del derecho disciplinario, y en especial sobre la aplicación del principio de culpabilidad, se permite que el operador disciplinario tenga amplio margen de discrecionalidad al momento de evaluar el actuar del sujeto disciplinable y se presenten valoraciones arbitrarias de las conductas disciplinables, admitiéndose la imposición de sanciones desproporcionadas que no consultan el principio de proporcionalidad.

Estas reflexiones se tornan interesantes y adquieren relevancia, si se tiene en cuenta que la no fijación de posiciones consistentes alrededor de los tópicos mencionados, hacen que comportamientos que ameriten sanciones fuertes terminen siendo sancionados de forma leve, mientras que otras pudiendo ser leves terminen sancionándose de forma grave, todo, a discrecionalidad del operador de turno según las circunstancias políticas, sociales o económicas del momento. Situación que evidencia que el tema que se examina tiene importancia en el ámbito académico y trascendencia para los operadores disciplinarios, así como pertinencia y cabida.

(...)

Sobre el estado actual de la temática que se plantea, se partirá de la base que la problemática descansa sobre dos grandes cuestionamientos como son: la naturaleza de los conceptos de derecho disciplinario y del principio de culpabilidad. Así las cosas, se observarán las posiciones divergentes sobre esta materia en la doctrina y la jurisprudencia, así como en los propios organismos encargados de la interpretación y aplicación de estos conceptos y algunas referencias relativas a la variación de sus posiciones en el tiempo.

Desde antes de la expedición de la Constitución de 1991 y de la Ley 200 de 1995, que como se dijo fue un paso para la sistematización del derecho disciplinario, algunos señalaban que *en la doctrina nacional no existía un estudio sistematizado de la potestad disciplinaria*[536] y el mismo Rodríguez Rodríguez también anota que sobre la parte sustancial de este derecho sólo hasta ese momento se hacía referencias y los libros existentes se dedicaban a comentar la parte procedimental del mismo.

Respecto al concepto de este derecho, encontramos que el mismo autor mencionado, es de los pocos autores que con profundidad aborda el tema al punto de señalar que *el derecho administrativo disciplinario tiene una doble naturaleza – administrativa y sancionadora -, se nutre de los principios del derecho administrativo del cual hace parte y por sus características utiliza alguna instituciones del derecho sancionador o punitivo* y agrega que *no puede predicarse, entonces, la autonomía del derecho administrativo disciplinario en relación con el derecho administrativo general. (…) En cambio es autónomo en relación con el derecho penal.* [537]

536 Rodríguez Rodríguez, Gustavo Humberto. *Derecho Administrativo Disciplinario*. Editorial Librería del Profesional. 1985. Primera Edición. Páginas 11 y 12.

537 Rodríguez Rodríguez, Gustavo Humberto. *Derecho Administrativo Disciplinario*. Editorial Librería del Profesional. 1985. Primera Edición, pág. 29.

> De igual forma, otros autores como Ramos Acevedo coinciden en señalar que el derecho disciplinario es de naturaleza administrativa al decir que es *una especie del género administrativo, cabe precisarla como aquella parte que se refiere a las labores que debe cumplir el servidor público, el particular o el notario, cuando ejerzan funciones públicas.*[538-539]

> En palabras de Gómez Pavajeau[540], se encuentran otros autores que asimilan el derecho disciplinario al administrativo, mientras que otros terminan por encuadrarse en el sector de la doctrina que lo considera como de naturaleza penal, como es el caso de Parra Gutiérrez, de quien se afirma que a pesar de que identifica al derecho disciplinario como de naturaleza administrativa, sólo justifica este señalamiento desde el punto de vista del control jurisdiccional de la actividad pero importa acríticamente teorías dogmáticas del derecho penal al hablar de la legalidad de las faltas y las sanciones, de las causales de justificación y de inculpabilidad que no son otras que las del código penal, reconociendo la existencia de la regulación de bienes jurídicos, mientras que los conceptos de dolo y culpa son tratados en forma igual a como sucede en el derecho penal. [541-542]

> No obstante, la Corte Constitucional ha hecho una diferenciación entre las distintas clases de derecho sancionatorio existentes en el ordenamiento jurídico del país al señalar que *el derecho punitivo es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo*

538 Ramos Acevedo, Jairo. *Derecho Administrativo Disciplinario*. Editorial Leyer, Primera Edición, 2003, pág. 24.

539 Sobre el particular, cuando me refiero a la naturaleza del derecho disciplinario, no le doy ni la connotación de derecho administrativo ni de derecho penal, muy a pesar de que, para cumplir con el debido proceso constitucional, es menester aplicar los principios que rigen esas disciplinas. El derecho disciplinario es derecho disciplinario y nada más, muy a pesar a que por integración normativa debe remitirse al derecho administrativo y al derecho penal, entre otros. Ver naturaleza del derecho disciplinario.

540 Ver, Parra Gutiérrez, William René. *Derecho Administrativo Disciplinario*. Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1997, págs. 11 y 16.

541 Ramos Acevedo, Jairo. *Derecho Administrativo Disciplinario*. Editorial Leyer. Primera Edición, 2003, pág. 24.

542 Creo que no debe castigarse la posición doctrinal de William René Parra Gutiérrez, pues pienso que, del derecho penal, como ya lo he expuesto, es viable transportar muchas de sus instituciones para poder comprender, interpretar y aplicar el derecho disciplinario. Basta con pensar, que en el campo de la culpabilidad los ingredientes normativos correspondientes a las expresiones "responsabilidad objetiva", "dolo", "imputabilidad" y "comportamiento culposo", tienen su explicación en esa ciencia y allí se han trabajado a través de muchísimos años. Lo mismo acontece con la "tipicidad", la "autoría y determinación", la "antijuridicidad", la "comisión por omisión", las "causales de justificación", la "terminación del proceso disciplinario", la "versión libre", el "defensor de oficio", la "reserva de la actuación disciplinaria", los "medios de prueba", "las pruebas para sancionar", las "atribuciones de Policía Judicial", el "concurso de faltas", la "conexidad", la "acumulación", la "indagación preliminar", el "auto de apertura de investigación", los "anónimos", el "auto inhibitorio", la "ruptura de la unidad procesal", el "cierre de la investigación", los "cargos o resolución de acusación", los "alegatos de conclusión", el "archivo definitivo", entre otros temas, que por tratarse de ingredientes normativos que no tienen su explicación en el derecho disciplinario, deben encontrar respuesta en los Códigos Penal, Penal Militar y de Procedimiento Penal, a quienes envía la misma ley disciplinaria por mandato expreso contenido en las disposiciones que se refieren a la "integración normativa" en materia disciplinaria, como acontece en el artículo 22 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 o Código General Disciplinario y en las demás Codificaciones Disciplinarias de que trata este texto y no en otra fuente distinta a la legal.

(reato), l derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición o indignidad política (impechment), y por lo tanto son comunes y aplicables siempre a todas las modalidades específicas del derecho punible, las garantías señaladas en la Constitución y la legislación penal sustantiva y procesal que las desarrolle.[543]

Sin embargo, la Corte Constitucional, también ha sostenido posiciones divergentes entorno a la definición del concepto de derecho disciplinario, al señalar que: *Un amplio sector de la doctrina, si bien admite la diferenciación entre la responsabilidad civil, penal y disciplinaria, encuentra que la sanción disciplinaria debe sujetarse a los principios y garantías propios del derecho penal. Según esta interpretación, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho penal, y en su aplicación deben observarse las mismas garantías y los mismos principios que informan al derecho penal.*[544]

A pesar de identificar el concepto de derecho disciplinario con el derecho penal, la Corte Constitucional, a su vez, en otros pronunciamientos, afirma que este tiene una doble naturaleza al decir que: *en el derecho moderno se erige como un ramo específico de la legislación que, sin perder sus propias características ni tampoco su objeto singular, guarda relación en algunos aspectos con el derecho penal, con el procedimiento penal y con el derecho administrativo.*[545]

A pesar de estas posiciones, el Consejo de Estado pareciera tener una postura distinta al señalar que *el derecho disciplinario es un derecho autónomo e independiente, que se rige por las normas administrativas cuya interpretación, al tenor del artículo 1 de la Ley 13 de 1984*[546]*, se hace con referencia al derecho administrativo, con preferencia a cualquier otro ordenamiento*[547] y en posterior pronunciamiento señaló que *el derecho administrativo sancionatorio no necesita acudir al derecho penal, toda vez que posee una normatividad regulada por principios propios y autónomos, que responden a unas facultades y procedimientos diferentes a los del derecho penal*[548] aun cuando en esta última decisión

543 Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencia C-214 del 28 de abril de 1994. Magistrado Ponente: Antonio Barrera Carbonell. Expediente D-394. Dicho pronunciamiento es recogido de la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena. Sentencias 51 del 14 de abril de 1983 y del 7 de marzo de 1985. Magistrado Ponente: Manuel Gaona Cruz.

544 Corte Constitucional. Sentencia T-438 del 1º de julio de 1992. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

545 Corte Constitucional. Sentencia C-725 del 21 de junio de 2000. Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

546 Del 9 de marzo.

547 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 12 de noviembre de 1991. Consejera Ponente: Dolly Pedraza de Arenas. Expediente: 4160.

548 Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 24 de noviembre de 1995. Consejera Ponente: Consuelo Sarria Olcos. Expediente: 7359.

En relación con esta jurisprudencia del Consejo de Estado, el lector debe ubicarse temporalmente y advertir que en esa época la Constitución Nacional era de "Estado liberal", en donde los principios eran meros ideales. Hoy los principios del derecho disciplinario corresponden a una Constitución Política de "Estado constitucional, social y democrático de derecho", cuyo fundamento primerísimo es la "dignidad humana" y consecuencialmente el principio del "debido proceso" se aplica a "toda clase de actuaciones judiciales (penal) y administrativas (disciplinario)", lo que permite decir con gran fortaleza, que el "debido proceso" no le pertenece ni al derecho penal, ni al disciplinario, sino a "todo el derecho", razón que pone de manifiesto que en el terreno funda-

pareciera confundir y entremezclar la naturaleza del derecho disciplinario y la facultad sancionadora del Estado por infracciones a contravenciones estatales en el control y la intervención de éste en la economía.

De otro lado, en cuanto a la interpretación y aplicación que se hace del principio de la culpabilidad en el derecho disciplinario, existen posiciones divergentes. Al respecto, la jurisprudencia constitucional identifica este principio como de estirpe penal, sin establecer de forma crítica en qué medida ese concepto puede extrapolarse al derecho disciplinario.

Así, encontramos que se *ha señalado que los principios que rigen el derecho punitivo de los delitos, incluyendo el de la culpabilidad, deben, necesariamente, hacerse extensivos a las restantes disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre la materia. Que solo el derecho penal involucre intereses esenciales del individuo, es un postulado ampliamente rebatido, insuficiente hoy en día para justificar las diferencias en el tratamiento de las diversas clases de sanciones.*

No obstante dicho pronunciamiento, este criterio ha sido moldeado en forma posterior, al señalarse que *el derecho disciplinario es una modalidad del derecho administrativo sancionatorio, por los que los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandis en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de cada persona investigada se realiza en aras del respeto a los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionatoria.*[549]

Dicha conceptualización descansa sobre la base que en el derecho disciplinario está proscrita la responsabilidad objetiva (artículo 10 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* -artículo 14 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002-) y por ello se ha aceptado el sistema de *numerus apertus en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa –como si lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan las expresiones tales como a sabiendas, de mala fe, con la intención de etc. Por tal razón el sistema de numerus apertus supone que igualmente el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, el bien tutelado o del significado de la prohibición.*[550]

Respecto a la aceptación del *numerus apertus* por parte de la Corte Constitucional, existen críticas por parte de un sector de la doctrina como Mejía Ossman y Quiñones Ramos quienes afirman que no comparten lo expuesto por la Corte Constitucional, por ser violatorio del principio de legalidad, el cual impide al operador disciplinario construir conductas *expost*, toda vez

---

mentador, los principios del artículo 29 de la Carta Política de 1991 se interpretan y aplican por igual en el campo del derecho punitivo del Estado, a no ser que la propia Carta Política y la ley (del legislador) establezcan limitaciones.

549 Corte Constitucional. Sentencia C-187 del 6 de mayo de 1998. M.P.: Hernando Herrera Vergara.

550 Ver Corte Constitucional. Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002. M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

que la Carta Política condiciona la tipicidad de las faltas disciplinarias a que ellas estén conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, como de manera expresa lo anuncia el inciso 2º del artículo 29 de la Constitución y señalan que *el operador disciplinario al tener autorización de la Corte Constitucional de que es la persona quien debe establecer cuáles tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo; del bien tutelado o del significado de la prohibición, se convierte en un dispensador de justicia arbitrario por autorización expresa del máximo ente constitucional.*[551]

Sobre el particular, resulta interesante ver como uno de los órganos encargos (sic) de aplicar el derecho disciplinario, como es el jefe del Ministerio Público, en su intervención en la demanda de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 14 de la Ley 200 de 1995, que señalaba el principio de culpabilidad, sostuvo similar argumento al expuesto por parte de la Corte Constitucional, al señalar que *el Ministerio Público también aboga por la constitucionalidad de la preceptiva acusada, pues considera que al regular el principio de culpabilidad en materia disciplinaria desarrolla el debido proceso contemplado en el canon 29 Fundamental.* (...) *no es necesario que el legislador determine frente a cada conducta disciplinaria si ella es sancionable bien a título de dolo o culpa, pues se trata de un asunto que le compete determinar al funcionario competente en cada caso concreto.*[552]

Por otra parte. El Consejo de Estado, en relación con la aplicación del principio de culpabilidad en el derecho disciplinario ha señalado que *el derecho disciplinario es un derecho autónomo e independiente, se rige por normas administrativas cuya interpretación se hace, con referencia al derecho administrativo, con preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico* (...) *Por ello ni la tipicidad ni la culpabilidad son de recibido en la forma en que fueron manejadas por el a quo.*[553]

Vistas estas posiciones, se puede concluir que en cuanto al principio de culpabilidad, existe una confusión en cuanto a su naturaleza, al punto de señalarse por algunos, entre esos, Ramos Acevedo que al admitirse la imputabilidad en forma indiscriminada tanto a los servidores públicos como a los particulares que desempeñen funciones públicas sería irrelevante que tanto la ausencia de intencionalidad como el error, por no ser precisa una conducta dolosa, sino simplemente irregular para castigar la inobservancia de las normas, *lo que conferiría a la responsabilidad en esta rama del derecho administrativo una naturaleza cercana a la responsabilidad objetiva*[554]

Así también lo ha insinuado Gómez Pavajeau interpretando al profesor Jaime Ossa Arbeláez, al señalar que este pregona la necesidad de mirar la culpabilidad en derecho administrativo sancionador a partir de la admisión

551 Mejía Ossman, Jaime y Quiñones Ramos, Silvio San Martín. *Procedimiento Disciplinario*. Editorial Doctrina y Ley. Primera Edición. Bogotá, 2004, pág. 38.

552 Ver, Corte Constitucional, Sentencia C-155 del 5 de marzo de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

553 Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 12 de noviembre de 1991. Consejera Ponente: Dolly Pedraza de Arenas. Expediente 4160.

554 Ramos Acevedo, Jairo. *Derecho Administrativo Disciplinario*. Editorial Leyer. Primera Edición, 2003, pág. 36.

de la *"existencia de matices morigerantes en determinados sectores"* respecto de la responsabilidad objetiva.[555-556]

Los especialistas en derecho disciplinario, Dennise Hinestroza Mosquera, Guillermo León Gómez Peláez, Solís Ovidio Guzmán y Pedro Alonso Bayona, conceptúan:

"(…)

1. La culpabilidad en el Derecho Disciplinario

Doctrinariamente se ha entendido por culpabilidad o responsabilidad plena el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa a la gente la realización de un injusto penal (ilícito disciplinario), pues – dadas las condiciones de orden personal y social imperante en el medio donde actúa – se encuentra en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no obra pudiendo hacerlo. Se trata entonces de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de culpabilidad y en virtud de la cual el agente debe responder por su comportamiento (…) por no haber actuado conforme a la norma (que determina el deber funcional).

(…)

'Lo anterior evidencia el carácter individual y social de la culpabilidad, pues se es responsable en su contexto histórico concreto, en una organización social determinada, y en función de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual; por ello, el juicio de culpabilidad no puede desbordar los marcos propios del Estado social y democrático de derecho y debe corresponderse con sus postulados inspirados, empezando por el supremo mandato constitucional de respeto a la dignidad de la persona humana (Constitución Política, art. 1º.)' [557].

Evolución del concepto de culpabilidad y su marco disciplinario

(…)

En el ámbito nacional para determinar la conceptualización de la culpabilidad en materia disciplinaria se hace necesario retomar la postura del ilustre catedrático doctor Esiquio Manuel Sánchez Herrera en su obra Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario – Segunda Edición (pág. 51) cuando señala que '(…) *la culpabilidad disciplinaria se hace recaer, por una parte, en el juicio de reproche que se presenta por la exigibilidad de comportamiento diverso en que podía y debía actuar el agente y, por otra, en la accesibilidad normativa que*

555 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Tercera Edición, 2004, pág. 127.

556 Hernández Mesa, Nelson. *Ensayos sobre Derecho Disciplinario, El Principio de culpabilidad en el Derecho Disciplinario Colombiano: Un concepto por definir.* Tomo I, editorial Ediciones Nueva Jurídica. Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario. Bogotá 2010, págs. 122 a 131. También en "Lecciones de Derecho Disciplinario". Volumen 8. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, agosto de 2009, págs. 33 a 42.

557 Tomado de la obra colectiva *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Volumen 1, pág. 55. Obra colectiva. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación, 2006.

el disciplinario tenía al momento de cometer el hecho o la posibilidad de conocer la prohibición, y en el dolo y la culpa (...)'.

Pero esta conceptualización sobre la culpabilidad, reiteramos, no es un concepto acabado, así como tampoco ha sido constante, pudiéndose resaltar fases en su conformación, a saber:

El concepto psicológico de la culpabilidad, dominante hasta nuestro siglo, surge a partir de la corriente jurídica del positivismo científico y se detenía en el estado mental del autor del delito, sobre la base de aquellos hechos que fueran reconocidos por medio de la observación y accesibles a una descripción. Este modo de concebir la culpabilidad situó el núcleo de esta en el dolo y en la culpa, es decir, en la vinculación de índole fundamentalmente psicológica entre el autor y el hecho. En este caso la imputabilidad es un presupuesto de esas formas de ser culpable, y el error, la ignorancia y la coacción son causas que la excluyen. Se le criticó que no pudiese explicar cómo la culpa inconsciente, en la que falta la relación psíquica directa del autor con el resultado delictivo, es una forma de culpabilidad; que, además, no siendo dentro de él graduable la relación psíquica del autor con el resultado, no permite la graduabilidad del dolo. En concreto la imputabilidad sí es psicológica, pero la culpabilidad es valorativa.

El alejamiento de la concepción positivista coincide con la visión Kantiana hacia una concepción de **la culpabilidad normativa**, tomando como referente obligatorio la reprochabilidad, donde '(...) *la culpabilidad no se agota en el simple vínculo psicológico, sino que era necesario, además, de que el juez concluyera que el individuo infringió la ley, es decir, actuó de manera antijurídica, cuando hubiera podido actuar conforme el derecho se lo exigía. En síntesis, que la esencia está en el reproche que se le hace al autor porque actuó de manera ilícita cuando hubiera podido actuar de manera lícita, esto es que le era exigible un comportamiento distinto al observado y conforme a la ley* (...)' (Lecciones de Derecho Disciplinario- Volumen I- Pág. 59...).

Así, la teoría normativa concibe la culpabilidad como hecho psicológico valorado con arreglo a una norma, mediante un juicio tendiente a decidir si ese comportamiento es subjetivamente reprochable al autor por implicar dentro de su posibilidad de actuar de otra manera, una infracción a su deber de actuar como el Derecho se lo exigía. No es el hecho psicológico como tal, sino su valoración, en relación a la exigencia de una norma, lo que da significado a la doctrina de la culpabilidad.

Sus características principales pueden ser formuladas de un modo general:

El contenido de culpabilidad no se agota por los elementos psicológicos contenidos en el dolo y en la culpa.

La culpabilidad es un juicio formulado sobre una situación de hecho, generalmente psicológica, a consecuencia del cual la acción es reprochable.

Es el conjunto de aquellos presupuestos de la pena que fundamentan, frente al autor, la reprochabilidad de la conducta antijurídica con la cual la imputabilidad deja de ser un presupuesto de la culpabilidad para serlo de la pena.

Son objeto de estudio, dentro de la culpabilidad, todas las causas que la excluyen, como elemento de juicio para decidir si ha habido o no una motivación normal.

El dolo y la culpa son sus elementos.

También lo son para la afirmación del juicio de reproche, las causas de exclusión de la culpabilidad.

Esta concepción estudia la culpabilidad dentro de los vastos campos de la reprochabilidad, la exigibilidad, las motivaciones y la caracterología, o personalidad del delincuente.

La teoría del finalismo '(...) *parte de la base de que la acción no es objetiva, sino que es objetiva y subjetiva. Toda la acción implica la voluntad y la voluntad siempre comporta la finalidad. En otros términos, la acción o la conducta naturalísticamente considerada no es simplemente un actuar externo, lo que sería apenas una parte de la acción, sino que, faltamente en toda acción humana existe un aspecto subjetivo, lo que significa que el dolo y la culpa no son especies de la culpabilidad, como lo propugnaron los casualistas (sic) y los neocausalistas, sino que son parte de la acción, es decir modalidades de la conducta.*

(...) *La culpabilidad es, en consecuencia, el simple reproche que se le hace al sujeto imputable por haber actuado de manera típica y antijurídica cunado podía y debía actuar, como el derecho se lo exigía* (...)' (Lecciones de Derecho Disciplinario – Volumen I – Pág. 60...).

Válido es igualmente resaltar que la anterior concepción finalista, profesada por el Maestro Carlos Arturo Gómez Pavajeau, encuentra en su discípulo Esiquio Manuel Sánchez Herrera un contradictor académico válido, cuando este último en su obra Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario – segunda edición – se aleja de dicha postura ubicando a los elementos estructurantes del dolo y la culpa en la culpabilidad para ser analizados y detallados como un componente de esta y no dentro del grado de la tipicidad.

Disquisiciones que hace cada vez más interesante e inagotable una concepción definitiva de lo que debemos entender por culpabilidad, como ha sido tradición en la historia, tal como lo señaláramos inicialmente.

Con todo lo anteriormente señalado podemos concluir que disciplinariamente la culpabilidad queda circunscrita al juicio de reproche, producto de la imputabilidad y a la posibilidad de exigir otro comportamiento al sujeto disciplinado.

(...)

La parte subjetiva de la falta disciplinaria se caracteriza por ser sicológico-normativa, esto es, el servidor público tiene la obligación de conocer cuál es su rol dentro de la administración pública y de paso ser competente para desempeñarlo. Esta es la competencia laboral. Además, tiene la obligación

de capacitarse y actualizarse día a día. Para ello le asiste el derecho tal como lo preceptúa el numeral 3º del artículo 33 de la ley disciplinaria[558].

Pero también le asiste el deber de acuerdo con el numeral 40 del mismo artículo y ley (sic) [559]. Por lo tanto, en una eventual investigación disciplinaria no se podrá alegar que no se tenía el conocimiento o que se carecía de la habilidad, la destreza para dicho cometido. El servidor público en la órbita del Estado moderno no solo debe ser competente, sino 'competitivo'.

(…)

La exigencia de que el servidor público conozca el significado de lo que hace, para censurar su conducta, y para poder calificarlo de injusto hacedor, es aspiración del pensamiento humanista, que, con Aristóteles a la cabeza, opone esta idea de responsabilidad ante la simple responsabilidad por el hecho. Parodiando al sabio estagirita, la ignorancia de lo que se hace excluye la ilicitud sustancial del comportamiento. Pero esto no es predicable del derecho disciplinario. El servidor público está obligado a conocer lo que está obligado a hacer. Por ello este debe ser competente, tal como ya se había mencionado anteriormente.

Es por ello por lo que se afirma que el servidor público frente a la falta disciplinaria actúa con dolo o culpa, porque debe ser conocedor de las conductas que lo ponen *sub judice* frente al derecho disciplinario.

El conocimiento exigido al servidor público es aquel que tiene relación con el cargo que desempeña. A mayor nivel jerárquico, mayor debe ser el conocimiento y mayor el nivel de exigibilidad. Esto tiene una relación directa con el perfil de cada cargo dentro de la estructura administrativa. (…)".[560]

Los doctores Flor Alba Torres, César Augusto Amaya y Manuel Dagoberto Caro manifiestan:

"(…)

La fundamentación de la culpabilidad en la dignidad humana se trajo del principio constitucional antes referido, a los artículos 7º de la Ley 200 de 1995[561] y 8º del nuevo Código Disciplinario Único[562]. En concordancia con ellos la Ley 200 en su artículo 14, tal como lo hace ahora la Ley 734 en su artículo 13, proscribió toda forma de responsabilidad objetiva, estableciendo

558 El numeral 3º del artículo, referido por el autor, señala: "Derechos. Además de los contemplados en la Constitución, la ley y los reglamentos, son derechos de todo servidor público: (…) 3. Recibir capacitación para el mejor desempeño de sus funciones (…)".

559 El numeral 40, citado por el autor, pertenece al artículo 34 y no al 33 de la misma ley disciplinaria. Ese artículo y numeral precisa: "Deberes. Son deberes de todo servidor público: (…) 44. Capacitarse y actualizarse en el área donde desempeña su función".

560 Hinestroza Mosquera, Denise. Gómez Peláez, Guillermo León, Guzmán, Solís Ovidio, Bayona, Pedro Alonso. *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Volumen 6. Editorial Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, agosto de 2009, págs., 186, 188 a 190 y 200, 201.

561 Del 28 de julio.

562 En la actualidad el principio de la Dignidad Humana es el primer principio de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) y de la mayoría de las Codificaciones Disciplinarias.

como únicos títulos de imputación subjetiva el dolo y la culpa, de manera tal que el ordenamiento constitucional y legal que nos rige tiene claramente establecido un derecho sancionador de acto basado en la culpabilidad de la persona.

(...)

A nivel de derecho comparado, el referente más próximo que tenemos, es el español, por haber sido allí donde han abrevado las más recientes generaciones de juristas colombianos, cursando especializaciones, maestrías y doctorados. Uno de los más representativos tratadistas de lo que allí se distingue con la expresión genérica *'Derecho Sancionador Estatal'*, es el profesor Alejandro Nieto, quien nos ilustra sobre el tema en otros países de Europa, tras plantear el devenir que la figura ha tenido en la Madre Patria, pasando de la marginación de la culpabilidad a su exigencia:

'Lo sucedido en España corre paralelo a similares tendencias en el derecho comparado. En Italia y Alemania ha terminado ya consolidada la tesis de la exigencia de la culpabilidad, como se proclama de forma expresa en el artículo 3.1 de la Ley Italiana de 1981 ('en las infracciones que lleven aparejada una infracción administrativa, cada uno es responsable de su propia acción u omisión, consciente o voluntaria, sea dolosa o culposa') y en el artículo 10 de la Ley Alemana de contravenciones ('sólo puede ser castigado como infracción administrativa un hecho doloso, a menos que una ley expresamente prevea una multa para un hecho culposo') que lleva aún más lejos su rigor'.

'Pero el más interesante es el caso francés en el que se ha producido una ruptura total con el pasado dado que, al igual que en Inglaterra, partía del punto de vista contrario, es decir, de la ilicitud sin culpa. No obstante, lo cual, la Corte de Casación, ha empezado no ha mucho (ss. 5 de junio de 1979 y 12 de enero de 1981) a exigir la culpabilidad en el infractor, al menos y en todo caso cuando la infracción en el delito aparecen tipificados en la misma Ley, es decir, que en tales supuestos las normas penales se irradian a las infracciones administrativas'[563].

(...)

Pero ha sido la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, la que de una manera más precisa se refirió al concepto de culpa en materia disciplinaria, al decir:

'Al respecto la Corte señala que, dado que el principal derrotero que guía la aplicación de las normas disciplinarias es el normal y correcto funcionamiento de la gestión pública, en nada resulta incompatible con dicha finalidad –por el contrario, la secunda y favorece- que el Estado imponga a sus servidores un deber general de cuidado, diligencia y corrección en el desempeño de sus funciones que, además, pueda ser sancionable por incumplimiento. Visto que los servidores públicos son responsables ante la ley, no sólo por quebrantarla, sino por omisión o extralimitación en ejercicio de las mismas, resulta legítimamente admisible que el Estado, a través del sistema

563 Nieto García, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. Segunda Edición ampliada. Madrid, Ed. Tecnos, 1994.

disciplinario, imponga sanciones a aquellos que no cumplen, con el esmero requerido, las obligaciones asignadas por la normatividad'.

'Obsérvese que se considera culpa gravísima en primer término la ignorancia supina, que define el diccionario de la lengua de la Real Academia Española como 'la que procede de negligencia en aprender o inquirir lo que puede y debe saberse'. Es decir que se considera como culpa gravísima la negligencia del servidor que pese a tener el deber de instruirse a efectos de desempeñar a la labor encomendada decide no hacerlo'.

'Otro tanto puede decirse de la definición de culpa grave en la que se incurre por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones, conducta que no es la que corresponde esperar de una persona que ejerce funciones públicas a quien, por lo demás, se le exige un particular nivel de responsabilidad (arts. 6 y 123).'

'Así las cosas lo que el actor considera elementos objetivos externos a las definiciones de culpa gravísima y de la culpa grave, son pura y simplemente la aplicación en este campo de la identidad propia del concepto de culpa en materia disciplinaria basada en la diligencia exigible a quien ejerce funciones públicas. Aplicación que no puede considerarse ajena a la conciencia del servidor público obligado a conocer y cumplir sus deberes funcionales.'

'Recuérdese que en el cumplimiento de los cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento y que por lo tanto, pueden verse sometidos a una responsabilidad pública de índole disciplinaria, tanto por omisión como por extralimitación en el ejercicio de sus funciones[564]'.

(...)

Así las cosas, la responsabilidad del servidor público y la del particular a quien le es exigible responsabilidad de carácter disciplinario, trasciende del ámbito general cuyo único referente de exigibilidad es la pertenencia al grupo social, para pasar a una esfera mucho más restringida, cuya condición de validez es la voluntaria aceptación de las cargas que le impone el desempeño de la función pública encomendada.

(...)

Ciertamente, en el proceso disciplinario, al igual que en el penal, la culpabilidad es un predicado de un sujeto: la conducta típica. En consecuencia, también en la ley disciplinaria, las categorías de dolo y culpa tienen que corresponder a formas de conducta y no a formas de culpabilidad.

Y, dado que en derecho disciplinario, la tipicidad lleva inmersa la antijuridicidad, al punto que se afirma, no sin razón, que *las conductas son típicamente antijurídicas,* el concepto de culpabilidad se predica, entonces, de las conductas que reúnen las dos características, siempre que sea viable el reproche al

564 Sentencia C-948 del 6 de noviembre de 2002.

> investigado, por estar en posibilidad de actuar de manera diferente a como lo hizo y conforme a la norma que determina el deber funcional; es decir, por serle exigible la realización de una conducta diferente, atendiendo a las circunstancias en que se desempeñaba (...)"[565].

Conclusiones

De lo expuesto en precedencia, es imperioso concluir que la *culpabilidad* no solo está constituida por el *dolo* y las *culpas gravísima* y *grave*, sino por la *culpa culposa* y que esas formas de *culpabilidad* constituyen *ingredientes normativos*, que *deberán* satisfacerse con las *codificaciones que las definan*, quedando únicamente los conceptos de *culpa gravísima* y *culpa grave* sometidos al *derecho disciplinario* (como acontece con el artículo 29 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[566]–parágrafo del artículo 44 de la reemplazada Ley 734 de 5 de febrero de 2002) y los conceptos de *dolo* y *culpa culposa* bajo la *complementación* del *derecho penal*, por no estar ellos sustentados completamente con los **ingredientes normativos** en ninguna disposición disciplinaria y así permitirlo los **diferentes principios de integración normativa** que prevén todas las *Codificaciones Disciplinarias* en la forma como ya lo hemos demostrado con anterioridad.

De la misma manera debe hacerse claridad que en la *jurisprudencia* nacional el concepto de *culpa*, siempre se soporta sobre las *culpas gravísima y grave* y no sobre el comportamiento *culposo*, con excepción cuando se refiere a los *numerus apertus*, sin que la *Corte Constitucional* se hubiera preocupado por *definir* el *comportamiento culposo* en *materia disciplinaria*.

Finalmente se debe anotar con gran énfasis, que el *principio de culpabilidad* en la aplicación de la *teoría de la falta disciplinaria* está apenas en elaboración, testigo de ello es la cantidad de posiciones *doctrinarias* y *jurisprudenciales* que gravitan en su entorno y que ya se transcribieron. Unas de *naturaleza administrativa-penalista*; otras *penalistas*, otras *administrativas,* y otras fundadas en *ejercicios de poder*, pero que, éstas últimas, indudablemente tienen soporte en la *dogmática penal* y de allí se construyeron. Lo único acertado es que la jurisprudencia y la mayoría de los doctrinantes nacionales y extranjeros, **rechazan la responsabilidad objetiva**. Pero que el *dolo* y la *culpa* pertenecen o no a la *culpabilidad,* o solo forman parte de la *conducta* o simplemente están en la *tipicidad* o aparecen unidos en una sola concepción al lado de la *tipicidad* y la *ilicitud sustancial*, es algo que aún no ha llegado a la claridad reclamada. Una cosa si es conclusiva: el **derecho disciplinario pertenece al derecho punitivo o sancionador del Estado** y se encuentra **amparado por el debido proceso del que trata el artículo 29 de la Constitución Política en idénticas condiciones que el derecho penal**, con las **limitaciones que imponga la misma Carta Política, la Ley del Legislador** y nadie más.

Sería bueno que los *académicos* nos propusiéramos a *construir* un *derecho disciplinario* que consulte la *realidad funcional* del destinatario de la ley disciplinaria; que el mismo sea edificado con construcciones jurídicas de **"responsabilidad de acto"** que coincidan y estén en total armonía con nuestro *Estado social de derecho*, en el que la *persona humana* y con ella su *dignidad* siempre estén amparados por el **debido proceso** constitucional

565 Torres, Flor Alba, Amaya, César Augusto y Caro, Manuel Dagoberto. *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Volumen 1. Editorial Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, noviembre de 2006, págs. 54 a 58 y 60.

566 Código General Disciplinario.

en el que allí se exige esa especial condición a las **"actuaciones administrativas"**, lo mismo que a las **"judiciales"**. Para ese logro, es menester que nos unamos en el *estudio* de esta *compleja disciplina* y así brindarle al Estado *lo mejor* de nuestra *"cosecha académica"*, de la que nazca un *derecho disciplinario* verdaderamente atado al *debido proceso constitucional*, ágil, *efectivo*, *descomplicado*, *preventivo*, *correctivo* y ante todo *respetuoso de la dignidad humana*. Siempre estaré en esa lucha, sin que por defender alguna teoría no compatible con el artículo 29 constitucional, tenga que sacrificar la justicia y nuestro Estado constitucional, social y democrático de derecho.

Ejemplo de las *complejidades* que ofrece la *culpabilidad* dentro del *derecho disciplinario*, es la posición asumida por el doctor Esiquio Manuel Sánchez Herrera, discípulo del doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, quien *se aleja* de la posición de su maestro *ubicando el dolo y la culpa en la culpabilidad y no en la tipicidad* como así lo hace su profesor Gómez Pavajeau. Igualmente, como lo sostiene el doctor Alberto Suárez Sánchez, quien en su obra *"La Autoría en el Derecho Disciplinario"* trae los siguientes apartes:

> "(...)
>
> *'El desvalor de acción o de acto.* El injusto está constituido por la acción que se realice con determinada voluntad. Se desvalora la acción desaprobada por el derecho, o sea la actitud, la finalidad, la voluntad, el propósito del agente que actúa, sin importar la producción del resultado, el que es relegado a un segundo plano. Este desvalor conduce a un derecho penal subjetivo que tiene como epicentro el ánimo de autor, porque sólo se considera lo que éste quiere.
>
> 'Para los finalistas es preponderante el desvalor de acción. Welzel, al sostener que la 'misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares[567], afirma que en el del proceso de desvaloración de la conducta típica importa constatar la posición subjetiva del individuo al momento de la realización del comportamiento, con independencia de la producción o no de la lesión o puesta en peligro de cierto bien jurídico...
>
> 'Para Welsel, la lesión al bien jurídico es secundaria, a diferencia de los causalistas, quienes toman partido por el desvalor de resultado, al cual tienen como preponderante para fundamentar la antijuridicidad. Para los finalistas lo que importa es que el sujeto se ponga en rebeldía con el bien jurídico, que sienta menosprecio por el mismo, sin importar que lesione o no el interés penalmente tutelado o lo ponga o no en peligro.
>
> 'Para los finalistas poca importancia pudiera tener en últimas la diferencia entre el delito consumado y la tentativa, porque en ésta el sujeto quiere la violación de determinado bien jurídico, por el cual siente menosprecio, y es esta posición voluntaria del sujeto la que se desvalora, en razón a que con ella infringe los deberes elementales de conciencia, se produzca o no el resultado lesivo deseado.

567 Welzel. *Derecho Penal Alemán*, pág. 15.

'Consecuencia de la adopción del desvalor de acción, es que la tentativa imposible o inidónea se sancione (como lo hace el finalismo); mientras que, en una concepción causal, tal tentativa no es punible. De modo que los elementos objetivos no importan para hacer el juicio negativo cuando se toma partido por el desvalor de acción, pues basta que el sujeto los suponga, así concurran o no. En la tentativa imposible es suficiente que el sujeto haya supuesto la existencia del objeto material, aunque el mismo no exista, o la idoneidad de la conducta, aunque no tenga potencialidad de daño.

'En el ordenamiento penal colombiano, se adopta el desvalor de acto y el del resultado, pues tanto una como otra posición unilateral presentan dificultades insuperables en nuestro derecho penal. En verdad, como la norma sólo manda o prohíbe actos y no resultados, el primer valor que se encuentra es el de acto, pues la realización del acto prohibido o la omisión del mandato da lugar a aquel desvalor, desligado del de resultado; también es cierto que la norma termina en el desvalor de resultado, aunque no se puede poner el acento en lo sólo lesivo desde el punto de vista jurídico, porque la acción quedaría reducida a un mero proceso causal y, por ende, a un exclusivo proceso objetivo de imputación. No puede perderse de vista que, una vez producido el resultado, es imposible desligarlo de su autor, de modo que el resultado no se puede separar del injusto, so pena de mediatizar el bien jurídico, el cual, en últimas, es el eje central del injusto'.

'La adopción de los dos desvalores impide caer en una responsabilidad objetiva o subjetiva, pues ata el resultado al ánimo del autor, lo cual se puede hacer en el ámbito propio de lo normativo, porque los bienes jurídicos están valorados por normas jurídicas (constitucionales, civiles, administrativas, etc.), que en últimas enjuician conductas que atentan contra tales bienes jurídicos.

'No es suficiente ni el desvalor de acción ni el del resultado, pues la concatenación de los artículos 4 y 5 del Código Penal deja en claro que opera el derecho penal de acto y no el de autor; en efecto, sólo se responde por lo que se hace y se quiere hacer, pues cuando no se presenta coincidencia entre lo que se quiere y lo que se hace, la responsabilidad no se deriva con exclusividad de lo hecho o de lo querido hacer.

(...)

'La responsabilidad culpabilista adoptada por nuestro Código Penal proscribe tanto la simple objetiva (desvalor de resultado), como la sola subjetiva (desvalor de acto), de modo que no bastan los solos procesos causales ni las solas intenciones; por lo que se requiere, entonces, del resultado, que se concreta en la lesión o en la puesta en peligro del bien jurídico, y de los elementos personales del agente, o sea de la actitud de éste en tal producción del resultado.

(...)

De cara al derecho disciplinario si se admite que éste tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos y de manera residual la de velar porque el servidor público no infrinja el deber, tendría que aceptarse, así mismo,

que concurre el doble desvalor en los términos antes señalados. El de acto, que se concreta en la actitud mental del servidor público, quien dirige su comportamiento a infringir el deber; y, el de resultado, que se concreta en la acción que lesiona o pone en peligro el respectivo bien jurídico.

De conformidad con lo establecido en el principio rector de la culpabilidad (art. 14[568]), el sujeto debe actuar con conciencia y voluntad, es decir, con conciencia de la antijuridicidad del comportamiento, que se concreta en el conocimiento de que se lesiona o pone en peligro el bien jurídico que tutela el derecho disciplinario y en la voluntad de producir el respectivo daño.

Si antijuridicidad es contradicción entre la conducta típica y el derecho, ha de saberse en qué se concreta aquélla, o si es suficiente o no la contradicción entre el hecho y la norma disciplinaria o se requiere de un plus consistente en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. Surgen, entonces, los conceptos de antijuridicidad formal y antijuridicidad material.

'*Antijuridicidad formal*: Consiste en la simple contradicción entre el hecho y la norma, es la violación del deber de actuar o de omitir dispuesto por una norma, mientras no medie una negación (justificación) que la elimine, o sea, el desacato que exterioriza una voluntad inaceptable en el ámbito jurídico.

'*Antijuridicidad material*: Consiste en la lesión o puesta en peligro del interés tutelado por la ley penal. Para esta forma de antijuridicidad no basta la simple contradicción entre el hecho y la norma, sino que se exige, además, que se vulnere el bien jurídico o se ponga en peligro.

(...)

Esto significa que el concepto de bien jurídico es una limitante a la función punitiva del Estado, porque el legislador penal sólo puede crear delitos cuando hay lesividad para el interés tutelado.

(...)".[569]

La culpabilidad en el derecho disciplinario militar

El señor coronel de la Fuerza Aérea Colombiana, Dagoberto Gómez Cortés[570], en sus escritos sobre derecho disciplinario de las Fuerzas Militares, señaló:

568 Se refiere a la Ley 200 de julio 28 de 1995.

569 Suárez Sánchez, Alberto. *La Autoría en el Derecho Disciplinario*. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, octubre de 1998, págs., 17 y s.s.

570 Gómez Cortés, Dagoberto. Escritos sobre "Antijuridicidad de las Fuerzas Militares". Bogotá, 2010.

Se desempeñó como Jefe de la Oficina de Asuntos Disciplinarios de la Jefatura Jurídica de la Fuerza Aérea Colombiana, ante el Comando General de las Fuerzas Militares de Colombia; fue miembro del equipo de trabajo para la reforma del *Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares;* autor de numerosos artículos en el tema disciplinario militar; profesor y conferencista en escenarios académicos nacionales e internacionales; Jefe de la Oficina Segundas Disciplinarias y Administrativas de la Fuerza Aérea Colombiana y Jefe de la Jefatura Jurídica de la misma fuerza. En la actualidad se encuentra honrosamente en uso de buen retiro y vinculado contractualmente con la Fuerza Aérea Colombiana.

"De la culpabilidad hay que señalar que está prevista en el Derecho Disciplinario militar, así se dispone en la Sentencia de tutela emanada de la Corte Constitucional T- 316-19, al señalar que:

'La acción disciplinaria del Estado supone una actividad sancionatoria, de manera que todas las actuaciones que se realicen en desarrollo de esta deben respetar unos postulados mínimos que, básicamente, están dados por el respeto al debido proceso.

En este punto cabe destacar que la Corte ha admitido que las garantías del derecho penal deben ser aplicadas al derecho disciplinario *mutatis mutandi;* de hecho, el mismo Código establece que en el ejercicio de la sanción disciplinaria deben seguirse los principios de legalidad, presunción de inocencia, culpabilidad, antijuridicidad, favorabilidad y *non bis in ídem*.

Por ello dentro del derecho disciplinario se proscribe la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria, de manera que debe haber un juicio de culpabilidad para determinar que la persona actuó con dolo o culpa.

En el campo del Derecho Disciplinario Militar la culpabilidad está consagrada en el artículo 53, regulando lo siguiente:

"Artículo 53. Culpabilidad. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa"

El artículo 64 de la Ley Disciplinaria Militar, tiene por consagrado que en caso de no estar previsto taxativamente situaciones en dicha ley en lo relacionado con los principios rectores, se aplicarán en lo no previsto los principios rectores consagrados en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, Penal Militar, de Procedimiento Penal, el Código General del Proceso y del Código General Disciplinario, en lo que no contravengan la naturaleza del derecho disciplinario militar.

En este sentido es aplicable el artículo 22 del Código Penal Colombiano que señala en lo atinente y aplicable en materia disciplinaria lo siguiente:

"Artículo 22. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización (...)".

En tanto que en materia de culpa se dispone por el Código Penal Colombiano lo siguiente:

"Artículo 23. Culpa. La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo."

En este sentido el comportamiento para que llegue a ser reprochable por la institución militar, siempre ha de ser predicada su realización con dolo o culpa, de lo contrario no es posible llevar a cabo reproche alguno, so pena de ser una actuación proscrita por la legislación colombiana.

> Estando regulado el principio de culpabilidad en el Código Disciplinario Militar y en consideración al principio de especialidad contemplado en el artículo 62 de la Ley 1862 de 2017, el cual tiene su fuente en el artículo 217 de la Carta Supralegal, necesario resulta inferir que las categorías de culpabilidad que se manejan en el sistema general de los servidores públicos en el que se aceptan modalidades de culpa (artículo 29 de la Ley 1952 de 2019), no se aplican al régimen especial, máxime cuando estas modalidades de culpa, conllevan la sanción a imponer o tienen que ver directamente con la graduación de las mismas, tal como se observa en el artículo 48 de la Ley 1952 de 2019.
>
> Sin contenidos propios en el derecho disciplinario, la culpabilidad se explica a partir de las teorías del derecho penal, en cuanto y tanto sean aplicables en el contexto del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares".

Las causales de exclusión de la responsabilidad "subjetivas" o de inculpabilidad

En el pasado, estas causales de exclusión que contenían los artículos 28 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002,* 68 de la derogada *Ley 836 del 16 de julio de 2003* (por remisión al Código Penal Militar y al Código Penal) y 41 de la derogada *Ley 1015 del 7 de febrero de 2006*[571]*,* eran las mismas que actualmente pertenecen a las modificaciones legislativas que se hicieron a esas *Leyes Disciplinarias*. En efecto, las causales de responsabilidad "subjetivas" o de inculpabilidad, de acuerdo con el artículo 31 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* (Código General Disciplinario)[572]*,* siguen siendo las siguientes con sus respectivas separaciones y adiciones:

> "1. Por fuerza mayor.
>
> 2. En caso fortuito.
>
> 6. Por insuperable coacción ajena
>
> 7. Por miedo insuperable.
>
> 8. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria. Si el error fuere de hecho vencible, se sancionará la con-

571 No olvidemos que en esa época para guardar coherencia con la estructura del Código Disciplinario Único y con el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional, las causales causales de justificación como las de inculpabilidad, eran exactamente iguales, aclarando que para el Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares correspondían a las previstas en el Código Penal Militar y en el Código Penal (que eran las mismas). Así mismo es conveniente recordar, que las causales que se encuentran en el Código Penal, distintas a las contenidas en el reemplazado Código Disciplinario Único y a las señaladas en el derogado Régimen Disciplinario para la Policía Nacional, se aplicaban a todas las demás Codificaciones Disciplinarias, por así permitirlo el artículo 21 de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 y el artículo 20 de la Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 y no porque las mismas sean "comunes" al derecho sancionatorio o punitivo del Estado, sino porque esas causales de exclusión de responsabilidad, tanto "objetivas" como "subjetivas" en el derecho disciplinario, constituían por su terminología y definición, ingredientes normativos que debían interpretarse, por integración normativa, con el Código Penal, por disposición expresa de la ley.

572 Modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

> ducta a título de culpa, siempre que la falta admita tal modalidad. De ser vencible el error de derecho, se impondrá, cuando sea procedente, la sanción de destitución y las demás sanciones graduables se reducirán en la mitad. En los eventos de error acerca de los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad disciplinaria, se aplicarán, según el caso, los mismos efectos del error de hecho. Para estimar cumplida la conciencia de la ilicitud basta que el disciplinable haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo ilícito de su conducta.
>
> 9. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se informará a la dependencia administrativa correspondiente.
>
> No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuándo el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento"[573].

Las únicas diferencias con las **causales de inculpabilidad de las pasadas legislaciones** estriba en la separación que se realizó entre la *"fuerza mayor y el caso fortuito"*, al igual que la *"insuperable coacción ajena y miedo insuperable"*, ocupando cada una un lugar en su numeración; el texto que se agregó a la causal de la *"convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria"*, en donde podemos observar unas reglas que el legislador impuso respecto de esa causal, al *adicionarle un texto relacionado con los errores de hecho y de derecho vencibles*, que el lector debe interpretar como una *causa más de atenuación para la "graduación de la sanción"* que debió estar condensada en el artículo 50 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[574]; y el cambio del texto explicativo de la causa de *"en situación de inimputabilidad"* que precisaba *"se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes* (...)", lo cual sse redactó en el *Código General Disciplinario* de la siguiente manera: *"En tales eventos se informará a la dependencia administrativa correspondiente"*.

Una *explicación* de cada una de ellas, es la siguiente:

Fuerza mayor o caso fortuito

La *fuerza mayor* es la *fuerza externa* al individuo que no se produce por *acción del hombre*, sino por *energía natural* desencadenada *mecánicamente* o aquella *fuerza externa* al individuo que se produce por actos de *terceros.* La *fuerza externa* a que nos referimos, es aquella que se convierte en *inevitable* e *irresistible*, aunque su resultado hubiese sido *previsto* o el mismo fuere *previsible*.

De lo anterior concluimos que para que se establezca la *causal,* la *fuerza física*, no moral, debe ser *coactiva*; ser *externa* a quien ejecuta la *falta disciplinaria*; ser *superior* a su capacidad de resistencia y ser *irresistible* e *inevitable*.

---

573 Ver: Ley 599 del 24 de julio de 2000 (Código Penal): arts. 32 (3, 4, 6, 8, 11), 33 (2); Ley 836 del 16 de julio de 2003 (Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares): art. 68; Ley 1015 del 7 de febrero de 2006 (Régimen Disciplinario para la Policía Nacional): art. 41; Ley 1123 del 22 de enero de 2007 (Código Disciplinario del Abogado): art. 22; Ley 1828 del 23 de enero de 2007 (Código de Ética y Disciplinario del Congresista: art. 18; Ley 1862 del 4 de agosto de 2017 (Código Disciplinario Militar): art. 86; Ley 2196 del 18 de enero de 2022 (Estatuto Disciplinario Policial): art. 52.

574 Código General Disciplinario.

Fuerza mayor. Clases. La fuerza que recae sobre el *destinatario de la ley disciplinaria,* puede ser:

En forma de *violencia o constreñimiento (coacción material):* Es decir, cuando se *actúa* sobre el *cuerpo* del sujeto agente, de tal manera que se le *obligue* a la realización de la conducta.

O la *fuerza mayor propiamente dicha,* es decir la referible a aquellos *movimientos* de *origen natural* que conllevan a la producción del evento.

Relevancia de la fuerza mayor en el Derecho Penal y en el Derecho Disciplinario. La *fuerza mayor* tiene relevancia en materia *penal,* cuando la destacamos como causal de *ausencia de responsabilidad* y en materia disciplinaria cuando la precisamos como causal de *exclusión de responsabilidad disciplinaria*, o mejor, en *ambas disciplinas* como *causal de exclusión de la culpabilidad.* El *Derecho disciplinario* combina dentro de *las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria* las *causales objetivas de justificación* (En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado; en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales y por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad) *y las causales subjetivas de inculpabilidad* (Por fuerza mayor o caso fortuito; por insuperable coacción ajena o miedo insuperable y con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria), *causales* que también aparecen combinadas en la *legislación penal* de la siguiente manera:

Ausencia de responsabilidad (Ley 599 del 24 de julio de 2000[575]):

1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor.

2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo.

3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal.

4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.

No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura.

5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público.

6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión.

Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas.

7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar.

575 Código Penal.

El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no mayor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible.

8. Se obre bajo insuperable coacción ajena.

9. Se obre impulsado por miedo insuperable.

10. Se obre con error invencible de que no concurren su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.

11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.

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.

12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuente.

Caso fortuito. El *caso fortuito* se presenta cuando el *agente ignora* alguno de los elementos del proceso causal que determina el *resultado*, siendo el *proceso causal* obra del agente y no de *fuerzas extrañas* como acontece en la *fuerza mayor*. Aquí el resultado de la acción se torna *inevitable* e *irresistible*, lo cual determina la *exclusión de responsabilidad de la conducta*.

La fuerza mayor y el caso fortuito en la legislación colombiana. La *legislación colombiana* y más concretamente el *Código Civil* trata los conceptos de *fuerza mayor y caso fortuito* como *sinónimos*. En efecto, el *artículo 1º de la Ley 95 del 16 de noviembre de 1890 (sobre reformas civiles)*, los define así:

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

Así mismo e igual tratamiento les da a la *fuerza mayor y al caso fortuito* el *Código Penal (artículo 32, numeral 1º) y el Código General Disciplinario* artículo 31 numeral 1º- modificado por el artículo 5º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019- *(artículo 28, numeral 1º de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002*[576]), pues basta solo leer el contenido de las normas, para denotar que allí se refiere a la *fuerza mayor o al caso fortuito* como conceptos de *igua*l significación.

La fuerza mayor o el caso fortuito. Hecho imprevisible o hecho previsto o al menos previsible. La primera y segunda *causal de exclusión de la responsabilidad disciplinaria* contenida en

576 Código Disciplinario Único.

el *artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019*[577] *(28 del Código Disciplinario Único*[578]) se genera cuando ocurre alguna de las *dos (2) hipótesis* referidas y que se traducen en:

a. Hecho imprevisible, el cual se convierte en *irresistible* y por *ende no querido.*

b. Hecho previsto o al menos previsible, el cual se califica de *inevitable* por su carácter de *irresistible.* [579]

La doctrina con relación a esta causal

El doctor Alejandro Ordóñez Maldonado precisa:

> "(…) **1. Fuerza mayor o caso fortuito.**
>
> Tanto la ley como la jurisprudencia, en otra época, hicieron equiparables los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito.
>
> En efecto, el artículo 1 de la Ley 95 de 1890, los definió de la siguiente manera:
>
> 'Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.'.
>
> La jurisprudencia, pese a su esfuerzo por definir la naturaleza de dichos fenómenos, igualó ambas categorías identificando los siguientes elementos:
>
> La doctrina y la jurisprudencia enseñan que los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual son: la inimputabilidad, la imprevisibilidad y la irresistibilidad. El primero consiste **en que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito,** no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. El segundo se tiene cuando el suceso escapa a las previsiones normales, esto es, que ante la conducta prudente adoptada por el que alega el caso fortuito, era imposible de preverlo. Y la irresistibilidad radica en que ante las medidas tomadas fue imposible evitar que el hecho se presentara (…)[580] *(las negrillas fuera del texto).*
>
> Posteriormente, la misma Corte Suprema de Justicia mantuvo la indefinición sobre los fenómenos de caso fortuito y fuerza mayor. **En Sentencia del 20 de noviembre de 1989, afirmó lo siguiente:**

577 Código General Disciplinario.

578 Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

579 Mejía Ossman, Jaime *Código Disciplinario Único* – Parte General -. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, diciembre de 1999, págs. 451 a 453 y Mejía Ossman, Jaime – Quiñones Ramos, Silvio Sanmartín. *Procedimiento Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, septiembre de 2004, págs. 213 a 216.

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

2. (…) desde tiempos inmemoriales se viene controvirtiendo la distinción o, por el contrario, la equivalencia o sinonimia de los conceptos 'caso fortuito' y 'fuerza mayor'. Quienes se han ubicado en primera posición, han acudido, para destacar la diferencia, a varios criterios, así: a) A la causa del acontecimiento, o sea, el caso fortuito concierne a hechos provenientes del hombre; en cambio la fuerza mayor toca con los hechos producidos por la naturaleza; b) A la conducta del Agente, esto es, al paso que el caso fortuito es la impotencia relativa para superar el hecho, la fuerza mayor es la imposibilidad absoluta; c) A la importancia del acontecimiento, vale decir, que los hechos más destacados y significativos constituyen casos de fuerza mayor y los menos importantes, casos fortuitos; d) Al elemento que lo integra, por cuanto el caso fortuito se estructura por ser imprevisible el acontecimiento y, en cambio, la fuerza mayor por la irresistibilidad del hecho y e) A la exterioridad del acontecimiento, o sea, el caso fortuito es el suceso interno que, por ende, ocurre dentro de la órbita de la actividad del deudor o del agente del daño; la fuerza mayor consiste en el acontecimiento externo y puramente objetivo. Y, algunos de los que se ubican en este criterio, no le conceden efecto liberatorio de responsabilidad al caso fortuito sino a la fuerza mayor, como, por ejemplo, Josserand y Adolfo Exner.

(…)

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

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

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

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

romanos, los casos fortuitos son hechos de la naturaleza, y la fuerza mayor es un acto o hecho de la autoridad. O más ampliamente, el caso fortuito es el hecho imprevisible y la fuerza mayor es el irresistible».

Esta Sala reitera el anterior criterio expuesto por la Corporación y se aparta de la posición citada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que atribuye como causa del caso fortuito la concerniente a acontecimientos provenientes del hombre y de la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza[581] (subrayado y negrilla fuera del texto).

Tal grado de indeterminación no es ajeno al derecho disciplinario. El mismo legislador no tomó partido al incluir ambas categorías en una misma causal para efectos de desvirtuar la responsabilidad disciplinaria (numeral 1 del artículo 28 del Código Disciplinario Único[582]).

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

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

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

Tan cierto resulta lo anterior, que un sector de la doctrina, ante los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, no sólo dan por descontado la configuración del ilícito disciplinario, sino que, además, descartan la existencia de la conducta disciplinariamente relevante dentro la estructuración de la falta disciplinaria[583].

---

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

582 Ley 734 del 5 de febrero de 2002. Hoy en la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario) se encuentra establecida esta causal en dos causales separadas (Numerales 1 y 2 del artículo 31-modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021).

583 Se pronuncia así: Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario–Preguntas y Respuestas*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, págs. 76, 77 y 82. En el mismo sentido, recientemente, Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en su IV Curso de formación judicial inicial para magistrados, jueces y juezas de la República: Promoción 2009. Segundo módulo. Escuela Judicial 'Rodrigo Lara Bonilla'. Con un enfoque penal, Velásquez V., Manual de Derecho

Al margen de discusiones dogmáticas sobre cuál categoría de la estructura de la falta disciplinaria se elimina ante los eventos de fuerza mayor y caso fortuito[584], es pertinente enunciar las características principales de la fuerza y mayor y caso fortuito, evidenciándose que la mayoría de ellas les son comunes a ambos fenómenos:

– No son previsibles

– No son prevenibles

– No son evitables

– No son resistibles

– Para la fuerza mayor, ella proviene generalmente de una causa extraña o ajena al individuo.

- Para el caso fortuito, en cambio, el individuo interviene en el proceso causal que la genera.

Así, podría decirse, por vía de ejemplo, que el servidor público que no se reincorporó a su lugar de trabajo después de vacaciones, debido al cierre de la única vía que conduce a su sitio de descanso, por causa de un derrumbe de enormes proporciones, estaría exento de responsabilidad disciplinaria por una fuerza mayor. Por el contrario, aquel servidor público que conduce un vehículo oficial y lo accidenta produciendo considerables daños al automotor, estaría exento de responsabilidad disciplinaria por caso fortuito, aduciendo y demostrando que en el momento del incidente se atravesó una persona o un semoviente.[585]

El doctor Diego Alberto Zuleta García afirma:

"(…) **1. La fuerza mayor o el caso fortuito**.

Este principio parte de la premisa de que nadie está obligado a lo imposible. Según el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, *'se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercido por un funcionario público, etc.'*. Se puede decir que la Ley hizo equiparables estos conceptos y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia mantuvo por muchos años una indefinición sobre estos conceptos al afirmar lo siguiente:

Penal, Parte general. Medellín. Librería Jurídica Comlibros, 2007, págs. 252 a 257. Tesis reiterada en la cuarta edición 2009.

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

585 Ordóñez Maldonado, Alejandro. Justicia Disciplinaria – *De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*– Ediciones Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, noviembre de 2009, págs. 41 a 47.

(...)

'Si sólo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho. (**Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia de fecha noviembre 20 de 1989**.)'.

Por su parte, el Consejo de Estado, señaló:

"A diferencia de la asimilación que históricamente hace la Corte Suprema de Justicia entre la fuerza mayor y el caso fortuito, la jurisprudencia del Consejo de Estado distingue estos dos conceptos, en principio definiendo el caso fortuito como el suceso interno que se da dentro del campo de actividad de quien produce el daño, mientras que la fuerza mayor se identifica como un acaecimiento externo a la actividad de quien produce el daño; y señalando, en términos generales, que la irresistibilidad es el criterio fundamental determinante de la fuerza mayor; mientras que la imprevisibilidad, lo es del caso fortuito".[586]

Pese a que el Consejo de Estado realizó la diferenciación entre estos conceptos, el legislador incluyó dichas categorías en una misma causal (hoy con el Código General Disciplinario en dos), pero ello no puede dar lugar a que se confundan dichos fenómenos con la negligencia o la torpeza, pues no puede alegarse fuerza mayor o caso fortuito cuando es posible resistirse o prevenir los hechos.

Tampoco se puede reconocer la fuerza mayor o el caso fortuito como excluyentes de responsabilidad cuando el agente se ha puesto en la situación que invoca como eximente, como por ejemplo cuando el sujeto alega no haber asistido a laborar por haberse embriagado la noche anterior.

Valga decir que un sector de la doctrina, sostienen que, ante los eventos de fuerza mayor o caso fortuito, se da por descontada la configuración del ilícito disciplinario y que además se descarta la existencia de la conducta dentro de la estructuración de la falta.[587]

586 Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero Ponente: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Diciembre 12 de 2006. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00119-00 (1792).

587 Así lo enseña Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, en *Dogmática Práctica del Derecho Disciplinario, Preguntas y Respuestas*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, págs. 77, y 82. Y en la misma dirección, Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en IV Cursos de Formación Judicial Inicial para Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de la República. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" Segundo Módulo 2009.

> Otro sector de la doctrina, entre los que se encuentra Mejía Ossman, considera que la fuerza mayor y el caso fortuito son causales subjetivas de inculpabilidad en materia disciplinaria.[588]
>
> Resumiendo, hablamos de caso fortuito cuando se presenta un fenómeno del mundo físico o de la naturaleza que ocasiona un resultado, sin que medie la voluntad humana. En cambio, habrá fuerza mayor cuando en el hecho que produce un resultado interviene la voluntad humana, pero en ambos casos, el daño es imposible de resistir y por tanto excluyen la culpabilidad. Estos fenómenos jurídicos como causales de exclusión de responsabilidad en materia disciplinaria, debe contener por lo menos una de las siguientes exigencias:
>
> - Un hecho imprevisible, el cual se convierte en irresistible y por ende no querido.
>
> - Un hecho previsto o al menos previsible, el cual se califica de inevitable por su carácter de irresistible.
>
> Ejemplo recurrente de estas categorías lo sería el servidor público que no llega oportunamente al trabajo por graves problemas de tráfico en la carretera, es decir, por fuerza mayor. Con el mismo ejemplo, se estaría en presencia de la causal subjetiva de inculpabilidad por caso fortuito, si el automóvil oficial que conducía el servidor público fue afectado o destruido por el derrumbe que además produjo la congestión vehicular (…)".[589]

El doctor Carlos Mario Isaza Serrano concreta:

> "(…) **1. Fuerza mayor o caso fortuito.**
>
> El Código Disciplinario Único (hoy Código General Disciplinario) diferencia mediante una conjunción alternativa la fuerza mayor del caso fortuito. Por ello consideramos que se deben tratar como fenómenos diversos, atendiendo las caracterizaciones que de ellos hace un sector de la doctrina civil, que acoge tal distinción.
>
> Los supuestos fácticos aquí analizados pueden dar lugar a una causal de atipicidad o de inculpabilidad, según las circunstancias. Con todo, tanto uno como otro caso se caracterizan por ser eximentes de responsabilidad.
>
> *Fuerza mayor* es la circunstancia imprevista que surge por fuera de las actividades del demandado, totalmente extraña al giro ordinario de sus negocios, de su empresa, en general de su vida, que por lo mismo puede sobrecoger a cualquier persona sin que importen sus condiciones (rayo, inundación, terremoto, etc.) y *caso fortuito* es un acontecimiento también obra al azar, pero que se desarrolla y estalla dentro de una concreta actividad, como riesgo propio inherente a su desarrollo. El estallido de un neumático es peligro

588 Mejía Ossman, Jaime, en *Código Disciplinario Único, Comparado, Concordado y Comentado*. Ley 734 del 5 de febrero de 2002. Bogotá. Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003, págs. 124 a 126.

589 Zuleta García, Diego Alberto. *Introducción al Régimen Disciplinario Castrense*. Ed. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., 2013, págs. 180 a 182.

propio de la operación con el vehículo, la ruptura de una caldera lo es de la instalación fabril y el accidente del trabajo es riego natural de la empresa[590].

No sobra aclarar dentro de este esquema distintivo que generalmente en los eventos de fuerza mayor, cuando no media la intervención del servidor público la conducta se debe desplazar al ámbito de la culpabilidad al de la tipicidad, en tanto que cuando se produce la acción típica intermediada por aquel, es menester indagar por la existencia o inexistencia de uno de los elementos integrantes de la culpabilidad.

En cierto sentido, ambos eventos, dotados de las características de *irresistibilidad e imprevisibilidad*, surgidas de la misma naturaleza de aquellos, causan de manera justificada la imposibilidad absoluta de incumplir con el deber funcional. Por consiguiente, el operador disciplinario no puede perder de vista que el servidor público, al igual que él, se mueve en un contexto específico que obliga a ajustar y adaptar a las circunstancias laborales de aquel los conceptos de *irresistibilidad e imprevisibilidad*, para que la causal pueda tener un efecto útil como liberatoria de responsabilidad, por un desconocimiento del deber funcional; es decir, también deben precaver eventos derivados de la relación funcional que mantiene el servidor público con el Estado.

Por consiguiente, dentro de estos ajustes se deben comprender además de los fenómenos naturales que pueden generar el incumplimiento de las obligaciones (v. Gr., tener que salir corriendo en un momento de pánico producido por un terremoto, dejando expuestos bienes de mucho valor) otros impropios u ocasionales de las relaciones laborales en condiciones de normalidad y confianza, los cuales, a pesar de no ser conocidos, pueden tener ocurrencia sin que el servidor pueda advertir cómo y en qué circunstancias (…)'[591].

Los doctores Esiquio Manuel Sánchez Herrera y A. Nataly Bermúdez Sánchez expresan:

"(…) **Fuerza mayor y caso fortuito.**

El artículo 28 de la Ley 734 de 2002, numeral 1º[592], establece que está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta por fuerza mayor o caso fortuito.

En la legislación colombiana los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor fueron equiparados y definidos por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, de la siguiente manera:

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

590 Tomado de Fernando Hinestrosa F. *Obligaciones*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, págs. 571 y ss.

591 Isaza Serrano, Carlos Mario. *Teoría General del Derecho Disciplinario- Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales* –. 2ª ed. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2009, págs. 197 a 199.

592 Hoy artículo 31, numerales 1 y 2 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019- Código General Disciplinario – modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

En este sentido, los dos conceptos, según lo prevé la legislación, están caracterizados como un imprevisto al que no es posible resistir. Sin embargo, doctrinariamente se han hecho esfuerzos para hacer distinciones entre cada uno de ellos, así: el caso fortuito es el suceso que no se puede prevenir ni resistir y que aún previsto es inevitable[593], se caracteriza por ser un hecho inesperado, excepcional, esporádico y sorpresivo, por el que nadie está obligado a prever[594]; por su parte, la fuerza mayor, también consiste en el acontecimiento imprevisible, totalmente extraño a la voluntad de una persona[595], insuperable que hace imposible el cumplimiento del deber.

En este sentido, los requisitos esenciales para la configuración de la fuerza mayor o el caso fortuito son la imprevisibilidad y la irresistibilidad. La imprevisibilidad hace referencia a un suceso de rara ocurrencia, presentado en forma sorpresiva. La irresistibilidad atañe a un hecho indomable, incontrastable, inevitable (Diccionario Jurídico. Noticiero Oficial. www.noticieroficial.com).

En el caso fortuito la determinante es la imprevisibilidad, en tanto en que la fuerza mayor lo es la inevitabilidad o irresistibilidad, es por ello que en el evento del caso fortuito la voluntad del hombre interviene en el curso causal que da lugar a la producción del resultado, mientras que en la fuerza mayor por lo general se da por fenómenos de la naturaleza.

Sobre la exigencia y concurrencia de dichos elementos para la estructuración del caso fortuito la fuerza mayor la jurisprudencia se ha pronunciado de manera reiterada sobre ellos, así:

'Según el verdadero sentido o inteligencia del artículo 1º de la Ley 95 de 1890, los elementos integrantes del caso fortuito o fuerza mayor (...)*, deben ser concurrentes (imprevisibilidad e irresistibilidad) lo cual se traduce en que, si el hecho o suceso ciertamente es imprevisible, pero se le puede resistir, no se da tal fenómeno, como tampoco se configura a pesar de ser irresistible o pudo preverse. De suerte que la ausencia de uno de sus elementos elimina la estructuración de la fuerza mayor o caso fortuito.* (...)

Si solo puede calificarse como caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible o irresistible, no resulta propio elaborar un listado de los acontecimientos que constituyen tal fenómeno, ni de los que no lo constituyen. Por tal virtud, ha sostenido la doctrina nacional y foránea que un acontecimiento determinado no puede calificarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodean el hecho[596].

Por su parte, el Consejo de Estado se ha apartado del criterio de identidad entre los dos fenómenos estudiados y ha acogido a distinción entre ellos así:

593 Diccionario Jurídico. Noticiero Oficial. www.noticierooficial.com.

594 Ospina Hernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Edit. Temis, 1998, pág. 106.

595 Diccionario Jurídico. Noticiero Oficial. www.noticierooficial.com.

596 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha noviembre 20 de 1989.

' (...) *no puede o debe dárseles a ambos los mismos dos elementos, porque además a ello se opone su naturaleza jurídica: mientras el caso fortuito es una eximente de culpa en razón o función de hechos exteriores y ajenos a la voluntad de las partes, la fuerza mayor significa una autonomía entre la libertad y la autoridad, entre el ciudadano y el Estado; hay una fuerza, un acto estatal, un hecho del príncipe, como dice la doctrina francesa, y esa fuerza es mayor o superior, es irresistible* (...) *En ese orden de ideas habrá que decir que para el derecho administrativo, como lo hacían los romano, los casos fortuitos son hechos de la naturaleza, y la fuerza mayor es un acto o hecho de la autoridad. O más ampliamente, el caso fortuito es el hecho imprevisible y la fuerza mayor es el irresistible*'[597].

Ahora bien, en todo evento, siempre que se encuentren estructurados los elementos constitutivos de la fuerza mayor o el caso fortuito, en los términos anteriormente planteados, se configura una causal exonerativa de responsabilidad disciplinaria, siempre que no exista participación voluntaria o culpa de la persona disciplinable en el desarrollo de los hechos que generaron la fuerza mayor. Adicionalmente, el análisis respecto de la existencia de los elementos que configuran la causal de ausencia de responsabilidad bajo estudio debe realizarse en cada caso en concreto, esto es, no es posible realizar un catálogo de situaciones que dan lugar a la aplicación de esta causal de ausencia de responsabilidad, pues se hace necesario verificar caso a caso si las circunstancias revisten las características de irresistible e imprevisibles. En este sentido lo ha planteado la Procuraduría General de la Nación:

'Así, pues, la fuerza mayor, como causal excluyente de responsabilidad, debe tener como notas características la imprevisibilidad y la irresistibilidad; es decir, no es que el hecho sea desconocido, sino que, por ser ocasional, no se sabe o no puede preverse cuándo ni en qué circunstancias puede presentarse, pero una vez presentado es absolutamente irresistible. Como ningún acontecimiento en sí mismo considerado constituye fuerza mayor, cuando se trata de este fenómeno jurídico como liberatorio de responsabilidad no solo hay que examinar la naturaleza misma del hecho, sino también hay que indagar si reúne, respecto a la omisión del deber a que se estaba obligado, las características de haber sido imprevisible e irresistible'[598].

La fuerza mayor o el caso fortuito, como fenómeno jurídico que constituye la exclusión de responsabilidad en materia disciplinaria, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28, numeral 1º, (numerales 1 y 2 del artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 —Código General Disciplinario— modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021) cuenta con el mismo tratamiento por el Código Penal en su artículo 32 coincidiendo en que para su configuración debe presentarse por lo menos una de las siguientes exigencias: que se trate de un hecho imprevisible, el cual se convierte en irresistible y por ende no querido o que se trate de un hecho previsto o al menos previsible, el cual se califica de inevitable por su carácter de irresistible[599].

Tanto la fuerza mayor como el caso fortuito implican en principio la inexistencia de conducta, entendida como la primera de las categorías dogmáticas

597 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de fecha noviembre 20 de 1989.

598 Procuraduría General de la Nación. Procuraduría Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Fallo de Segunda Instancia. Expediente 077-02517-04 de agosto 31 de 2006.

599 Procuraduría General de la Nación. Sala Disciplinaria. Fallo de Segunda Instancia. Expediente 161-2805 (030-97948/04) de febrero 16 de 2006.

> de la falta disciplinaria, pues en su desarrollo no influye la voluntad del agente, toda vez que se trata de situaciones no imputables al actuar doloso o culposo del agente. En efecto, en la fuerza mayo en el curso causal que da lugar a la producción del resultado no interviene la voluntad del hombre pues generalmente se da por fenómenos de la naturaleza, mientras que en el caso fortuito el hombre interviene en el curso causal que da lugar a la producción del resultado, pero no le es imputable ni siquiera culposamente.
>
> Es claro que quien actúa materialmente violentado por una fuerza mayor no es dueño de su acto material, por lo tanto, no existe una acción, sino una inacción, por tanto, deberá declararse la ausencia de responsabilidad por falta de conducta disciplinariamente relevante. En el caso fortuito de igual manera existe ausencia de conducta disciplinariamente relevante pues la voluntad del agente está dirigida a algo diferente de lo que termina ocurriendo, en este evento el resultado se produce por la situación imprevista e irresistible. Una diferencia fundamental entre el caso fortuito y la fuerza mayor está en que en el primero el agente está más cercano a la imprudencia que en la segunda, en esta la persona interviene en el hecho o se abstiene de hacerlo, por la fuerza extraña de las circunstancias. (...)[600].

El doctor Camilo Sampedro Arrubla señala:

> "(...) **La fuerza mayor y caso fortuito.**
>
> Si la norma es determinadora de conductas y la conducta humana requiere voluntad, por estar ésta en el dolo y éste en la acción, siendo propio del caso fortuito o la fuerza mayor la inexistencia de voluntad, debemos manifestar que estos eventos no son causales de justificación sino supuestos de inacción.
>
> Es claro que cuando una lesión o puesta en peligro de la administración se presenta por caso fortuito o fuerza mayor, no hay servidor público que actúe con dolo o con culpa, mejor no hay acción. Si ello es así, es obvio, conforme al artículo 13 de la ley 200 de 1995[601], que no habrá sanción. Cuando el artículo en mención afirma que la falta disciplinaria solo es sancionable por dolo y culpa, nos impone que solo una persona puede realizar falta. Si la falta, repetimos, es una acción, si esta requiere voluntad y en el caso fortuito y en la fuerza mayor no media voluntad, mal podríamos predicar la justificación de lo que no es una conducta.
>
> En efecto, creemos que, en nuestro Código Disciplinario Único (hoy Código General Disciplinario), se presenta una incorrecta ubicación del caso fortuito y de la fuerza mayor, por cuanto su concurrencia no puede justificar conductas. Es que no deja de ser ilógico el hecho de que el caso fortuito y la fuerza mayor justifiquen conductas que no existen, porque nos preguntamos: Si cuando se presenta un caso fortuito o una fuerza mayor no hay acción ¿cuál es la falta típica que se justifica?

600 Sánchez Herrera, Esiquio y Bermúdez Sánchez, A. Nataly. Artículo denominado Las Causales de Ausencia de Responsabilidad Disciplinaria – Breves Reflexiones, publicado en *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Volumen 3. Obra publicada por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación. Reimpresión Bogotá agosto de 2009, págs. 82 a 85.

601 Artículo 10 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario).

El caso fortuito puede ser definido como el supuesto de hecho jurídico en el que hay ausencia total de dolo y culpa, es decir un resultado naturalístico que se presenta con ausencia de voluntad personal.

Por ejemplo, si un incendio no provocado hace que no se pueda adelantar una investigación por haberse incinerado el expediente que la contenía y mientras éste es reconstruido se dan los términos de prescripción, ¿podrá decirse que algún funcionario realizó acción de obstaculizar la investigación o que incurrió en mora? Evidentemente no, porque es claro que en el hecho natural no medió voluntad alguna, lo que plantea, por ejemplo para el funcionario competente para adelantar la investigación, un supuesto de inacción.

Conforme a lo anterior y siendo el objeto del derecho disciplinario la conducta de los servidores públicos, el caso fortuito no puede estar más que al margen del derecho administrativo.

Ahora bien, si observamos los fundamentos que se le puede asignar a una causal de justificación vistos arriba, vemos como ellos siempre refieren a conductas, pues cualquiera que de ellos escojamos, en resumidas cuentas nos informa que el autor de la conducta tuvo que realizarla por encontrarse, por ejemplo en necesidad de mantener el fin de la norma, porque su actuar vulneró un deber o un interés para no vulnerar otro, porque su conducta era la única posible, porque su conducta constituye la excepción a las prohibidas etc., lo que nos permite afirmar que el caso fortuito no es una causal excluyente de responsabilidad, pues ésta sólo puede predicarse de las personas que actúan; más bien debe entenderse como uno de aquellos eventos para los cuales no está prevista la intervención del derecho disciplinario.

El evento de la fuerza mayor puede tener algunas variantes con respecto al caso fortuito, pero el planteamiento que hicimos para él, se ajusta para ella.

La fuerza mayor es aquella circunstancia que motiva el actuar de una persona, por violencia irresistible. De esta manera en lo que el Código denomina fuerza mayor, sí hay actuar humano, a diferencia del caso fortuito. Sin embargo, creemos que el obrar de la persona que lo hace por fuerza mayor, no es una acción en sentido jurídico sino apenas naturalístico. Por esa razón, debemos decir que en ella también hay ausencia de voluntad, que ha sido anulada por la fuerza; no hay dolo o culpa. Recordemos lo que dice Mir Puig: 'Quien obra materialmente violentado por una fuerza irresistible no es dueño de lo que hace'[602].

También entonces, está vedado el derecho disciplinario ocuparse del comportamiento naturalístico de quien materialmente obró, no así de quien ejerce la fuerza, si es el caso.

Por ello la ubicación sistemáticamente que el código hace de la fuerza mayor como causal de justificación también es erróneo en la medida que ello significaría la aceptación de que se obra por fuerza mayor generándose una conducta típica pero justificada, lo que a todas luces es incorrecto.

602 Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal Parte General.* Ed. PPU. 3ª Ed. Barcelona 1990.

> Los anteriores planteamientos no nos impiden, sin embargo, ocuparnos del fenómeno de la fuerza mayor o irresistible.
>
> Caracteriza la Fuerza Mayor:
>
> La fuerza que recae sobre quien obra puede ser física o psíquica. En el primer evento no existe más acción que la de quien ejerce la fuerza. En el segundo hay acción tanto de quien es forzado a actuar como de quien ejerce la violencia, lo que sucede es que solo es acción jurídico disciplinariamente apreciable, la del segundo, aunque en algunos eventos podría aceptarse la existencia de acción típica del forzado a actuar, apareciendo exonerado de responsabilidad disciplinaria por la no exigibilidad de conducta diversa.
>
> La fuerza debe ser tal que produzca ausencia total de voluntad, ya que la disminución de ella no genera la eximente, pudiéndose, en ese caso, enmarcar en otra situación jurídicamente apreciable pero no en la fuerza mayor.
>
> La fuerza mayor solo puede ser ejercida por una persona, de manera que, si alguien se ve forzado a realizar conducta por algo distinto a un sujeto, se estará en presencia de un estado de necesidad y no de una fuerza mayor.
>
> La fuerza mayor debe ser irresistible. No nos parece necesario, contrario a lo que piensan algunos autores, que el agente forzado deba intentar repeler la fuerza, de manera que no hacerlo impediría el reconocimiento de la circunstancia. Creemos que no. Si el forzado no repele la fuerza y ésta existe sin posibilidad objetiva de evitarla, nos parece que, sumándose el elemento subjetivo, la denominada justificante, debe reconocerse. Ahora, si por el contrario, la repulsión de la fuerza, en juicio *ex post*, es verificable, a pesar del elemento subjetivo, tendríamos que decir que la situación se enmarca más bien en un error de prohibición indirecto (...)[603].

Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta expresan:

> "**3.1. Por fuerza mayor o caso fortuito**[604].
>
> El artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021 modificó el artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, separando las dos situaciones de exclusión. Sin embargo, como se verificará más adelante, tanto la jurisprudencia como la doctrina las han abordado bajo un mismo contexto, esto en razón a que, si bien existen características que las distinguen, también encontramos aspectos de coincidencia. Por esta razón las analizaremos en conjunto.

603 Sampedro Arrubla, Camilo. *Causales de Justificación de la Falta Disciplinaria*. Publicaciones del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, octubre de 1998, págs. 37 a 41.

604 De conformidad con lo señalado en la Ley 95 del 2 de diciembre de 1980 (sobre reformas civiles): "Art 1°. Se llama fuerza mayor ó caso fortuito, el imprevisto á que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

> Sea lo primero expresar que en la fuerza mayor[605] o caso fortuito[606] jamás existirá un comportamiento atribuible a una persona de manera intencional o culposa por ser el acontecimiento *imprevisible* (caso fortuito) e *irresistible* (fuerza mayor), lo cual no ocurre en el evento en que el sujeto que se reputa activo de una conducta contraria a la ley haya causado el hecho típico y opta por invocar esa exención de responsabilidad (no tomarse la pastilla para el corazón siendo advertido que de no hacerlo puede infartarse) y se estrella, lesionando y quitando la vida a seres humanos. En este evento es claro que no podrá hablarse de caso fortuito por la posibilidad de *prevenir y resistir* el resultado dañoso de su proceder".[607]

Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable

Al respecto es menester aclarar que los *servidores públicos o los destinatarios de la ley disciplinaria* pueden ser *obligados* a realizar faltas disciplinarias, cuando en forma *material o moral* se emplea contra ellos la *fuerza física o psíquica,* actual e insuperable que los lleva a la realización de su conducta antijurídica. Citamos el caso del *servidor público* que introduce en una *aeronave* alguna sustancia psicotrópica para evitar que su hijo mayor sea eliminado. Así mismo, el *servidor público* puede actuar con la mejor buena fe de que su comportamiento no es antijurídico, toda vez que de manera sincera cree que el mismo se encuentra justificado en la ley. Aquí podríamos citar el ejemplo del *destinatario de la ley disciplinaria* que habiendo sido amenazado por un compañero suyo, un día cualquiera se lo encuentra, y ante el ademán de sacar un arma le dispara ocasionándole heridas o la muerte, sin que en realidad portara arma alguna, pues lo que en verdad aconteció era que iba a sacar su pañuelo que portaba en la parte de atrás del bolsillo del pantalón. [608]

La doctrina con relación a esta causa

El doctor Alejandro Ordóñez Maldonado precisa:

"(…) **5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable**

Aunque se trata de fenómenos distintos, por lo menos hay consenso en la doctrina especializada en cuanto a que ambos (coacción ajena y miedo insuperable), por regla general, corresponden a causales de inculpabilidad[609].

---

605 Se identifica como un acaecimiento externo a la actividad de quien produce el daño (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Diciembre 12 de 2006. Radicado número: 11001-03-06-000-2006-00119-00 (1792).

606 Suceso interno que se da dentro del campo de la actividad de quien produce el daño (Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Diciembre 12 de 2006. Radicado número: 11001-03-06-000-2006-00119-00 (1792).

607 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. C*ausales de Exclusión de Responsabilidad"- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Práctica*s-, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C., 2023, págs. 19 y 20.

608 Mejía Ossman, Jaime – Quiñones Ramos, Silvio Sanmartín. *Procedimiento Disciplinario*. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, septiembre de 2004, págs. 218 a 219.

609 Ver entre otros Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en su *Dogmática del Derecho Discip*linario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 499 y 500; y en su "IV Curso de formación judicial inicial para magistrados, magistradas, jueces y juezas de la República. Promoción 2009.

Sánchez Herrera hace un análisis pormenorizado tendiente a demostrar, que en ciertas hipótesis la insuperable coacción ajena o el miedo insuperable, eliminan no sólo la culpabilidad sino la conducta misma, por lo que no sería dable sostener que se configura el ilícito disciplinario[610].

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

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

Esto significa que, aún en situaciones de coacción ajena o miedo que no alcancen ese grado (insuperable), no podría desvirtuarse, en principio, el reproche disciplinario de la conducta, esto es, la culpabilidad.

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

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

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

– Para la insuperable coacción ajena:

Segundo módulo". Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". En el mismo sentido, Mejía Ossman, Jaime *Código Disciplinario Único*, Parte General, Aplicación Legal, Doctrinaria y Jurisprudencial. Ley 200 del 28 de julio de 1995. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1999. Reiterado en Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único, Comparado, Concordado, Comentado*. Ley 734 del 5 de febrero de 2002". Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003, págs. 124 a 125. Y finalmente, Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario-Preguntas y Respuestas*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, págs. 90 a 94.

610 Para la insuperable coacción ajena: Diferencia entre vis absoluta (fuerza física) y vis compulsiva (fuerza moral). La primera sería eximente de conducta, argumentando la completa anulación del individuo. La segunda, que solo sería "coacción moral", correspondería a una causal de inculpabilidad. Ver en Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, ob. cit. Igualmente, tal parecer puede evidenciarse en Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en su IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de la República. Promoción 2009. Segundo módulo. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla". Y con la misma similitud, el primer autor sostiene, que, ante eventos generadores del miedo insuperable, como el pánico o el terror, se eliminaría la conducta, y, por ende, se desvirtuaría el ilícito disciplinario, al darse la completa anulación del individuo.

› La coacción que recae sobre el sujeto disciplinable, proviene de otra persona, la cual la ejerce directamente.

› La coacción debe ser grave, injusta e idónea; es decir, de tal trascendencia que se torne en insuperable y no haya otra manera de evitarla.

› La coacción debe determinar el comportamiento del individuo, de tal manera que no le deje alternativa para comportarse de otra manera.

› El sujeto pasivo de la conducta, debe actuar con conocimiento de la coacción que se ejerce contra él.

› Cuando la coacción ajena no alcance el grado de insuperable, tal circunstancia deberá tenerse en cuenta, bien para la calificación de la falta (grave o leve cuando se admita tal circunstancia)[611], o bien para determinar el grado de reproche, y, por ende, los criterios para deducir la sanción disciplinaria a imponer. Esto último, por cuanto en el evento de que la coacción ajena no alcance a ser insuperable, la imputación dolosa deberá mantenerse, pues sería incorrecto afirmar, que, si la coacción ajena es superable, tal condición convierte el comportamiento en culposo. Ello permite concluir dos cosas:

› En primer lugar, quien obra bajo coacción ajena, sea insuperable o no, siempre actúa dolosamente; esto es, no admite la modalidad culposa. En segundo lugar, el debate procesal consistirá en determinar si la coacción es insuperable o no, pues en el evento de que se concluya que ella es superable, deberá descartarse la existencia de otra causal de exclusión no prevista en la ley disciplinaria, pues recuérdese que aquellas enlistadas en el artículo 28 del Código Disciplinario Único[612] tienen un carácter enunciativo y no taxativo, siendo posible la aplicación de otras que permitan concluir que del autor de la conducta no era exigible un comportamiento diverso.

Para el miedo insuperable:

› Puede provenir de distintas situaciones (fobias, hechos de la naturaleza, experiencias vividas, entre otras), incluidas aquellas causadas por otras personas, pero sin que estas signifiquen coacción.

› Debe tratarse de una perturbación angustiosa del individuo, caracterizado por su temor a la ocurrencia de un riesgo, daño o mal.

› Debe ser considerable y trascendental; es decir, de tal importancia que se torne en insuperable. Ello, desde luego, efectuándose el análisis para cada caso, pues para lo que una persona puede ser algo normal, para otra puede comportar una situación emocional que sea capaz de anularlo.

› Al igual que la coacción ajena, debe determinar el comportamiento del individuo, de tal forma que no le deje alternativa para comportarse de otra manera.

---

611 A manera de ejemplo, el numeral 7 del artículo 47 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – Código General Disciplinario- modificado por el artículo 8º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021–numeral 7 del artículo 43 del Código Disciplinario Único, al considerar "Los motivos determinantes del comportamiento", como un criterio para determinar la gravedad o la levedad de la falta.

612 Artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – Código General Disciplinario–modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

› Con similitud a la coacción ajena, cuando el miedo no alcance el grado de insuperable, tal circunstancia deberá tenerse en cuenta, bien para la graduación de la gravedad de la falta (grave o leve cuando se admita tal circunstancia) [613], o bien para determinar el grado de responsabilidad y la correlativa sanción disciplinaria a imponer. Al igual que la insuperable coacción ajena, quien obre por miedo insuperable desplegará una conducta dolosa, pues sería incorrecto afirmar, que, si el miedo es superable, tal situación convierte el comportamiento en culposo. Así mismo, el análisis de estas circunstancias deberá ser de mayor exigencia para concluir si el miedo es insuperable o no, pues en este último evento, también deberá verificarse la estructuración de otra causal de exclusión distinta a las enlistadas en el artículo 28 del Estatuto Disciplinario[614], esto es, que al sujeto disciplinable le era inexigible un comportamiento diverso. (…).[615]

El doctor Diego Alberto Zuleta García afirma:

> "(…) **8. Por insuperable coacción ajena.**
>
> Esta causal de inculpabilidad consiste en el constreñimiento físico o psíquico que se ejerce sobre una persona para obligarla a hacer u omitir un acto. Un amplio sector de la doctrina sostiene que la coacción *vis absoluta* (fuerza física) es eximente de conducta, es decir, se anula al individuo y que la *vis compulsiva* (fuerza moral), es una causal de inculpabilidad.[616]
>
> En mi criterio, la fuerza física es la aplicación de la fuerza o violencia sobre la humanidad de la persona, sobre su capacidad corpórea, que vicia su voluntad para que actúe ilícitamente, la segunda, o sea, la coacción moral, es la amenaza dirigida seriamente contra una persona o contra personas cercanas a este, cuyo eventual daño causa temor dirimente al amenazado.
>
> Debe tenerse en cuenta que para que la coacción exima de responsabilidad se requiere que sea insuperable. Si el sujeto activo del ilícito pudo de manera racional sobreponerse a la fuerza material o sustraerse al peligro que lo amenazaba o actuar de otra manera y sin embargo realizó la acción típica, su actuar también es también antijurídico y por ende responsable, porque pudo actuar de otra manera y no lo hizo. Tal es el caso, por ejemplo, de quien apunta con su arma a otro para que éste accione la suya contra cierta persona, o de aquél al que le retienen un ser querido para obligarlo a que cumpla con el acto ilícito impuesto por el captor.
>
> 9. Por miedo insuperable.

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

614 Artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – Código General Disciplinario–modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

615 Ordóñez Maldonado, Alejandro. Justicia Disciplinaria – *De la Ilicitud Sustancial a lo Sustancial de la Ilicitud*. Ediciones Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, noviembre de 2009, págs. 59 a 63.

616 Así lo enseña Sánchez Herrera, Esiquio Manuel en *Dogmática Práctica del Derecho Disciplinario*, Preguntas y Respuestas. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007. Y en la misma dirección, Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en IV Cursos de Formación Judicial Inicial para Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de la República. Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla" Segundo Módulo 2009.

Al entender como miedo insuperable ese temor dirimente de la voluntad, que limita el actuar del sujeto y que es producto de un temor intenso que de manera subjetiva tiene la persona, encontramos diferencia con la insuperable coacción ajena por cuanto esta proviene de una fuerza externa física o síquica que afecta la voluntad, en tanto que el miedo insuperable es un temor difícil de vencer o no vencible generado internamente en la mente de la persona como consecuencia de informaciones externas obtenidas por el sujeto activo sin que medie elementos objetivos de fuerza que lo causen, es un estado subjetivo por un riesgo presente, que representa un daño futuro.

Para Sánchez Herrera, en ocasiones la insuperable coacción ajena o el miedo insuperable, eliminan no solo la culpabilidad sino la conducta misma, por lo que concluye que no se configura ilícito disciplinario[617].

La eximente de miedo insuperable requiere un terror, pavor o pánico que implique una grave perturbación de las facultades psíquicas que da lugar a la anulación de la voluntad. La jurisprudencia ha interpretado esta eximente como un estado de intensísima emoción que anula las facultades psíquicas, por lo que en algún caso no será fácil distinguirlo del trastorno mental transitorio. Dicha emoción es consecutiva a una violencia moral que nubla por completo la inteligencia del sujeto o anula su voluntad, y encuentra su origen en la existencia de un peligro inminente que en la conciencia del agente aparece como más grave que el que comete para evitarlo, sin que pueda recurrir a otro procedimiento para ello que la comisión del hecho delictivo.

Para que esta eximente sea cierta, se requieren las siguientes condiciones:

1. Que el miedo esté inspirado en un hecho real y objetivo.

2. Que el miedo que se origine en el agente sea insuperable.

3. Que el mal que le amenaza sea mayor, o al menos igual, que el causado para evitarlo.

4. Que la voluntariedad libre del agente haya quedado menoscabada o afectada por el miedo.

Acerca del *miedo insuperable*, la Corte Suprema de Justicia, decantó la naturaleza y requisitos de esta causal excluyente de culpabilidad así:

'*El miedo, según el Diccionario de la Academia, es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario; 'recelo o aprensión que uno tiene de que le suceda una cosa contraria a lo que se desea'. Esta circunstancia puede afectar la conducta del sujeto dependiendo de su intensidad, del grado que alcance el estado emocional, que según el tratadista* Emilio Mira y López *comprende seis fases bien caracterizadas, a saber:*

'*Primera fase que se denomina prudencia, en la que el sujeto todavía es previsor, reflexivo, en el plano objetivo no quiere entrar en conflicto; una segunda llamada cautela, en la que el sujeto está atemorizado pero domina sus respuestas ante la*

617 Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario -Preguntas y Respuestas*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, págs. 90 a 94.

situación, hay exaltación anímica pero controla sus movimientos; la tercera fase denominada alarma en la cual el sujeto ya es consciente de la situación intimidante, hay alarma y gran desconfianza, su conciencia y prospección disminuyen; la cuarta corresponde a la angustia donde definitivamente el individuo pierde el control, está ansioso y angustiado, hay mezcla de temor y furor incontenibles, aparece la cólera; la quinta llamada la fase del pánico, en la que la dirección de la conducta es automática, es decir que el sujeto no obra con conciencia y dominio, pueden presentarse impulsos motores de extraordinaria violencia en los cuales no se puede interferir, el sujeto escasamente se da cuenta de lo que ocurre o realiza; y la sexta, grado máximo de intensidad del miedo desencadena en terror, estado en el que hay una anulación del individuo, quien apenas conserva las actividades neurovegetativas mínimas para subsistir, pero no hay vida psíquica y puede llegar hasta la muerte[618].

'*Dependiendo de la fase emocional que alcance el sujeto, la conducta se verá afectada en distintos grados y por consiguiente son diversas las consecuencias jurídicas, según si se encuentra en una situación en la que no puede exigírsele un comportamiento distinto al desplegado, caso en el cual el estado emocional podrá incidir en el ámbito de la culpabilidad, o si definitivamente se altera la capacidad mental, caso en el cual se afectará el ámbito de la imputabilidad.*

'*En este punto, la doctrina no ha sido uniforme, pues mientras unos se inclinan por considerar que el miedo insuperable excluye la antijuridicidad, otros opinan que es una causa de inimputabilidad análoga al trastorno mental transitorio, y los demás, que se inscriben en la posición dominante, propugnan por una causa de inculpabilidad por 'constituir un supuesto de inexigibilidad de otra conducta a un sujeto concreto en una situación concreta al ser legítima la resolución parcial del conflicto conforme a sus propios intereses bajo ciertos y determinados respectos'*[619].

"*[L]a legislación colombiana no tiene tradición en la previsión del miedo como causal excluyente de responsabilidad, pero sí como circunstancia atenuante de la punibilidad, así, por ejemplo, el Código Penal de 1936 incluía en el artículo 38-3 como circunstancia de menor peligrosidad 'el obrar en estado de pasión excusable, de emoción determinada por intenso dolor o temor, o en ímpetu de ira provocada injustamente'; por su parte, el artículo 64-3 del Decreto 100 de 1980, incluía como circunstancia de atenuación punitiva 'el obrar en estado de emoción o pasión excusables, o de temor intenso', y en el Nuevo Código Penal [Ley 599 de 2000], artículo 55-3, se reitera como circunstancia de menor punibilidad 'el obrar en estado de emoción, pasión excusables, o de temor intenso'.*

'*[E]l temor intenso, estado de emoción o pasión excusable, contemplado en nuestra codificación como circunstancia de menor punibilidad [Ley 599 de 2000, artículo 55-3]… no puede confundirse con el miedo insuperable, que consagra el Nuevo Código Penal como causal de ausencia de responsabilidad en el artículo 32-9, bajo la fórmula de que no habrá lugar a responsabilidad cuando 'se obre impulsado por miedo insuperable'.*

618 Mira y López, Emilio. *Cuatro Gigantes del Alma*. Librería el Ateneo Editorial, Florida 340-Buenos Aires, 1962, págs. 43 y ss.

619 Bustos Ramírez, Juan y Hormazábal Malarée, Hernán. *Lecciones de Derecho Penal*. Volumen II, Editorial Trotta S.A., Madrid, 1999, págs. 381-382.

'*En la exposición de motivos al proyecto de ley por el cual se expidió el Nuevo Código, se afirma la necesariedad de su regulación 'toda vez que tal situación, que desde el punto de vista sicológico está muy cercana a la insuperable coacción ajena, no queda comprendida en ésta por la exigencia de una conducta proveniente de un tercero'.*

'*El miedo al que aquí se alude [Ley 599 de 2000, artículo 32-9] es aquél que aun afectando psíquicamente al que lo sufre, no excluye la voluntariedad de la acción, pero si lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad penal. El término 'insuperable' ha de entenderse como 'aquello superior a la exigencia media de soportar males y peligros'*[620]*. Por lo tanto, no puede admitirse un miedo insuperable cuando se está ante una situación perfectamente controlable por un ciudadano común, pero que otro sujeto por su carácter pusilánime no tolera, prefiriendo cometer el delito. La insuperabilidad del miedo se constituye entonces en una condición normativa necesaria para que el miedo tenga eficacia como eximente de responsabilidad.*

'*La Sala… encuentra que para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad es necesario que converjan los siguientes presupuestos esenciales:*

'*a. La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal.*

'*b. El miedo ha de ser insuperable, es decir sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.*

'*c. El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que, aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para autodeterminarse.*

'*d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados.'*[621]

Exigir, como se precisó en anterior oportunidad, que el miedo lo ocasione algún estímulo cierto, implica que ese sentimiento debe nacer o surgir en el ánimo con base en un fundamento o sustrato objetivo, real, verídico, pues si es un miedo simplemente imaginario —fruto, por ejemplo, de la superstición— no será válido para invocar la circunstancia exculpante, ahora que si se trata de un miedo irracional o de origen patológico —por neurosis o psicopatías— en tales eventos se estaría, más bien, en un caso de ausencia de imputabilidad y no de inculpabilidad.

Las condiciones de grave, inminente y no justificado atribuidas al móvil del miedo, respectivamente obligan a considerar: la entidad o importancia del bien jurídico amenazado en la concreta situación que lo origina, la proximidad del mal o daño temido y, por último, la imposibilidad de alegar como causa de aquél el cumplimiento de deberes jurídicos que el sujeto está en la obligación de observar, o el acatamiento de órdenes o decisiones legítimas impartidas por autoridad com-

620 Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal.* Parte General, Tomo I, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 410

621 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 2002, radicación 18983.

> *petente, ya que para todos los asociados es inexcusable someterse a los dictados de éstas'.* [622-623]

El doctor Carlos Mario Isaza Serrano concreta:

"**5. Coacción ajena o miedo insuperable**.

Dos son los supuestos fácticos de esta causal. El primero se estructura a partir de la fuerza o la violencia que un tercero ejerce sobre el servidor público para que actúe contra sus deberes funcionales. El segundo, a partir de una creencia que puede 'influir [en] nuestro comportamiento al modo de las unas o de las otras, cuando su intensidad lo hace incontrolable. Puede paralizarnos cuando era el caso de actuar, o impulsarnos a una acción desbordada cuando era el caso de evitar la actuación imprudente. Pero, de ordinario, no es incompatible con el comportamiento sensato'[624].

La fuerza y la violencia puede ser física o moral: 'la primera consiste en el empleo de procedimientos materiales de violencia; la segunda, en amenazas, o sea, en hacer saber a la víctima que si no consiente sufrirá un daño mayor'[625].

De igual manera, tanto la coacción con sus modalidades, como el miedo, deben ser de tal magnitud que le resulte imposible al servidor público prever como probable una salida que lo lleve a contrariar los designios a que está siendo sometido, en el primer caso por un agente externo y en el segundo, por su evaluación de la situación de riesgo que lo lleva a considerar que de actuar sufrirá inevitablemente el peligro que quiere eludir.

'Dependiendo de la fase emocional que alcance el sujeto, la conducta se verá afectada en distintos grados y, por consiguiente, son diversas las consecuencias jurídicas, según si se encuentra en una situación en la que no puede exigírsele un comportamiento distinto al [*sic*] desplegado, caso en el cual el estado emocional podrá incidir en el ámbito de la culpabilidad, o si definitivamente se altera la capacidad mental, caso en el cual se afectará el ámbito de la imputabilidad[626-627].

El tratadista Arturo Ronderos Salgado[628] al respecto dice:

> "(…) **d. La insuperable coacción ajena o miedo insuperable**.
>
> Se refiere a la fuerza moral, amenaza o coacción, en la que el coaccionado manifiesta su voluntad viciada o desprovista de libertad, pero la manifiesta, de modo que existe de su parte una acción que desde un ángulo prepondera-

622 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca. Sentencia del 22 de julio de 2009. Proceso N.º 27277.

623 Zuleta García, Diego Alberto. *Introducción al Régimen Disciplinario* Castrense. Ed. Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá D.C., 2013, págs. 205 a 211.

624 Corte Constitucional. Sentencia C-563 del 30 de noviembre de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

625 Alessandri Rodríguez, Arturo y otro. *Curso de Derecho Civil*. Tomo I. Col. I. Santiago de Chile, 1983, pág. 337.

626 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de diciembre 12 de 2002. Expediente 18893. Sentencia del 12 de diciembre de 2002, radicación 18983.

627 Isaza Serrano, Carlos Mario. *Teoría General del Derecho Disciplinario- Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales* –. 2ª ed. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2009, págs. 202 y 203.

628 Actual Asesor y catedrático del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación.

damente objetivista tiene sentido calificar como antijurídica pero inculpable como lo señala el tratadista Fernández Carrasquilla.

Para el tratadista Mesa Velásquez deben concurrir las siguientes circunstancias:

-Existencia de un peligro actual o inminente, no futuro;

-Que el mal aparezca a la conciencia del intimidado como más grave o a lo menos igual al que se va a cometer;

-Que el mal amenazante no puede ser evitado de otro modo que realizando el hecho exigido y prohibido por la ley.

La coacción debe ser insuperable, irresistible, de manera que la responsabilidad es del autor mediato (coaccionador).

Por estar carente de voluntad libremente determinada, no podría predicarse que su conducta se haya realizado con culpabilidad.

Ejemplo:

El servidor público que incurre en la falta gravísima del numeral 47 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Ú[629] de 'violar la reserva de la investigación y de las demás actuaciones sometidas a la misma restricción', suministrando información reservada a cambio de preservar la vida de su hijo, que se halla en poder del coaccionador.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua se entiende por miedo 'Perturbación angustiosa de ánimo por un riesgo o daño real o imaginario. Recelo o aprensión que uno tiene de que le suceda una cosa contraria a lo que desea'.

Ese miedo como la coacción debe ser insuperable, es decir, que no le haya sido humanamente posible evitarlo o vencerlo pese a la diligencia y cuidado con que actúo en el caso concreto. (...)".

Los doctores Esiquio Manuel Sánchez Herrera y A. Nataly Bermúdez Sánchez expresan:

"(...) **5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable**.

En materia disciplinaria el análisis de la responsabilidad debe atravesar por cada una de las categorías dogmáticas que conforman la falta disciplinaria. Así, después de analizar si el comportamiento es típicamente antijurídico, o mejor, configura el ilícito disciplinario, o existe alguna causal que lo excluya, debe procederse a analizar la culpabilidad.

Dentro del estudio de la culpabilidad debe realizarse un juicio de reproche frente al autor de la falta disciplinaria, a fin de establecer si dadas las circunstancias en que tuvo lugar el comportamiento le es exigible al autor haber actuado de otra manera.

629 Numeral 1 del artículo 55 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 -Código General Disciplinario-.

Es así como la ley disciplinaria consagra la insuperable coacción ajena y el miedo insuperable como causal que excluye la responsabilidad disciplinaria al excluir la culpabilidad.

En efecto, la coacción ajena ha sido entendida como una fuerza física – *vis absoluta* – o moral –*vis compulsiva*- que se imprime sobre un sujeto para obligarlo a realizar una conducta o a omitir un acto, es así como para su configuración existen dos personas: el coaccionador y el coaccionado.

Sobre el particular, debe advertirse, como se indicó al referirnos a la fuerza mayor y el caso fortuito, que cuando la *vis absoluta* anula completamente la voluntad del coaccionado excluye el ilícito disciplinario, por la inexistencia de conducta, y no la culpabilidad. Por el contrario, cuando la coacción se da por imposición de la *vis compulsiva* se excluye la culpabilidad, toda vez que no le es exigible al sujeto la realización de otro comportamiento.

Para que se configure la existencia de una inevitable coacción ajena, deben cumplirse los siguientes requisitos:

a. La existencia de una coacción.

b. La coacción debe ser grave, injusta o contraria a derecho, inevitable, actual e inminente.

c. La coacción debe afectar directamente al coaccionado de tal forma que determine su comportamiento.

d. El coaccionado debe actuar conociendo que es objeto de una coacción.

El miedo insuperable. Por otro lado, el miedo insuperable ha sido entendido como una afectación psicológica originada en un proceso fisiológico fatal y humanamente inevitable, la Corte Constitucional así lo ha definido: '(…) *hay emociones esténicas*[630]*, que impulsan a la acción, como la ira, de las asténicas que sumen en la inacción, en la pasividad, como el dolor. El miedo, emoción derivada de la creencia, puede influir nuestro comportamiento al modo de unas o de las otras, cuando su intensidad lo hace incontrolable. Puede paralizarnos cuando era del caso actuar, o impulsarnos a una acción desbordada cuando era del caso de evitar una acción imprudente*'.[631]

Así mismo, la Corte Suprema de Justicia, al analizar el miedo insuperable como causal de ausencia de responsabilidad en materia penal, ha señalado:

'El miedo, según el Diccionario de la Academia, es la perturbación angustiosa del ánimo por un riesgo o daño real o imaginario; 'recelo o aprensión que uno tiene de que le suceda una cosa contraria a lo que desea'. Esta circunstancia puede afectar la conducta del sujeto dependiendo de su intensidad, del grado que alcance el estado emocional, que según el tratadista Emilio Mira y López *comprende seis fases bien caracterizadas, a saber:*

630 Son aquellas que el producirse hacen intervenir el sistema nervioso simpático, afectando el funcionamiento de los órganos, como la taquicardia la elevación de la temperatura y la rigidez muscular.

631 Corte Constitucional. Sentencia C-563 del 30 de noviembre de 1995.

Primera fase que se denomina prudencia, en la que el sujeto todavía es previsor, reflexivo, en el plano objetivo no quiere entrar en conflicto; una segunda llamada cautela, en la que el sujeto está atemorizado pero domina sus respuestas ante la situación, hay exaltación anímica pero controla sus movimientos; la tercera fase denominada alarma en la cual el sujeto ya es consciente de la situación intimidante, hay alarma y gran desconfianza, su conciencia y prospección disminuyen; la cuarta corresponde a la angustia donde definitivamente el individuo pierde el control, está ansioso y angustiado, hay mezcla de temor y furor incontenibles, aparece la cólera; la quinta llamada la fase del pánico, en la que la dirección de la conducta es automática, es decir, que el sujeto no obra con conciencia y dominio, pueden presentarse impulsos motores de extraordinaria violencia en los cuales no se puede interferir, el sujeto escasamente se da cuenta de lo que ocurre o realiza; y la sexta, grado máximo de intensidad del miedo, desencadena en terror, estado en el que hay una anulación del individuo, quien apenas conserva las actividades neurovegetativas mínimas para subsistir, pero no hay vida psíquica y puede llegar hasta la muerte.

Dependiendo de la fase emocional que alcance el sujeto, la conducta se verá afectada en distintos grados y por consiguiente son diversas las consecuencias jurídicas, según si se encuentra en una situación en la que no puede exigírsele un comportamiento distinto del desplegado, caso en el cual el estado emocional podrá incidir en el ámbito de la culpabilidad, o si definitivamente se altera la capacidad mental, caso en el cual se afectará el ámbito de la imputabilidad"[632].

Es así como, según lo manifestado por la Corte, el miedo es una afectación en la corteza cerebral del sujeto que actúa y según su intensidad puede atravesar por diferentes fases a las que corresponde una reacción, como son prudencia, cautela, alarma, angustia, pánico y terror.

MIEDO INSUPERABLE **Fases**	
a. Prudencia	Autolimitación voluntaria
b. Cautela	Domina sus respuestas
c. Alarma	Desconfianza, alteraciones
d. Angustia	Desaparece el equilibrio
e. Pánico	Muerte temporal de la corteza cerebral
f. Terror	Anulación individual (petrificado)

Para la configuración del miedo como causal de ausencia de la responsabilidad disciplinaria, deben estar presentes los siguientes requisitos:

'a. La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal.

632 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá, D.C., Sentencia del 12 de diciembre de 2002. Proceso 18983.

b. El miedo ha de ser insuperable, es decir, solo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.

c. El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que, aunque no excluye totalmente a voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para autodeterminarse.

d. El miedo debe ser producto de una serie de estímulo ciertos, graves, inminentes y no justificados[633] (...)"[634].

Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta señalan:

"**3.5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable**.

Sea lo primero señalar que esta causal está compuesta por dos temáticas: coacción ajena y miedo insuperable, las que fueran separadas en el artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 en los numerales 5º (por insuperable coacción ajena) y 6º (por miedo insuperable)[635].

Por aspectos prácticos haremos el análisis en forma separada.

3.5.1. Insuperable coacción ajena.

La insuperable coacción ajena implica que el destinatario de la ley disciplinaria se encuentra forzado o amenazado por terceros a contrariar la ley y de esa manera actúa en contra de su voluntad. Es decir, el servidor público o quien presta funciones públicas es sometido a través del empleo de una fuerza de naturaleza física (material) o síquica (moral) para que desarrolle un comportamiento activo u omisivo que, si no fuera por esa intervención, él jamás procedería en ese sentido.

Para mejor comprensión, en la fuerza de naturaleza física el destinatario es obligado a obrar con ilicitud sustancial, esto es, en contravía de sus deberes funcionales; su voluntad adquiere tal dominio por parte de quien lo amenaza que le es imposible obrar de manera distinta y se convierte en un medio del tercero que lo coacciona. En la fuerza de naturaleza síquica la amenaza recae sobre él mismo o en sus familiares más próximos. Aquí la voluntad permanece en su compañía, pero el sujeto está maniatado a su libre elección de actuar como lo desea.

En ambas fuerzas la coacción debe provenir de un tercero, por ello se habla de "coacción ajena" que recae sobre quien se elige para la concreción de la amenaza. La misma debe ser actual o lo que significa lo mismo, que permanentemente el destinatario sea objeto de la violencia a su integridad (coac-

633 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Bogotá, D.C., Sentencia del 12 de diciembre de 2002. Proceso 18983.

634 Sánchez Herrera, Esiquio y Bermúdez Sánchez, A. Nataly. Artículo denominado Las Causales de Ausencia de Responsabilidad Disciplinaria – Breves Reflexiones, publicado en *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Volumen 3. Obra publicada por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación. Reimpresión Bogotá agosto de 2009, págs. 92 a 95.

635 Artículo 28 numeral 5º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002. Las dos causales se encontraban unidas.

ción física) o que permanentemente esté presente sobre las consecuencias que recibirá o que recaerá en sus seres más queridos o próximos (coacción síquica) y finalmente, en las dos circunstancias, debe ser insuperable o sea que no la pueda contrarrestar (coacción física) o porque no puede librarse de la presión que lo lleva a contrariar su voluntad (coacción moral).

(...)

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, al establecerse una fuerza física o moral que le resulta insuperable al disciplinado y a su vez no le da oportunidad de comportarse de otra manera, ya que esta es de tal trascendencia que logra doblegar su capacidad de decisión, su incidencia recae en el aspecto subjetivo de la conducta.

3.5.2. Miedo insuperable.

Esta causal debe concretarse en un miedo racional o reflexivo, en la que parte del análisis que en la mente del destinatario de la ley disciplinaria existe un peligro futuro que forma parte de su estado emocional o anímico al que no puede direccionar ni controlar por estar presente en su ser el temor a un mal de gran intensidad y el que es por esencia "insuperable". Este miedo puede tener origen tanto en aspectos patológicos, en experiencias vividas, en hechos ocurridos y en circunstancias variadas producidas por otros individuos alejadas de coacción alguna, que indudablemente tiene la virtud de anular al destinatario para actuar de manera distinta o comportarse como lo hacen el común de los ciudadanos. Aquí el miedo no proviene de una coacción física o síquica como en la causal de la insuperable coacción ajena, ya que el miedo se genera únicamente en el interno del ser. Aquí no existe la fuerza física o síquica de otra persona que conduzca al miedo, simplemente se presenta una condición interna por un riesgo actual que genera para el destinatario un mal que subjetivamente considera le va a acontecer.

La Procuraduría General de la Nación ha resuelto este tema con el apoyo de la jurisprudencia penal, que como bien lo sabemos debe servir de apoyo al derecho disciplinario máxime que esta institución del miedo insuperable fue calcada del artículo 32 de la Ley 599 del 24 de julio de 2000 (Código Penal). Es así como las decisiones que se han tomado en primera y segunda instancia se remiten a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia que más adelante citaremos; acepta el Ministerio Público la teoría de la no exigibilidad de otra conducta por la anulación que se presenta de la culpabilidad al no poderse dominar o contrarrestar esa intensa y gradual emoción. Es decir, exige la insuperabilidad y la invencibilidad para poder aceptar ese especial estado de reducción de la voluntad como condición *sine qua non* para que opere esa causal de inculpabilidad o de exclusión de la responsabilidad disciplinaria.

La Corte Constitucional en Sentencia C-563 del 30 de noviembre de 1995, expediente D-954, con ponencia de Carlos Gaviria Díaz (q.e.p.d.), manifestó:

"(...)

'El planteamiento del demandante en relación con el concepto de miedo es totalmente erróneo', pues 'parte de la premisa de que el miedo es una enfermedad insuperable, y de acuerdo con los principios generales de la Medicina, la Psiquiatría

y la Psicología, el miedo es una situación absolutamente normal en el hombre', susceptible de ser controlada, particularmente cuando se ha recibido un entrenamiento especial, como en el caso de los militares, y 'sólo en casos específicos una minoría pierde el control de su comportamiento, que es lo que generalmente se conoce con el nombre de 'fobia', lo que da lugar a reconocer un estado de inimputabilidad, cuando la persona es sometida a un proceso penal.

(...)

El temor (o miedo), en cambio es un fenómeno psicológico, una emoción originada en un proceso fisiológico fatal y humanamente inevitable, éticamente neutro. Sería un despropósito (un sinsentido) reprochar a alguien su miedo, pero no lo es reprocharle su cobardía.

Kant *("Antropología en sentido pragmático") distinguió las emociones esténicas, que impulsan a la acción, como la ira, de las asténicas, que sumen en la inacción, en la pasividad, como el dolor.* ***El miedo, emoción derivada de la creencia influir nuestro comportamiento al modo de las unas o de las otras, cuando su intensidad lo hace incontrolable****. Puede paralizarnos cuando era el caso de actuar, o impulsarnos a una acción desbordada cuando era el caso de evitar la actuación imprudente. Pero, de ordinario, no es incompatible con el comportamiento sensato. A menudo, acompaña nuestros actos cotidianos: sentimos miedo de un tratamiento médico doloroso, pero lo afrontamos; sentimos miedo de transitar por una zona donde abundan los bandidos, pero lo hacemos; tememos tomar una decisión de la que se siguen graves consecuencias, pero la tomamos. Es decir, aunque sentimos miedo no actuamos cobardemente.*

De la misma manera, el soldado que va al combate puede sentir miedo, en cantidad e intensidad variables según su temperamento (animoso o apocado), el entrenamiento recibido y su grado de compromiso con la causa cuya defensa se le encomienda, pero no es incompatible ese "natural" temor con el comportamiento que se le demanda. (Negrillas fuera del texto).

De la misma manera, la Corte Suprema de Justicia sobre el miedo insuperable ha dado pasos firmes y de ello da fe el trabajo de grado en la Universidad de los Andes dirigido por el doctor Gustavo Quintero Navas, escrito por Vanessa Cure Villa y Laura Cortes Robayo, titulado *"Las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria en general y el análisis del miedo insuperable en particular"*, año 2016, págs. 28 a 33, donde de una manera completa se le anuncia a esta especialidad disciplinaria ***la jurisprudencia en materia penal***, la cual facilitará el entendimiento de este ***concepto jurídico indeterminado*** que gravita en esta compleja materia, así:

"De lo anterior, concluye la Corte que, dependiendo de la fase emocional que presente el individuo, la conducta será diferente y se presentarán varias consecuencias jurídicas dependiendo de si se encuentra en una situación en la que no se le puede exigir un comportamiento distinto, evento que tendría incidencia en el ámbito de la culpabilidad o si alcanza una fase que afecta su capacidad mental, se afectará el ámbito de la imputabilidad. Sin embargo, se aclara que el miedo que se estudia es el que aun afectando psíquicamente a quien lo sufre, no excluye el aspecto volitivo de la acción, pero si lo priva de la normalidad necesaria para poder atribuirle responsabilidad penal.

En este punto la Corte acoge que, para que pueda configurarse el miedo como eximente de responsabilidad, es necesario que converjan los siguientes requisitos:

'a) La existencia de profundo estado emocional en el sujeto por el temor al advenimiento de un mal.

b) El miedo ha de ser insuperable, es decir sólo aquel que no deje al sujeto ninguna posibilidad de actuar como lo haría el común de los hombres.

c) El miedo debe ser el resultado de una situación capaz de originar en el ánimo del procesado una situación emocional de tal intensidad que, aunque no excluye totalmente la voluntariedad de la acción, sí enerva la fuerza compulsiva necesaria para autodeterminarse.

d) El miedo debe ser producto de una serie de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados.'

Con respecto a estos requisitos la Corte hizo especial énfasis en que uno de los aspectos para la configuración del miedo como eximente de responsabilidad es que el miedo que surge en el ser debe ser insuperable, lo que quiere decir que este debe dejar al sujeto imposibilitado para actuar como lo haría el común de los hombres que se cualquier forma deriva de una situación superior a la 'exigencia media de soportar males y peligros'. (CSJ. Penal, 12 Dic. 2002, J. Gómez. *Rad. 18983 p. 11).*

(...)

Sumado a lo anterior, la Corte amplía en esta oportunidad los grados que puede alcanzar el miedo y afirma que la primera etapa es la de la desconfianza en la que el sujeto tiene temor de que un evento remotamente posible pueda presentarse y como consecuencia de ello asume una actitud de cautela y atención ante el posible daño. Luego viene la etapa de alarma en la que el sujeto tiene conciencia del miedo, de la fuente de este y busca instintivamente una respuesta adecuada al momento. La tercera etapa es la del miedo angustioso en la que el sujeto genera una serie de impulsos de forma caótica y su comportamiento no responde a su voluntad. En seguida, se presenta la fase de pánico en la que el comportamiento del agente se determina por los instintos y reflejos y pierde el control de su voluntad. Finalmente, la quinta etapa es la fase del terror en la que el miedo anula al individuo tanto física como psíquicamente, se suspende la percepción y se mantienen a penas las funciones vitales.

Finalmente, es importante resaltar que esta providencia se refiere a la diferencia que existe entre la insuperable coacción y el miedo insuperable. Así ', aclara que la primera es la que sufre el individuo por actos que despliegan terceras personas que lo afectan psíquicamente sin excluir el aspecto volitivo de la acción, pero si lo privan de la normalidad requerida para poder atribuirle plena res- ponsabilidad penal, 'por encontrarse fuera de dominio el control de la situación, haciendo que tal emoción supera la exigencia de soportar males y peligros' (CSJ. Penal 7 Mar. 2007, J. Quintero. *Rad. 21457 p. 1517). En otras palabras, advierte la Corte, que la principal diferencia entre actuar bajo insuperable coacción ajena y obrar impulsado por miedo insuperable es que la coacción ajena tiene su origen en el comportamiento arbitrario e ilegal de un tercero expresado en una fuerza irresistible tendiente a condicionar la voluntad del sujeto con el fin de que realice una acción*

específica. La segunda causal de exclusión de la responsabilidad nace del mismo centro anímico del hombre sin que se presente algún tipo de coacción o intimidación, puesto que el miedo puede presentarse ante 'peligros reales o imaginarios o tratarse de un miedo instintivo, racional o imaginativo' (p.18), distintos a la coacción de un tercero, motivo por el cual, para librarse del mal que lo amenaza, el sujeto despliega un comportamiento típico y antijurídico.

(...)

En síntesis, la jurisprudencia en materia penal es consistente y unánime en el argumento que para poder alegar miedo insuperable, deben comprobarse los elementos concurrentes y esenciales que se replicaron en varias sentencias: a) la existencia de un profundo estado emocional por temor al acaecimiento del mal; b) la insuperabilidad del miedo; c) la intensidad de la situación emocional con la capacidad de enervar la fuerza compulsiva para autodeterminarse y d) el miedo como producto de estímulos ciertos, graves, inminentes y no justificados. Lo anterior debido a que como eximente de responsabilidad penal, se requiere un estudio más riguroso por parte del juzgador ya que si bien los criterios pueden aceptarse por consenso, cada situación es diferente en tanto cada procesado es un sujeto distinto, manifiesta sus emociones de forma diversa y su tolerancia a las situaciones que puedan causar miedo varía según sus propias condiciones." [636]

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

Error sobre el tipo. Concepto. Esta *causal de justificación de la conducta* contemplada en el numeral 8º del artículo 31 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* – Código General Disciplinario – modificado por el artículo 5º de la *Ley 2094 del 29 de junio de 2021* (numeral 6º del artículo 28 de la reemplazada *Ley 734 del 5 de febrero de 2002*–Código Disciplinario Único), conocida como *error sobre el tipo,* determina que el *destinatario de la ley disciplinaria* actúa con *error invencible*; con la convicción de que en su acción *no concurre* alguno de los *elementos del tipo* que de manera real se estructuran.

Diferentes formas de concretarse.

Error sobre la *existencia* misma de la *falta disciplinaria* cometida.

Aquí el *sujeto activo* ignora la *existencia* de una *conducta reprochable y sancionable* en el *ordenamiento disciplinario*; ora por su *propio convencimient*o o *error* o porque en ese aspecto *nunca l*a administración lo *capacitó*.

Error sobre el *bien jurídico* tutelado.

En este aspecto, el sujeto activo, por *error*, cree que los *principios, fines y funciones del Estado* no se están s*ometiendo* a ninguna clase de *afectación* con su comportamiento, habida cuenta que firmemente cree que la *afectación* es predicable de un tercero que ninguna vinculación lo ata al Estado.

Error sobre el *objeto material*.

636 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Causales de Exclusión de Responsabilidad- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-*, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C., 2023, págs. 83, 84, 87 a 94.

El sujeto activo, por *error*, tiene una *equivocada apreciación* sobre la *persona, cosa o fenómeno* sobre la cual recae su conducta.

Error sobre la *conducta* o circunstancias de la misma.

Quien realiza el comportamiento cree, *equivocadamente*, que la conducta prohibida es *diferente* o está *condicionada* a *circunstancias* de *tiempo, modo* y *lugar* diferentes a las que en *realidad exige* la norma.

Error sobre los *elementos especiales del tipo*.

El sujeto agente *ignora* alguno de los *ingredientes normativos* o *subjetivos* que precisa la *disposición disciplinaria*, cuando precisamente el *comportamiento* realizado allí se encuadra perfectamente.[637]

La doctrina con relación a esta causal

El doctor Alejandro Ordóñez Maldonado precisa:

"(…) **6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.**

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

Así, por ejemplo, Jaime Mejía Ossman diferencia varios tipos de error, entre ellos, el de tipo, sobre la existencia de la falta disciplinaria cometida; sobre el bien jurídico tutelado; sobre el objeto material; sobre la conducta y las circunstancias de la misma y sobre los elementos especiales del tipo. En todo caso, considera el error en materia disciplinaria como una causal subjetiva de inculpabilidad.[638-639]

Por el contrario, Esiquio Manuel Sánchez Herrera distingue entre error de hecho y de derecho, pero, igualmente, concluye que dichos fenómenos conciernen al campo de la culpabilidad.[640]

---

637 Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único* – Parte General -. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, diciembre de 1999, págs. 454 y 455 y Mejía Ossman, Jaime – Quiñones Ramos, Silvio Sanmartín. Procedimiento Disciplinario. Editorial Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, septiembre de 2004, pág. 219.

638 Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único*, Parte general. Aplicación Legal, Doctrinaria y Jurisprudencial. Ley 200 de 28 de julio de 1995. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 1999, págs. 454 y 455. Reiterado en Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único. Comparado, concordado y comentado*. Ley 734 de 5 de febrero de 2002. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003, págs. 129 y 130.

639 Este concepto se incluyó en Mejía Ossman, Jaime. *Derecho Disciplinario Sustancial*. Leyes 1952 del 28 de enero de 2019. Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Segunda Edición. Bogotá, 2019, pág. 107. También en la tercera Edición, que incluye la Ley 2094 del 29 de junio de 2021, editorial Universidad La Gran Colombia – en prensa- 2024.

640 Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario–Preguntas y Respuestas*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, págs. 94 a 96.

A su vez, Carlos Arturo Gómez Pavajeau distingue entre error de hecho, error de derecho y errores mixtos[641]. Este autor, en cuanto a la incidencia en la estructura de la falta disciplinaria, recientemente diferencia entre el error de hecho que afecta la tipicidad y errores de hecho y de derecho que inciden en la culpabilidad[642]. Es posible que tales diferenciaciones obedezcan a la necesidad de suplir la forma parca como la ley disciplinaria reguló el error como causal de exclusión de responsabilidad, sin establecer clasificación alguna y, menos aún, sin distinguir las consecuencias del mismo.

Por su parte y tal como ocurre en el derecho administrativo sancionador español, **Ángeles de Palma del Teso** distingue entre error de tipo y error de prohibición, pero sin tomar partido por cuál categoría de la falta se elimina, al decir llanamente que ante el evento de error invencible se excluirá la responsabilidad.[643]

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

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

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

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

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

A diferencia de la regulación normativa penal, en materia disciplinaria el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 (numeral 8º del artículo 31 de la *Ley 1952 del 28 de enero de 2019* – Código General Disciplinario[644]- reguló de manera única el error sobre lo que constituye falta disciplinaria. Es decir, el resultado o la sumatoria de las tres categorías: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Por ello, es posible que puedan presentarse errores sobre cualquiera de las categorías mencionadas y que los mismos

641 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*, ob. cit., págs. 459 a 495.

642 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. IV Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de la República, ob. cit.

643 De Palma de Teso, Ángeles. *El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos, 1996, págs. 157 a 159.

644 Modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

recaigan en distintos elementos que a su vez componen dichas categorías, entre ellos, fácticos, descriptivos, valorativos, objetivos, normativos y subjetivos.

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

No hay duda de que, en el evento de errores invencibles, llámense de hecho o de derecho, de tipo o de prohibición o de error mixto, la consecuencia lógica y coherente es que se configure a plenitud la causal de exclusión de responsabilidad en materia disciplinaria. El carácter invencible del error demandará un análisis de las circunstancias particulares de cada caso, con especial énfasis en las condiciones personales de quien lo alega y de sus posibilidades efectivas de previsión y conocimiento, toda vez que no es lo mismo, por ejemplo, el error que esgrime una persona con formación profesional de aquella que no la tiene.

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

Frente al error de derecho vencible o el error de prohibición, el tratamiento doctrinario está orientado a que cuando éste sea vencible, la imputación dolosa persiste y sólo servirá de criterio de atenuación. Tal conclusión, en principio lógica, no se compadece con la preservación del valor justicia en materia disciplinaria.

Al contrario de lo que sucede en el derecho penal, en el cual el tratamiento legal es que la pena se reduzca a la mitad (numeral 11 del artículo 32 del C. P.[645]), en derecho disciplinario, tal criterio proporcional y justo es ajeno. Ello por cuanto además de que la ley disciplinaria omitió tal regulación, existe una sanción como la destitución que no admite graduación. Es decir, que un comportamiento que se configure en falta disciplinaria gravísima, desplegado a título de dolo, pero afectado por un error de derecho o de prohibición que apenas haya sido vencible, tendría la misma consecuencia, desde el punto de vista de la sanción, que aquel comportamiento doloso, sin mediar ninguna clase de error. En el ejemplo propuesto, lo único para ponderar sería la inhabilidad, la cual, de ser la mínima (diez años), acompañada de la destitución, seguiría siendo una sanción desproporcionada frente a la hipótesis con la cual se hace la comparación.

No obstante, podría no ser del todo cierto que frente al error de derecho o de prohibición vencibles, la imputación dolosa deba persistir. Paradójicamente, quienes pregonan que, en materia disciplinaria, para la configuración del dolo sólo es necesario el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud, persisten en afirmar que frente al error de derecho vencible (el que recae sobre uno de los dos elementos

645 Ley 599 del 24 de julio de 2000.

del dolo, esto es, el conocimiento de la ilicitud), la imputación dolosa debe subsistir, con el argumento –un tanto inflexible– de que debe tenerse en cuenta el conocimiento potencial o actualizable de la ilicitud.

No puede perderse de vista que quien despliega un comportamiento debido a un error, llámese de hecho o de derecho, de tipo o de prohibición, está más cercano a un actuar culposo que doloso, pues su conducta resulta imprudente o negligente. Tal parece ser el criterio de la tratadista española Marina Jalvo, al darle el mismo tratamiento al error de hecho y de derecho vencibles, al afirmar que en ambos casos la imputación se reduce a imprudencia.[646] Categóricamente y en el mismo sentido lo afirma la tratadista de la misma nacionalidad, Ángeles de Palma del Teso en los siguientes términos: 'Al igual que sucede con el error de tipo, en el caso de error de prohibición invencible no se exige responsabilidad, y si el error es vencible dará lugar a calificar la conducta de imprudente'[647] (subrayado fuera del texto). Y en nota de pie página, la autora afirma algo todavía más diciente: 'En el modelo de infracción administrativa que hemos apuntado, el error de prohibición, al igual que el error de tipo, excluirá el dolo, al desaparecer el segundo elemento de éste: el conocimiento de la prohibición *(el subrayado y las negrillas fuera del texto).*

Algún sector de la doctrina sostiene que para la configuración del dolo en materia disciplinaria sólo es necesario el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud, siendo la voluntad un elemento apenas secundario o accidental. Se parte, entre otros argumentos, de que las faltas disciplinarias, en su mayoría, tienen similar estructura a los delitos de omisión o de infracción de deber, donde el elemento voluntad no juega un papel predominante. En igual sentido, asemejan tal condición al fenómeno del dolo eventual en materia penal.[648]

No obstante, y como acertadamente lo sostiene el penalista Fernando Velásquez, las dificultades comienzan cuando se trata de precisar si las reglas formuladas para el dolo en los tipos comisivos (acción) se pueden extender a los omisivos, afirmando que en uno y otro caso el dolo debe estar integrado por un elemento cognoscitivo y por otro volitivo[649]. Y más adelante agrega:

'Sobre el componente volitivo, es indispensable que también el agente quiera la realización del tipo en su aspecto objetivo correspondiente, que tenga voluntad de realización de la conducta **omisiva** según la nota de la finalidad. Que en el **dolo omisivo** se requieren estos elementos se deduce, como se indicó, del tenor del art. 22: "La conducta **(omisiva, se agrega)** es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización"; desde luego, dada la redacción legal,

646 Jalvo, Belén Marina. *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, p. 234. Fragmento y referencia, citados por Gómez Pavajeau, Carlos Arturo en *Dogmática del derecho disciplinario.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pág. 462.

647 De Palma de Teso, Ángeles. *El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador.* Madrid: Editorial Tecnos, 1996, pág. 159.

648 En tal sentido se pronuncian Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en Dogmática del Derecho Disciplinario: Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 423 a 428 y Sánchez Herrera, Esiquio Manuel, en *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario–Preguntas y Respuestas*. Bogotá. Ediciones Nueva Jurídica, 2007, págs. 52, 55 y 56.

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

también podría presentarse un **dolo omisivo** eventual (artículo citado, parte segunda)' *(las negrillas fuera del texto).*

Quiere decir lo anterior, que, para el dolo en tipos de omisión en materia penal, es necesario que se admita la existencia del elemento volitivo (voluntad), o al menos que se entienda, que tal elemento cumple una función negativa[650]. Con mayor razón ello significa, que cuando se esté en presencia de tipos de comisión (conducta activa), siempre y en todos los casos será necesario comprobar la existencia del elemento volitivo del dolo.[651]

> Sin embargo, quienes admiten que los únicos componentes del dolo en materia disciplinaria –por lo menos los indispensables– son el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud, no hacen ninguna diferenciación entre las conductas activas y omisivas, para concluir, con las orientaciones del derecho penal a las que acudieron, que para las conductas activas sí es necesaria la comprobación del elemento volitivo del dolo, mientras que para las conductas omisivas, al menos la voluntad, opera de manera negativa.
>
> En uno y otro sentido, no resulta para nada extraño que el elemento volitivo sí sea indispensable para la configuración del dolo en materia disciplinaria, tanto para las conductas activas como omisivas, con las precisiones efectuadas. Si así son las cosas, nótese que ante un evento de error de derecho o de prohibición vencible, tal situación no sólo afectaría el conocimiento de los hechos –así se considere que el mismo se torne en conocimiento potencial o actualizable de la ilicitud, que, en todo caso, para algunos autores, sería un actuar negligente o imprudente–, sino que se afectaría con plenitud el otro elemento, **la voluntad,** aspecto que confirmaría la exclusión del dolo.
>
> Conforme a lo anterior, es necesario que se entienda que, en materia disciplinaria, si bien resulta importante el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud como componentes del dolo, no menos atención y especial consideración merece el elemento volitivo del mismo, sobre todo, cuando tal aspecto es indispensable para poder diferenciar entre aquellos comportamiento dolosos y culposos.
>
> Así las cosas, puede concluirse que si la voluntad es un elemento esencial del dolo en materia disciplinaria, ante un evento de error de derecho o de prohibición vencibles, la consecuencia lógica y ante todo justa, es que el autor responda por la comisión culposa de la falta[652], tal y como ocurre con

650 Tal y como se afirma en la sentencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de justicia, citada por el mismo autor Carlos Arturo Gómez Pavajeau en "Dogmática del Derecho Disciplinario", ob. cit., pág. 427.

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

652 Igualmente, y de conformidad con el parágrafo del artículo 44 del Código Disciplinario Único (hoy 29 incisos 4º y 5º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 – Código General Disciplinario-modificado por el artículo 4º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021), le corresponderá al funcionario disciplinario determinar la forma de culpa con que se desplegó el comportamiento.

> el error de hecho o de tipo vencibles y siempre y cuando la estructura del tipo disciplinario lo permita, pues es claro que su comportamiento fue ajeno a su propia voluntad.[653] Tal conclusión no resulta del todo extraña, pues con acierto, ese sería el tratamiento que se le daría al error mixto según lo propuesto por uno de los autores anteriormente citados.[654-655]

El doctor Diego Alberto Zuleta García afirma:

> "(…) **10. Por error invencible.**
>
> Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.
>
> Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado.
>
> Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.
>
> 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.
>
> El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuente.
>
> Como consideración preliminar, resulta relevante sostener que no es absolutamente cierto que en nuestro país se aplique la máxima según la cual

653 En contra de esta conclusión, por una parte, puede consultarse a Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, en su obra Dogmática del Derecho Disciplinario, ob. cit., págs. 485 a 492. Allí, de los extractos de las sentencias de la Corte Constitucional que se citan (T-1093 del 4 de noviembre de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; y C-127 del 18 de febrero de 2003, M. P. Alfredo Beltrán Sierra) la única conclusión plausible, es que el error de derecho vencible no exime de responsabilidad disciplinaria, conclusión que se comparte totalmente. El punto de la discordia es que el autor argumenta que la imputación debe mantenerse como dolosa, ante lo cual, y contrariamente se considera, que la imputación debe ser culposa, tal y como se explica en la sentencia del Consejo Superior de la Judicatura que el mismo autor cita; pero la cual él no comparte (Sentencia del 16 de noviembre de 1995, M.P. Amelia Mantilla Villegas, rad. 5752A). Y, por la otra, en algunos textos de la doctrina y en fallos de la Procuraduría se sustenta contundentemente que cuando se trate de error de derecho vencible, la imputación deberá mantenerse como dolosa. Sin embargo, uno de los principales argumentos de tal conclusión es el siguiente "(…) frente a un error vencible sobre la prohibición debe mantenerse el dolo, toda vez que frente a un sistema jurídico informado por una ética de la responsabilidad basta para su estructuración una conciencia potencial de la antijuridicidad'. Tal reflexión, es la que precisamente se caracteriza por tener únicamente en cuenta el elemento cognoscitivo como componente del dolo, dejando de lado el elemento volitivo, del cual precisamente se concluyó que sí es un elemento esencial para la configuración del mismo.

654 Por el contrario, se está en acuerdo con este autor, respecto del tratamiento del denominado error mixto, ob. cit., pág. 493 a 495.

655 Ordóñez Maldonado, Alejandro. Justicia Disciplinaria – *De la Ilicitud Sustancial a lo Sustancial de la Ilicitud* –. Ediciones Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, noviembre de 2009, págs. 64 a 72.

la ignorancia de la ley no es excusa. Todo lo contrario, cuando el legislador incluyó como eximente de responsabilidad el error invencible, aceptó la posibilidad de excusar la conducta ilícita.

Tal aforismo se sustentaba en la circunstancia de que, al publicarse la ley, se presume conocida por todos, luego, la ignorancia o el error de derecho que pudiera alegar el agente, resultaría irrelevante. Se trataba pues de un criterio objetivo previsto en el Código Civil de Bello y reproducido en el Código Penal de 1936. Empero, el sistema evolucionó al punto que en el sistema penal de hoy la regla es la contraria, es decir, la de la ignorancia excusable de la ley.

En efecto, de otrora la Corte Suprema de Justicia predicó un alcance acorde con los principios de justicia material y de respeto por la dignidad humana, que luego ha sido reiterado por la Corte Constitucional en diferentes sentencias. Así, en Sentencias de agosto 3 de 1980 y de mayo 24 de 1983, la Corte Suprema de Justicia, expuso:

'no puede exigírsele idéntica capacidad de interpretar la ley a un oscuro labriego alejado de la civilización que, a un profesional, a un particular que a un juez de la República; tampoco será igual aquella exigencia respecto de todas las normas legales; la compleja redacción de algunas de ellas hace más difícil desentrañar su verdadero significado a tiempo que la claridad formal de otras permite su fácil comprensión'.

A su turno, la Corte Constitucional, en Sentencia C-651 de 1997[656], M.P. Carlos Gaviria Díaz, señala:

'Puede afirmarse con certeza que no hay siquiera un jurista especializado en una disciplina jurídica particular que pueda responder por el conocimiento cabal de las que constituyen el área de su especialidad. Mucho menos puede esperarse que un ciudadano corriente conozca todas las normas que se refieren a su conducta.'

En materia disciplinaria, con la aplicación de la teoría de la "culpa por asunción" pregonada por Gómez Pavajeau y aplicada por no pocos jueces disciplinarios, la causal excluyente de responsabilidad por error pareciera no tener cabida, lo cual desde mi punto de vista es inadmisible, pues el legislador claramente incluyó la excluyente de responsabilidad por error invencible en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto, como se explicó, no es cierto, que las leyes sean conocidas por todos, pues suele ocurrir, por ejemplo, que muchos servidores públicos desconozcan el alcance de varias normas que regulan la contratación administrativa y que aun obteniendo previamente conceptos jurídicos de profesionales del derecho frente al hecho concreto incurren en ilícitos por incorrecta interpretación de la norma. Es más, el contenido de elementos normativos en el tipo y la frecuente remisión a otras disposiciones, imposibilitan, en muchos casos, el conocimiento oportuno y cabal del contenido de las leyes, lo cual ocasiona, no pocas veces, equívocos en la apreciación de lo injusto, por lo que niego rotundamente validez a la teoría de la culpa por asunción.

656 De diciembre 3.

Así mismo y de acuerdo con lo expuesto por Welzel, tal teoría infringiría el principio de culpabilidad, pues ella priva al autor de una causal de exculpación, al establecer la ficción irrebatible de que su error no es excusable.[657]

Pues bien, en las causales de exclusión de responsabilidad o causales subjetivas de inculpabilidad como las llama Mejía Ossman, se pueden diferenciar varios tipos de error, así, por ejemplo, este autor considera que encontramos el error de tipo, sobre la existencia de la falta disciplinaria cometida; sobre el bien jurídico tutelado; sobre el objeto material; sobre la conducta y las circunstancias de la misma y sobre los elementos especiales del tipo[658].

Sánchez Herrera, sostiene que en el Código Disciplinario Único solamente contempla el error de hecho y de derecho, aunque concluye igualmente que estos fenómenos corresponden al campo de la culpabilidad.[659] Por su parte Gómez Pavajeau, paralela a la exposición de la renombrada teoría de la culpa por asunción, nos habla de error de hecho, error de derecho y errores mixtos y hace una diferencia el error de hecho que afecta la tipicidad y errores de hecho y de derecho que afectan la culpabilidad[660].

Desde mi punto de vista, este grupo de fenómenos subjetivos conciernen a la culpabilidad y pueden corresponder a un error de tipo o a un error de prohibición. Veamos:

El legislador colombiano recogió en el Código Penal de 1936, como 'causales de exención de la responsabilidad criminal' (artículo 23, ordinales 2 y 3) la ignorancia y el error de hecho y de derecho.

La doctrina más autorizada señaló que el 'error de hecho' era el que versaba sobre los elementos que integraban el tipo penal y el 'error de derecho' era el que recaía sobre la existencia del dispositivo legal que describe la conducta como ilícita, o sobre su interpretación.

Tal y como lo anota la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, hasta este estado del desarrollo dogmático todos los problemas del 'error' se resuelven conforme la 'teoría del dolo', con lo cual el error opera o afecta única y exclusivamente a la culpabilidad. Se dice que sólo existe culpabilidad dolosa en tanto en cuanto el sujeto actúa con conciencia de la antijuridicidad, con lo que la conciencia de la antijuridicidad es un presupuesto del dolo.[661]

La mayor transformación al esquema anterior se produce con la Escuela Finalista, que, sobre la base de las categorías lógico-objetivas, entre las que sobresale la acción, entiende que el dolo y la imprudencia deben ser estu-

657 Derecho Penal Alemán, pág. 225. Otras críticas importantes en Zaffaroni, Manual, P.G., págs. 526-27.

658 Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único. Comparado, Concordado y Comentado*. Ley 734 de 5 de febrero de 2002. Bogotá: Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., 2003, págs. 129 y 130.

659 Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario–Preguntas y Respuestas*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, págs. 94 a 96.

660 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. *Dogmática del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, págs. 459 a 495.

661 Corte Suprema de Justicia. Sentencia de segunda instancia. Radicación 13.155, del 24 de enero de 2001, M.P. Arboleda Ripoll.

diados como elementos del tipo penal. La primera consecuencia sistemática que Welzel[662] extrae del concepto final de acción es la pertenencia del dolo al tipo (desde este momento se hablará de tipo subjetivo), ya que el dolo no es más que un aspecto o parte de la finalidad, o, mejor dicho, la finalidad misma referida a los elementos objetivos del tipo: La acción que sirve de base al tipo no es ese proceso causal 'ciego' del sistema anterior, sino uno 'vidente', guiado por la finalidad. Además, este concepto de dolo no se confunde con el tradicional *"dolus malus"* que comprende también el conocimiento de la antijuridicidad, sino que es un dolo natural o valorativo.[663]

De este modo, la distinción entre conocimiento de la antijuridicidad y dolo, para el finalismo, es una consecuencia natural de sus premisas y, por efecto de ellas, sitúa el dolo como elemento del tipo y el conocimiento de la antijuridicidad como cuestión valorativa de la culpabilidad.

Se introducen los conceptos de 'desvalor de acción' (la finalidad del autor del hecho desvalorada por el Derecho) y 'desvalor de resultado' (la lesión del bien jurídico). Por esta vía se enriqueció la culpabilidad en torno al concepto reprochabilidad, soportándose sobre tres elementos: imputabilidad, posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad y ausencia de causas de exclusión de la culpabilidad.

Coincidiendo con los aportes finalistas, se empieza a hablar de error de tipo y error de prohibición.[664] El primero referido tanto a los elementos objetivos y subjetivos, en los que se incluyen los descriptivos y normativos de la tipicidad, basado en razones fácticas o jurídicas; el segundo como problema de comprensión global del injusto o conciencia de estar actuando antijurídicamente.

El gran hito jurisprudencial ocurre en la resolución del 18 de marzo de 1952 de la Gran Sala de lo Penal alemana, que tomando los aportes doctrinales de la época desecha la 'teoría del dolo' y aplica la 'teoría de la culpabilidad', momento a partir del cual los problemas de error de tipo se resuelven en la tipicidad-antijuridicidad y los asuntos de error de prohibición en la culpabilidad.

De la llamada 'teoría de la culpabilidad'[665] surgen varias versiones claramente identificables. La 'teoría estricta', cuya esencia radica en que el dolo pertenece al tipo como elemento subjetivo del mismo y por ello no puede ser gravado con momentos valorativos. El dolo se agota con el querer del tipo objetivo, por lo que todo error sobre elementos del tipo excluirá el dolo y por ende el tipo. El conocimiento del injusto o su potencial conocimiento o la posibilidad de este conocimiento o la oportunidad de actualizar el co-

662 Jakobs, Strafrecht AT, 2 ed. (1991), pág. 130: "Se trata de establecer dogmáticamente la idea de que, sin considerar su contenido, un acto voluntario es un factor causal como cualquier otro y, por ello, no aporta nada a la determinación de lo que es la infracción de una norma. Carece de sentido dirigir normas a factores causales (…)".

663 Welzel. Derecho Penal Alemán, pág. 238 y Zaffaroni, Manuel. Tratado, IV, pág. 228.

664 Bacigalupo. Tipo y Erro", pág. 94; CURY. "Derecho penal", II, pág. 59; Hurtado Pozo. *Método de Resolución de Casos Penales*, pág. 243; Muñoz Conde. *Teoría General del Delito*, pág. 160; Zaffaroni Manual, P. G., pág. 529.

665 Welzel. *Derecho Penal Alemán*, pág. 238 y Zaffaroni, Manuel. *Tratado, IV*, pág. 228.

nocimiento, pertenece a la culpabilidad. El error de prohibición no puede excluir nunca el dolo, pero puede desplazar la culpabilidad, si el error era inevitable, pero si era evitable la responsabilidad dolosa subsiste.

De otra parte, tenemos la 'teoría limitada'. Parte de la anterior, pero la limita al distinguir en el error de prohibición: *i).* Cuando el error versa sobre la norma general prohibitiva, rigen los mismos principios; *ii).* Si el error se refiere a una causa de justificación existente, pero se conocen perfectamente los hechos, estamos ante un error sobre la valoración y debe ser considerado igual que el anterior conforme la teoría estricta; y *iii).* Si el error surge a partir de las circunstancias fácticas que rigen una causa de justificación, este error debe ser tratado como error de tipo.

Las contradicciones internas de la resolución del 18 de marzo de 1952 de la Gran Sala de lo Penal alemana antes mencionada, se resumen en que la teoría enseña que unos y otros sistemas: teorías del delito, error de tipo y error de prohibición, son diferentes e incluso incompatibles debiendo elegirse uno u otro y seguirlo hasta el final, so pena de acabar en una total confusión.

Ahora bien, posteriormente enseña Roxin,[666] que el error de tipo invencible es la errada interpretación que no le era exigible al autor superar, o, en otros términos, que ni aún actuando en forma diligente y cuidadosa habría podido llegar a otra conclusión, esto es, que el error invencible no depende de culpa o negligencia. Y, el error de tipo vencible es aquella falsa representación que el autor había podido evitar o superar si hubiere podido colocar el esfuerzo, el ejercicio representativo a su alcance y que le era exigible, es decir, el error que le era dado superar atendiendo a las condiciones de conocimiento, oportunidad y demás circunstancias temporo-espaciales que rodean el hecho.

Así mismo señala Roxin[667] que cuando un error concierne únicamente a la antijuridicidad de la acción típica, se trata de un error de prohibición aun cuando se refiera a una circunstancia del hecho que, bajo la apariencia de un elemento individual, incluya en sí el juicio de antijuridicidad como tal. Nos recuerda, además, que hay que tener en cuenta que existe error de prohibición no sólo cuando el sujeto se representa positivamente que no actúa de modo antijurídico, sino ya cuando le falta la conciencia de la antijuridicidad sin que hubiera reflexionado nunca sobre tal posibilidad o sin tener la oportunidad de hacerlo.[668]

Jakobs[669] al respecto manifiesta que 'Solo puede cumplir una determinada orden quien tiene la voluntad de acatar órdenes, es capaz de reconocer que esa orden está dirigida a él y además puede conocer qué es lo que hay que hacer para cumplir esa orden', determinando con claridad que el conoci-

666 Roxin, Claus. *Derecho Penal*. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Editorial Civitas S.A. 1997. Madrid (España), p. 456 y ss.

667 Roxin, Claus, pág. 457.

668 Roxin, Claus. Ibídem, págs. 456 y ss.

669 Así en Jakobs, Gunther.- Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. En Castellano *Derecho Penal, Parte General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Traducción de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Marcial Pons, Madrid. 1997, pág. 657.

miento de la antijuridicidad es presupuesto necesario para determinar la culpabilidad y, por ende, imponer una pena. Según la doctrina dominante el conocimiento de antijuridicidad significa que 'el sujeto sabe que lo que hace no está jurídicamente permitido, sino prohibido'.

Los autores en general distinguen entre error e ignorancia. La diferencia atiende a la distinción entre falso conocimiento y falta de conocimiento. La ignorancia es no saber y el error es saber mal, es decir, que 'implica un conocimiento que se tiene por verdadero o exacto, siendo falso'[670]. Siendo, en realidad, difícil un caso de ignorancia pura, ya que casi siempre se dará la hipótesis de obrar equivocadamente. Verdad es que la falta de conocimiento implica, en última instancia, un conocimiento falso. Pero ello es así en la medida en que se atienda al contenido general del conocimiento del sujeto en un momento dado; si se circunscribe, en cambio, al concreto saber en relación a los aspectos del hecho, la distinción es viable.

Autores de renombre prefieren designar la materia genéricamente como error, por ser lo más común, o por comprender éste todos los elementos de la ignorancia más un estado de ánimo, lo que permite, bajo su denominación, el estudio de las diversas formas de error e ignorancia.

Para Savigny el error es siempre una forma de la ignorancia, puesto que el error existe como consecuencia de ignorar alguna cosa; Binding dice que 'todo conocimiento falso supone, precisamente, un no conocimiento, en tanto que todo lo no conocido es un conocimiento erróneo'[671]

También es uniforme el criterio que la duda, o la incertidumbre, están fuera del error, asimilándose, en cambio, al saber: el cazador que duda si lo que ve es un animal o un hombre y, a pesar de esa duda, dispara, no obra por error.

La diferenciación carece de interés en la práctica, tanto porque es difícil imaginar un puro no saber en el que obra, como porque las legislaciones en general suelen equiparar los efectos jurídicos del error y la ignorancia. Por último, debe tenerse en cuenta que *'la relevancia del error depende del asesoramiento o información con que haya contado o con la que debía haber contado para conocer su antijuridicidad o la alta probabilidad de su antijuridicidad'*.[672]

En resumen, un error de tipo sería por ejemplo cuando a un sujeto se le tipifica como hurto tomar una bicicleta de la calle, pero finalmente se demuestra que el inculpado tenía permiso del propietario para tomar la bicicleta; allí desaparece el tipo al no existir ninguno de los elementos exigibles para que se diera. Error de prohibición lo sería por ejemplo si alguien organiza para fines de beneficencia una rifa pública; y no se percata que necesita una autorización oficial para ello.[673]

---

670 Fontán Balestra, Carlos. *Tomo II Parte General*. Edit. Abeledo-Perrot, 1980, pág. 310

671 Fontán Balestra, Carlos. *Tomo II Parte General*. Edit. Abeledo-Perrot, pág. 310.

672 Nieto Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Ed. Tecnos, Segunda Edición, Madrid 1994, pág. 315.

673 Zuleta García, Diego Alberto. *Introducción al Régimen Disciplinario Castrense*. Ed. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., 2013, págs. 211 a 219.

El doctor Carlos Mario Isaza Serrano concreta:

> "(…) 6. **La convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.**
>
> Esta causal es contentiva del denominado error de prohibición, 'entendiendo por este el que recae sobre la potencial comprensión de la antijuridicidad de la conducta'. 'Es invencible o inevitable cuando el agente obrando con la diligencia debida, no hubiese podido comprender la antijuridicidad de su injusto'. Doctrinariamente el error de prohibición se clasifica en directo o abstracto e indirecto o concreto.
>
> En el primer caso, el autor no conoce en cuanto tal la norma prohibitiva referida directamente al hecho y toma por lícita la acción, en una cualquiera de las tres situaciones: el autor no conoce la norma prohibitiva, por lo cual se le conoce como error sobre la existencia de la norma prohibitiva, pero la considera no vigente, lo cual da lugar al denominado error sobre la validez de la norma; y puede suceder que el autor interprete equivocadamente la norma y la repute no aplicable. En esta hipótesis, la doctrina se refiere al denominado error de interpretación.
>
> El error indirecto, es decir, el que recae sobre una causal de justificación del hecho, puede ser de tres clases:
>
> 1. Que el agente se equivoque acerca de la existencia de una justificante, denominado *error sobre la existencia de una justificante*, y
>
> 2. Que yerre sobre los límites de una justificante que, en unión del error sobre la existencia, conforman el *error de permisión*.
>
> 3. Junto a las dos anteriores variedades, aparece una tercera forma denominada *error sobre la concurrencia de circunstancias que de darse justificarían el hecho*, que se presenta cuando el agente supone la presencia de los requisitos objetivos de una causal de justificación legalmente reconocida, cuando en realidad ello no sucede' (…)" [674-675].

El tratadista Arturo Ronderos Salgado[676] al respecto dice:

> "(…) **e. Convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.**
>
> Tal error debe ser predicable de todos y cada uno de los elementos de la falta disciplinaria que para el efecto son la tipicidad y la antijuridicidad.
>
> -Puede ocurrir que el servidor público no conozca que existe una norma que impone un deber, una prohibición o le fija una inhabilidad o incompatibilidad.

674 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de agosto de 1982. M.P. Manuel Gaona Cruz.

675 Isaza Serrano, Carlos Mario. *Teoría General del Derecho Disciplinario- Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales* –. 2ª ed. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2009, págs. 203 y 204.

676 Actual Asesor y catedrático del Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación.

-A que a pesar de conocerla, considere que no está vigente.

-Que interprete equivocadamente la norma y la considere inaplicable.

-Que crea obrar al amparo de una causal de exclusión de responsabilidad.

Para que el error exima de responsabilidad deber ser invencible e inevitable. Es decir que no sea vencible o evitable como cuando se le puede exigir al autor que lo supere, atendiendo a las circunstancias concretas en las cuales actúa e invencible o inevitable cuando el agente, obrando con la diligencia debida, no hubiere podido comprender la antijuridicidad de su injusto. No hay reglas fijas para determinar en cada caso la vencibilidad o no del error, por lo cual se debe analizar cada caso teniendo en cuenta las características personales del autor (profesión, grado de instrucción, medio cultural, la técnica legislativa empleada al redactar la norma, etc.), sin olvidar el contexto social en que el hecho se produce.

El error no es lo mismo que la ignorancia, porque en el primero hay un concepto equivocado o falso que se tiene sobre algo y la otra la falta de conocimiento.

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en providencia del 24 de mayo de 1983 señaló en uno de sus apartes:

"(...) *Si, en cambio, el error existió pero fue fruto de negligencia, descuido o desatención; si el agente debió y pudo haberlo superado habida cuenta de su condición personal y de las circunstancias en que actuó, persiste la inculpabilidad dolosa por desconocimiento intelectivo de la específica tipicidad de su conducta, pero se abre la perspectiva de una culpabilidad culposa en cuanto incumplió reprochablemente el deber de cuidado que le era exigible para evitar la producción del resultado típico*".

Los doctores Esiquio Manuel Sánchez Herrera y A. Nataly Bermúdez Sánchez expresan:

"(...) **6. Convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.**

El numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 (numeral 8º del artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[677]) consagró el error como una causal de ausencia de responsabilidad, el error ha sido tradicionalmente entendido como una *discordancia ente* (sic) *la conciencia del sujeto y la realidad*[678], es decir, el sujeto tiene una percepción equivocada, errada, de la realidad

La dogmática penal ha destacado diversas clases de error, error de tipo, error de prohibición, error directo, error indirecto, de hecho, de derecho, vencible e invencible, entre otros. La estructuración de dichos conceptos ha dependido básicamente del desarrollo que ha tenido el concepto de delito y su estructura dogmática.

Igualmente, en el derecho disciplinario ha sido necesario avanzar hacia la creación de una teoría propia del error, la cual es también la consecuencia de los esfuerzos por diferenciar la estructura de la falta disciplinaria con re-

677 Código General Disciplinario, modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

678 Velásquez V., Fernando, ob. cit., pág. 290.

lación a la del delito. En efecto, al ser la infracción sustancial injustificada al deber funcional el fundamento de la imputación de una falta disciplinaria, la comprobación de la tipicidad implica necesariamente la existencia de la antijuridicidad, es decir, no pueden ser vistas como categorías autónomas –como ocurre en la estructura actualmente predominante del delito- sino que se encuentran inescindiblemente unidas configurando el ilícito disciplinario.

Así la falta disciplinaria se estructura con base en dos categorías: el ilícito disciplinario y la culpabilidad –en su modalidad dolosa o culposa-.

Este esquema de la falta disciplinaria implica una serie de repercusiones en el manejo de las demás instituciones jurídicas propias del derecho disciplinario, una de ellas es el tratamiento de la problemática del error. En efecto la unión de la tipicidad y la antijuridicidad hacen improcedente abarcar el tema del error bajo la diferenciación de error de tipo y error de prohibición, propia del derecho penal, pues tal denominación supone la distinción clara entre las categorías del delito, además exige un contenido especial en cada una de ellas.

Por lo anterior, resulta más adecuado para el derecho disciplinario acudir a la antigua terminología que distinguía entre error de hecho y error de derecho, conceptos que no se corresponden con el error de tipo y error de prohibición.

El tratamiento del error en materia disciplinaria es un problema que atañe directamente a la culpabilidad y se presenta cuando existe una discordancia entre la conciencia del autor y la realidad; a su vez, los errores pueden ser vencibles o invencibles dependiendo de si el autor hubiera podido salir de él aplicando esfuerzos razonables o si pese a poner la diligencia debida no hubiese podido salir del error.

Así, en el error de hecho la representación equivocada recae sobre los presupuestos fácticos del deber sustancialmente infringido, la colisión de deberes, la colisión entre deber y derecho y el aspecto objetivo de las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria[679].

En cuanto a los efectos del error de hecho se tiene que si es invencible se excluye toda posibilidad de reproche disciplinario, en cambio, si el error es vencible el autor responderá por la comisión culposa de la falta, siempre que la estructura de la misma lo permita.

De otro lado, se actúa bajo un error de derecho cuando la representación equivocada recae sobre un elemento normativo o una valoración jurídica[680]. Si se trata de un error invencible, se excluye la responsabilidad disciplinaria; en cambio, si es vencible, debe tenerse como un criterio atenuante en la

679 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004, pág. 393.

680 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004, pág. 394.

graduación de la sanción, toda vez que el reproche por el conocimiento de la ilicitud de la conducta es menor[681].

En este sentido, el artículo 28, numeral 6, de la Ley 734 de 2002 (numeral 8º del artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[682]), consagra como causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria el error invencible, sin hacer diferenciaciones entre las clases de error de que se trata. Por tanto, acudiendo a los planteamientos esbozados con anterioridad se entiende que los errores que excluyen la responsabilidad disciplinaria son los de hecho y de derecho cuando son invencibles[683], que como se anotó, excluyen la culpabilidad. (...)[684].

El doctor Camilo Sampedro Arrubla señala:

"(...) **El error.**

No consideramos que sea una causal de exclusión de justificación, comenzando porque creemos que es necesario hacer la diferenciación tradicional entre los distintos errores. Debe entenderse que el error sobre uno de los elementos que integran el tipo es excluyente de tipicidad y el error de prohibición es una causal excluyente de culpabilidad.

Por ser el error de tipo una causal excluyente de la tipicidad o mejor un supuesto de atipicidad, por falta de dolo o culpa, el numeral 4º del artículo 23 de la Ley 200 de 1995, solo puede hacer referencia al error de prohibición

Ahora, al estar inmerso el error de prohibición dentro de las causales de justificación de la conducta por vía de exclusión de la antijuridicidad, haría afirmar que el conocimiento de la antijuridicidad, potencial o real se haya en sede de la antijuridicidad, lo que reforzaría la tesis monista subjetiva de la norma, como lo vimos atrás.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que conocemos que la intención del legislador de 1995 no fue incluir el error como causal de inculpabilidad, sino que originalmente estaba propuesto como causal excluyente de la culpabilidad, por lo que cualquier explicación que demos a la posición del error en las justificantes, no sería nada distinto a tratar de dar una explicación coherente, a la indebida ubicación del de prohibición (incluso el de tipo) en sede de nuestro tema.

La explicación posible a la inclusión del error como causal de justificación es entender que todas ellas, las causales, se fundamentan en la no exigibilidad

681 Al respecto se puede consultar nuestra posición en Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, colección Derecho Disciplinario N.º 13. Instituto de Estudios del Ministerio Público, Bogotá, 2005, págs. 46 a 51.

682 Código General Disciplinario, modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

683 Procuraduría General de l Nación. Procuraduría Delegada para la Moralidad Pública. Expedientes 137-136101-01 y 138-4939-04 fallos de segunda instancia.

684 Sánchez Herrera, Esiquio y Bermúdez Sánchez, A. Nataly. Artículo denominado Las Causales de Ausencia de Responsabilidad Disciplinaria – Breves Reflexiones, publicado en *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Volumen 3. Obra publicada por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación. Reimpresión Bogotá agosto de 2009, págs. 95 a 97.

genérica de otra conducta, de manera que todas las eximentes de responsabilidad de (sic) resolvieran por esta vía, con independencia de la categoría dogmática que ellas excluyan. Así, quien obra en cumplimiento de la orden estaría justificado, porque el derecho no le podía exigir nada distinto, igual ocurriría con el error, el cumplimiento de un deber, el estado de necesidad, la insuperable coacción ajena, etc.

Sin embargo, es un hecho que el error en nuestro derecho disciplinario, a partir de la Ley 200 de 1995, se encuentra dentro de las causales de justificación, aparentemente, como excluyente de antijuridicidad.

El fundamento de cualquiera de las clases de error es precisamente la ignorancia de la persona que actúa, la cual recae bien sobre uno o más de los elementos objetivos o subjetivos del tipo, sobre la existencia misma del imperativo o sobre una causal excluyente de antijuridicidad de la misma conducta. Esta ignorancia genera lo que jurídicamente se conoce como error de tipo, error de prohibición directo y error de prohibición indirecto; sin desconocer la diferencia gramatical que existe entre la ignorancia y el error, pues la primera es desconocimiento y la segunda conocimiento distinto a la realidad, pero equiparable por sus efectos.

Bien, establecido que el error puede recaer tanto en uno o varios de los elementos del tipo o sobre la prohibición directamente cuando el autor la desconoce o indirectamente cuando el autor cree estar amparado por una justificante, vale para el derecho administrativo la diferenciación entre error de tipo y error de prohibición.

El primero, aceptando, como lo hemos hecho, que el dolo y la culpa son elementos integrantes del tipo subjetivo, repetimos, haría que la conducta fuera atípica por falta de uno de los elementos —objetivos o subjetivos— que se exigen para su adecuación.

Conforme al artículo 14 de la Ley 200, el error vencible de tipo, será sancionado a título de culpa, o mejor, se entenderá que la acción que comporta la falta es culposa. Esta calificación de culposa será entonces criterio determinador de la gravedad de la falta y por supuesto de la sanción, como lo impone el numeral 1º del artículo 37 del Código Disciplinario Único[685]. El Código pues en el artículo 23 numeral 4º solo se refería al error de prohibición.

El segundo, el de prohibición, recayendo sobre el conocimiento o la conciencia de la antijuridicidad, excluiría la categoría dogmática en la cual se encuentre como elemento, por lo que tradicionalmente se ha entendido excluyente de culpabilidad. En este caso vale entonces preguntarse si la conciencia de la antijuridicidad en la dogmática disciplinaria se encuentra en sede de culpabilidad o en sede de injusto y así determinar si el error sobre ella excluye la primera o el segundo.

La presencia del error de prohibición en el actuar de una persona, determinando la creencia de obrar jurídicamente cuando objetivamente lo está

685 Lo mencionamos, aunque, como lo manifestamos, creemos que no es causal de justificación sino de atipicidad, inclusive en nuestro Código Disciplinario.

haciendo de manera contraria al derecho, hace que en sede de injusto se presente un valor de acto y un desvalor de resultado.

Si como lo manifestamos, la exclusión del injusto solo se configura con la suma de los dos valores, pues la norma disciplinaria es imperativa y valorativa, es decir subjetiva de determinación y objetiva de valoración, tenemos que manifestar que el injusto, cuando se presenta solo valor de acción es perfecto ya que a pesar de la 'intención buena' del agente, su conducta es contraria a derecho (antijuridicidad formal) y lesiona o pone en peligro el bien jurídico (antijuridicidad material). Es decir, el valor de acción, la creencia errónea de obrar lícitamente o por lo menos no de forma contraria al derecho, no cambia la realidad de las cosas: Efectivamente se violó una norma y se puso en peligro o lesionó un bien jurídico. De esta manera entonces nos preguntamos qué excluye la presencia del valor de acto que comporta un error de prohibición: ¿lo injusto de la conducta? O ¿Lo injusto de su Autor? Creemos personalmente que la conducta siendo contraria a derecho y teniendo el carácter de lesiva sigue siendo injusta, y como el juicio que se hace en el injusto es sobre la conducta y el resultado que ella produce, ante el error de prohibición que comporta un valor de acción, no se afecta para nada el injusto mismo. Ahora, como la culpabilidad es el juicio de reproche que se le hace a una persona por realizar acción injusta, y no a la conducta misma, vemos que al creer obrar correctamente o conforme a derecho, no se le podría reprochar el no haberse motivado por la norma, a pesar de haber causado un injusto.

Si ello es así el error de prohibición no excluye la antijuridicidad y por esa vía el injusto, sino que es una causa excluyente de culpabilidad por imposibilidad de reprochar la no motivación de la norma, pues el valor de acto nos indica que el agente si se motivó.

Aunque la Ley 200 de 1995 en su numeral 4º del artículo 23 cierra la posibilidad de que se presente el error vencible de prohibición y que por ello puede modificar la gravedad de la falta, nos paree que debe aceptarse la opción de que el error sea vencible, lo que se traduce en la posibilidad, real o potencial, que tenía el sujeto activo de la conducta objetivamente típica, de salir de su error.

Para ello se hace necesario afirmar que aunque parezca difícil que un funcionario público desconozca o yerre sobre la norma disciplinaria porque ella es precisamente su marco de función, la cantidad de normas que conforman el derecho disciplinario, la cantidad de remisiones que dentro de él se hacen y en especial la referencia reglamentaria que se le permite al derecho disciplinario, hacen que un 'sujeto medio', pueda desconocer parte de la normatividad de la cual es destinatario o yerre sobre esta, por lo que, así no se quiera, el error es de necesaria consideración en el derecho disciplinario patrio.

Ello mismo nos hace pensar que por ser la norma el escenario de trabajo del servidor, creemos que la mayoría de las veces que se presente esta eximente será en error vencible. Es que en la práctica disciplinaria lo que hace el error invencible, tanto de tipo como de prohibición, debe estudiarse en cada caso concreto con muchísimo cuidado, ya que creemos que, si bien la aceptación

> del error es complicada por lo afirmado (ser la norma disciplinaria el campo de trabajo del funcionario), lo del invencible será de mayor dificultad, pues serán casos muy particulares aquellos donde se acepte que el sujeto (servidor público) no tenía forma de salir del error, pues normalmente, por las circunstancias que rodean las acciones disciplinarias, debe admitirse que el funcionario puede salir de un error jurídico, con el cuidado que le es exigible por su calidad.
>
> Decimos que debe ser estudiado con detenimiento en cada caso concreto, pues si el error versa sobre la ignorancia de la ley y el derecho disciplinario se fundamenta positivamente inclusive en el reglamento, lo que no compartimos a pesar de su regulación legal, el error en que incurre un funcionario público es de posible aceptación, aunque también es muy posible que el funcionario haya podido salir de él, caso en el cual se configuraría una falta culposa.
>
> Con lo anterior lo que queremos afirmar es que, aunque no tengamos regulación legal expresa en materia disciplinaria, el error vencible de prohibición es de posible ocurrencia, para lo cual deberá atenderse a las circunstancias que rodean la acción, con el cuidado propio que requiere una investigación disciplinaria. No podemos aceptar entonces que se afirme con fundamento en el numeral 4º del artículo 23 de la Ley 200 de 1995, que se está en error invencible o no hay error (...)[686].

Jaime Mejía Ossman y José José Omar Ortiz Peralta expresamos:

> "(...) se tomó partido en la Ley 2094 de 2021, por estructurar las consecuencias del error vencible de derecho bajo la inescindibilidad entre la tipicidad y la ilicitud sustancial, para concluir que, cuando se configure un error de derecho vencible, la imputación dolosa persiste por subsistir el conocimiento de la ilicitud y, sólo servirá lo vencible, como criterio de atenuación de la sanción tasable a la mitad, esto es, la inhabilidad o la suspensión.
>
> Frente a lo anterior, consideramos que no se corresponde con la búsqueda de la justicia como propósito de interpretación y aplicación concebido en el artículo 11 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[687]. En ese orden, recogemos lo que, en su obra, ampliamente referida, le exprocurador Alejandro Ordoñez Maldonado manifestara ala respecto "Es decir, que un comportamiento que se configure en falta disciplinaria gravísima, desplegada a título de dolo, pero afectado por un error de derecho o de prohibición que apenas haya sido vencible, tendría la misma consecuencia, desde el punto de vista de la sanción, que aquel comportamiento doloso, sin mediar ninguna clase de error. En el ejemplo pro- puesto, lo único para ponderar sería la inhabilidad, la cual, de ser la mínima (diez años), acompañada de la destitución, seguiría siendo una sanción desproporcionada frente a la hipótesis con la cual se hace la comparación"[688].

---

686 Sampedro Arrubla, Camilo. *Causales de Justificación de la Falta Disciplinaria*. Publicaciones del Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá, octubre de 1998, págs. 49 a 55.

687 Artículo 20 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2102.

688 Ibid. Ordóñez Maldonado, Alejandro. Justicia Disciplinaria- *De la Ilicitud Sustancial a lo Sustancial a lo Sustancial de la Ilicitud*. Ediciones Instituto de estudios del Ministerio Público. Procuraduría

Al respeto los profesores Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Pinzón Navarrete, John Harvey plantean el siguiente interrogante: ¿qué sucede cuando el error no resulta invencible sino vencible? A lo que responden:

"La respuesta no puede ser otra: como en tales situaciones se actuó de buena fe, pero no exenta de culpa, no se puede liberar de responsabilidad al sujeto disciplinable y, dado que podía con un poco de esfuerzo en la información y reflexiones salir del error, pero así no lo hizo, incurrió en culpa, debiéndose pasar inmediatamente al examen de si la falta admite tal modalidad de imputación a través del sistema de numerus apertus"[689].

Seguimos sosteniendo, en estricta justicia, que el destinatario de la Ley Disciplinaria que incurra en un error (en sus diferentes connotaciones) y se acredite probatoriamente que era "vencible", no tiene por qué ser sancionado como si hubiera actuado "dolosamente", por consiguiente, si la falta lo permite, deberá, en justicia, calificarse como culposa, precisamente por haberse demostrado, que éste podía haberlo "vencido" y ello puede ser compatible con los "ingredientes ge- neradores de la culpa" (imprudencia, negligencia, impericia o violación de reglamentos). Cuando el tipo no admita la modalidad culposa por contener "ingredientes subjetivos"[690], lo procedente es exonerar de responsabilidad al destinatario de la ley disciplinaria.[691]

En situación de inimputabilidad

Algún sector de la *doctrina* estima que no puede ser de recibo que la *inimputabilidad* sea causal de *exclusión de responsabilidad disciplinaria,* habida cuenta que ello generaría todos los riesgos de *impunidad* para el *Estado* y en consecuencia para su accionar *funcional,* toda vez que sería el mejor camino para evitar la correspondiente *responsabilidad* por el *comportamiento* y su *afectación* a sus *principios*, *fines* y *funciones*. Argumentan quienes no aceptan la *inimputabilidad* como *causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria*, que esa *exención de responsabilidad* en un régimen sancionatorio *no es aceptable,* toda vez que en ese régimen; en la mayoría de los casos, el *inimputable* será merecedor de *reproche*, con sanciones que reciben el nombre de *medidas de seguridad*. Por consiguiente, allí no podrá desconocerse que se actuó en contravía de una conducta reprochada por la ley y mucho menos, cuando existe *afectación* y ausencia de *causales de justificación*, de que la misma fue realizada con *ilicitud sustancial. Estamos de acuerdo en que el* legislador debió contemplar la *inimputabilidad* como aspecto de *autoría* de la conducta disciplinaria y como elemento de la *culpabilidad* y que a su vez debió haberle señalado *sanciones* que permitan corregir su estado, obviamente *aislándolo de la función pública* que desarrollaba*,* pero no *perdonándole* su proceder *típico y antijurídico*. De lo contrario y con absoluta seguridad, se lo alejará de la *administración* sin medida de

General de la Nación. Bogotá, noviembre de 2009.

689 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Pinzón Navarrete, John Harvey. *Tratado de Derecho Disciplinario.* Bogotá, pág. 660.

690 O expresiones tales como: con el fin, con el propósito, con el ánimo, con la intención, para, de buena fe, etc.

691 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. "Causales de Exclusión de Responsabilidad"- *Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-*, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C., 2023, págs. 130 a 132.

tutela alguna, contrariándose con ello el principio constitucional y rector de la *dignidad humana.*

La doctrina en relación con esta causal

El doctor Alejandro Ordóñez Maldonado precisa:

> "(…) **7. En situación de inimputabilidad**
>
> A diferencia de lo que sucede en el derecho penal, la inimputabilidad en materia disciplinaria es una causal de exclusión de responsabilidad. Ello por cuanto en materia penal, la inimputabilidad no se incluyó dentro de las causales de ausencia de responsabilidad (art. 32 del Código Penal) y porque, principalmente, quien realiza una conducta típica y antijurídica, pero no culpable (en estado de inimputabilidad), sí es objeto de la imposición de una sanción, denominada en ese ámbito como una medida de seguridad.[692]
>
> En derecho disciplinario, la responsabilidad está estructurada a partir de la infracción sustancial de los deberes funcionales, para lo cual es necesario que la persona tenga unas condiciones mínimas que le permitan entenderlos y comprenderlos, así como, las consecuencias que devendrían por su incumplimiento, predicándose así la condición de sujeto disciplinable.
>
> Lo anterior permite concluir que la inimputabilidad se presenta como una situación extraordinaria y excepcional, que implica una afectación de la capacidad del individuo, por lo que el sujeto pasible de la acción disciplinaria en esas condiciones no puede ser merecedor de la imposición de una sanción disciplinaria[693]. Tal afirmación encuentra su respaldo, cuando el numeral 7 del artículo 28 del Código Disciplinario Único (numeral 9º del artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[694]) establece que ante una situación de inimputabilidad el competente dará inmediata aplicación a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes[695].
>
> Con todo, la situación de inimputabilidad debe estar directamente relacionada con el deber funcional que se estima incumplido, el que, en principio, es susceptible de merecer la imposición de una sanción disciplinaria. Así, por ejemplo, el servidor público no podría alegar que ostenta una condición de

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

693 Sin embargo, desde el análisis de la estructura de la falta disciplinaria, la situación de inimputabilidad para algunos autores es un eximente de capacidad, por lo que no sería dable sostener la configuración del ilícito disciplinario ni siquiera de la existencia de una conducta disciplinariamente relevante; por ejemplo, recientemente, Gómez Pavajeau, Carlos Arturo en "V Curso de Formación Judicial Inicial para Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de la República, ob. cit. Por el contrario, otros autores sostienen que la inimputabilidad es una causal que ataca únicamente la culpabilidad y admiten la realización de una conducta típica y antijurídica. Ver Sánchez Herrera, Esiquio Manuel. *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario,* ob. cit., pág. 96.

694 Código General Disciplinario, modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

695 En el Código General Disciplinario "En tales eventos se informará a la dependencia administrativa correspondiente".

cleptómano, cuando el deber funcional que se desconoció está relacionado con el cumplimiento del horario laboral.

Tampoco habrá lugar para reconocer la inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento, *verbi gracia*, el militar que ingirió bebidas embriagantes durante el servicio y le causó heridas o la muerte a uno de sus superiores o compañeros con su arma de dotación oficial.

Por último, es pertinente anotar que las situaciones de inimputabilidad en materia disciplinaria únicamente están relacionadas con el trastorno mental o estados similares, pues aquellas derivadas por inmadurez psicológica o diversidad sociocultural no tienen incidencia en el campo disciplinario; en la primera hipótesis, se supone que quien ingresa al ámbito de lo público goza de la madurez suficiente para desempeñar el cargo o la función, mientras que en la situación de diversidad sociocultural, los indígenas, de conformidad con el inciso segundo del artículo 25 del Código Disciplinario Único (artículo 25 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[696]), son sujetos disciplinables[697-698].

El doctor Diego Alberto Zuleta García afirma:

"(…) **11. Por estado de inimputabilidad.**

Finalmente, la otra causal que permite liberarse de responsabilidad disciplinaria es la llamada inimputabilidad. Así, es inimputable quien en el momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tuviere la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por inmadurez sicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. Pero no se considera inimputable el agente que hubiere preordenado su trastorno mental.[699]

Sobre este aspecto, la Procuraduría General de la Nación, ha dicho:

"*Se sabe que la culpabilidad es el juicio de reproche que se hace a un sujeto que pudiendo obrar de una determinada manera opta por actuar en forma contraria, asumiendo una conducta típica y antijurídica; en ese orden de ideas, la inimputabilidad se traduce en la imposibilidad de razonar y, concretamente, de diferen-*

696 Código General Disciplinario.

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

698 Ordóñez Maldonado, Alejandro. Justicia Disciplinaria – *De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud* –. Ediciones Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, noviembre de 2009, págs. 72 a 74.

699 Sobre el particular la Corte Constitucional mediante Sentencia C-370 del 14 de mayo de 2002, M. P. Eduardo Montealegre Lynett, señaló: i) que, la inimputabilidad no se deriva de una incapacidad sino de una cosmovisión diferente, y ii) que, en casos de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable"

ciar entre lo que es correcto y lo que no lo es. Se ha calificado como la inmadurez sicológica o el trastorno mental que impide valorar los patrones de conducta vigentes dentro del ordenamiento social y legal que determinan la forma de actuar; son afecciones que limitan la capacidad para comprender la ilicitud o ilegalidad del comportamiento que se asume. Para que se pueda eximir de responsabilidad por inimputabilidad es menester que tales condiciones sicológicas se encuentren demostradas dentro de la investigación para que prosperen como causal de exoneración".[700]

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 28 de octubre de 1986, indicó:

"(...) *La calidad de inimputable no se deriva exclusivamente de la presencia de una inmadurez sicológica o de un trastorno mental, requiérese, además que exista concomitancia temporal entre ellos y la realización del hecho legalmente descrito y lo que es de suma importancia, que no debe tratarse de cualquier clase de inmadurez o de trastorno, sino que ellos deben ser de tal entidad que impidan un comportamiento adecuado, en cuanto anulen la capacidad de comprensión o de correcta autodeterminación. En otras palabras, es indispensable que la situación de inmadurez o de trastorno hayan dado lugar al comportamiento de que se trate* (...)".

En Sentencia del 11 de diciembre de 2001, precisó:

"*Abundante y antigua es la jurisprudencia de esta sala que ha sostenido, que el medio idóneo para corroborar si el sujeto al momento de cometer el hecho se encontraba en capacidad de comprender y autorregularse conforme a esa comprensión es el examen psiquiátrico, cuya práctica resulta necesaria en los eventos en que de acuerdo con los elementos de juicio que ofrece la actuación misma, se haga viable colegir que el acusado pudo estar afectado en sus esferas cognoscitiva y volitiva cuando cometió el delito, sin que una (sic) tal consideración implique que se esté creando una específica tarifa legal en relación con ese elemento de convicción ni que deba desconocer el conjunto probatorio allegado al expediente, ya que estando nuestro sistema procesal regido en esta materia por la sana crítica, será el juez en últimas el que, luego de valorar en su integridad las diferentes evidencias del proceso, concluya si es dable o no reconocer un determinado estado psiquiátrico y de suyo, el estado de inimputabilidad* (...)".

Así mismo, se observa que la Ley 734 de 2002 (numeral 7), al establecer las causales de exclusión de responsabilidad, en su artículo 28 (numeral 9º del artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[701]) determina que está exento de responsabilidad quien realice la conducta, entre otras circunstancias, en situación de inimputabilidad; aspecto en relación con el cual se dispone que en tales eventos se dará inmediata aplicación a las mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades so-

700 Procuraduría General de la Nación. Concepto PAD-0139 del 19 de enero de 2005.

701 Código General Disciplinario, modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

brevivientes[702] y, además que no hay lugar al reconocimiento de esta figura cuando el sujeto ha preordenado su comportamiento.[703]

El doctor Carlos Mario Isaza Serrano concreta:

"(…) **7. Situación de inimputabilidad.**

En tales eventos dará inmediata aplicación el competente a los mecanismos administrativos que permitan reconocer las inhabilidades sobrevinientes[704].

El Código Disciplinario Único regula la figura de la inimputabilidad como causal de exclusión de responsabilidad, en el entendido de que tampoco 'es culpable o responsable quien actúa en una situación de inimputabilidad', entendiendo por tal aquella que se presenta cuando el agente al momento de cometer el hecho, atendidas las condiciones políticas, sociales y culturales concretas, no se encontraba en capacidad de comprender la ilicitud de su actuar y/o [*sic*] de determinarse de acuerdo con esa comprensión, por parecer un trastorno mental o una inmadurez psicológica o cultural'[705].

Al operador disciplinario correspondería en estos términos exonerar de responsabilidad al inimputable, por no ser posible sancionarlo por razón de esta circunstancia y por no encontrarse consagrado en la ley disciplinaria, en el evento hipotético de que ello fuera posible, un régimen punitivo que permitiera la imposición de una sanción específica para estos.

Por tanto, el procedimiento que se ha de seguir ante tales situaciones será meramente administrativo, apuntando a las aptitudes mínimas que requiere un servidor público para desempeñar el cargo. Cuando se detecte un trastorno mental o inmadurez psicológica que no permita un adecuado desempeño del cargo, lo procedente es declarar la desvinculación de la persona tras el diagnóstico médico correspondiente[706], aclarando que si tal detección sucede dentro del proceso disciplinario, se debe declarar la inimputabilidad, y con base en dicha declaración disponer la absolución del investigado y dar traslado de los soportes médicos o técnicos a la dependencia administrativa competente para que adopte la correspondiente medida de separación del servicio. Es decir, a la administración le asiste el deber de procurar por otros medios laborales a su alcance prestar el apoyo necesario para la readaptación del inimputable o prescindir de sus servicios mediante los mecanismos legales a su alcance.

Creemos que la noción de inimputabilidad en materia disciplinaria no debe remitirse a la penal establecida en el artículo 33[707] de este estatuto, porque

---

702 En el Código General Disciplinario "En tales eventos se informará a la dependencia administrativa correspondiente".

703 Zuleta García, Diego Alberto. *Introducción al Régimen Disciplinario Castrense*. Ed. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá D.C., 2013, págs. 220 a 222.

704 En el Código General Disciplinario "En tales eventos se informará a la dependencia administrativa correspondiente".

705 Velásquez Velásquez, ob. cit., pág. 410.

706 Mejía Ossman, Jaime. *Código Disciplinario Único*. Parte General, Bogotá, Doctrina y Ley, 2003.

707 Esta definición presenta al inimputable como la persona que al momento de ejecutar la conducta típica y antijurídica no tiene la capacidad de comprender su ilicitud o de determinarse de acuerdo

de manera alguna se corresponden las situaciones del particular y el servidor público frente a las exigencias de las sendas normativas a las que se ha hecho alusión.

El servidor público, por regla general, es imputable; es decir, se debe encontrar en la plenitud de sus condiciones físicas y psicológicas. Así lo debe comprobar el Estado directamente en el proceso de vinculación de aquel al servicio como manera de asegurarse de que incorpora una persona idónea que reúne las calidades que en estos dos aspectos se exigen normativamente para el desempeño del cargo.

En resumen: quien no es apto psicológica y físicamente para asumir las responsabilidades públicas para cuyo ejercicio ha sido designado no puede ingresar al servicio público y mucho menos desempeñarse en él.

Por tanto, y tomando en consideración las regulaciones normativas de la función pública, de cara a la disposición que de su vida laboral futura hace el servidor público mediante los actos de aceptación y posesión del empleo, algunos factores generadores de la inimputabilidad en el campo penal no tienen aplicación en el campo disciplinario. Uno de estos es la inmadurez psicológica por causa de minoría de edad, dado el hecho de que, salvo los cargos en los que se ejerza autoridad o jurisdicción, no se requiere haber adquirido la ciudadanía para vincularse, esto es, haber cumplido 18 años.

En igual sentido, salvo el caso de que el ejercicio del deber funcional incorpore como propio de la realización del principio de diversidad étnica y cultural las prácticas tradicionales de una cosmovisión diferente en temas frente a los cuales los miembros de esa comunidad han sido autorizados constitucional o legalmente para ejercer funciones públicas, el servidor público perteneciente a otra cultura debe desempeñar sus deberes funcionales conforme a las exigencias generales. Sin embargo, el Estado debe capacitarlo y asesorarlo para que ceda dicha cosmovisión en el ejercicio de sus funciones a la del Estado, tal como se exigió para las autoridades indígenas que administran recursos del Estado en la Sentencia C-127 del 18 febrero de 2003, 'para que se produzca una comprensión de cada una de las cláusulas del contrato, a través [*sic*] del cual administrarán los recursos públicos y las consecuencias de su infracción'.

En general, las prácticas de los miembros de estas comunidades que consulten en el primer caso una cosmovisión diferente por estar reconocidas por la axiología superior no son de competencia de la intervención disciplinaria, y cuando por alguna circunstancia lleguen al conocimiento de la Procuraduría General, no debe sortearse la responsabilidad por conducto de ese factor generador de la inimputabilidad, sino por atipicidad de la conducta, en el entendido de que aquella no es considerada falta disciplinaria. En tanto que, en el segundo caso, cuando se verifique por causa de error invencible de prohibición proveniente de esa diversidad cultural, la persona debe ser absuelta y no declarada inimputable.

---

con esa comprensión, por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares. Agrega que no será considerado inimputable quien hubiere preordenado su trastorno mental.

> El trastorno mental puede ser permanente o transitorio y creemos que necesariamente debe sobrevenir a la vinculación laboral del servidor público, porque de haber existido con anterioridad, no habría ninguna razón para que se encontrara trabajando al servicio del Estado.
>
> Respecto de uno otro caso, la actividad probatoria debe encaminarse a establecer si al momento de la comisión de la falta el servidor público obraba bajo los efectos de un trastorno mental que lo llevaba a ignorar lo que hacía, y de no ignorarlo, que tuviera comprensión de que se hallaba actuando mal y, además, de poder regularse por dicha comprensión.
>
> Los efectos, en todo caso, son diferentes, porque en el evento de un trastorno mental transitorio, se debe prescindir de los servicios del servidor público por falta de capacidad e idoneidad para el desempeño de sus funciones.
>
> Al igual que en materia penal, cuando el servidor público hubiere preordenado su trastorno mental no será considerado inimputable. Esta regulación legal establece la figura de la *actio libera in causa* o acción libre en su causa; es decir, el servidor público preordena su propia incapacidad de responsabilidad, drogándose o embriagándose para cometer la falta disciplinaria. Se trata de 'una acción cuya causa decisiva ha sido puesta por el autor en condiciones de libertad e imputabilidad, pero que, en cuanto a su resultado típico, opera en un momento en que el autor es incapaz de culpabilidad' (...)"[708-709].

Los doctores Esiquio Manuel Sánchez Herrera y A. Nataly Bermúdez Sánchez expresan:

> "(...) **7. Inimputabilidad**.
>
> Causales.
>
> a. Inmadurez psicológica (incompleta estructura de la personalidad).
>
> b. Trastorno mental: Transitorio (con base patológica y sin base patológica)
>
> (embriaguez del sueño).
>
> Permanente (con base patológica y sin base patológica)
>
> (neurosis – psicosis)
>
> c. Diversidad sociocultural.
>
> Finalmente, el numeral 7 del artículo 28 (numeral 9º del artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[710]) señala que está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta en situación de inimputabilidad. Se considera inimputable a quien en el momento de ejecutar la acción típica y antijurídica (el ilícito disciplinario) no tuviere la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo con esa comprensión.
>
> Los factores generadores de la inimputabilidad han sido consagrados por el legislador en la ley penal. En efecto, el Código Penal, en el artículo 33 deter-

708 Reinhart Maurach, Karl Gössel y Heinz Zipf. *Derecho Penal*. Parte General. Cit. Por Donna, ob. cit.

709 Isaza Serrano, Carlos Mario. *Teoría General del Derecho Disciplinario- Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales-*. 2ª ed., Editorial Temis S.A. Bogotá, 2009, págs. 204 a 207.

710 Código General Disciplinario, modificado por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021.

mina tres factores de inimputabilidad, como son: la inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares.

Bajo la denominación trastorno mental se identifica toda *perturbación del psiquismo humano, patológica o no, que le impide al agente motivarse de conformidad con las exigencias normativas*'[711]. Así las cosas, no se trata de un concepto técnico psiquiátrico, sino que es un concepto jurídico que abarca todas aquellas afectaciones mentales que perturben la esfera intelectiva, volitiva o afectiva de la persona hasta el punto de imposibilitar comprender la infracción al debe y/o determinarse de conformidad con esa comprensión[712].

Ahora bien, el trastorno mental puede ser de carácter permanente o transitorio, el primero de ellos dará lugar en todo caso a la aplicación de medidas administrativas, consistentes en el reconocimiento de inhabilidades sobrevinientes[713], mientras que el segundo no necesariamente conduce a tal situación pues dependerá de si hay afectación a la capacidad para el ejercicio del cargo.

La inmadurez psicológica supone la falta de maduración de los instintos, sentimientos y emociones, dejando al sujeto en una etapa infantil. Se podría decir que tal causal no aplica en derecho disciplinario, pues para acceder al cargo es requisito indispensable la madurez física y psíquica.

Finalmente, el Código Penal consagró la inimputabilidad por diversidad sociocultural o estados similares, que hace referencia a circunstancias de índole social y cultural especiales para el sujeto, que le impiden motivarse y determinarse según la norma, no se trata de eventos de inmadurez sicológica ni trastorno mental sino de diversidad sociocultural que tiene efectos en la determinación de la conducta sin que se vea afectada la capacidad. Ahora bien, en materia disciplinaria el servidor público indígena o el particular que ejerza funciones públicas, al no tener afectación en la comprensión de su comportamiento no puede recibir un tratamiento de inimputable.

En suma, la comprobación de la existencia de alguno de los factores que determinan la inimputabilidad impone al competente dar inmediata aplicación a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes[714]. Así, por ejemplo, para el caso de los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación, el numeral 1º del artículo 85 dispone que no podrán desempeñar empleos en la entidad 'quienes padezcan alguna afección física o mental debidamente comprobada, que comprometa la capacidad necesaria para el desempeño del empleo'.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que, tal y como lo establece la norma, cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado el comportamiento no habrá lugar al reconocimiento de la inimputabilidad, por lo tanto, será declarado responsable por dolo o culpa según corresponda atendiendo al

711 Velásquez V., Fernando, ob. cit., pág. 413.

712 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 13 de octubre de 1982.

713 En el Código General Disciplinario "En tales eventos se informará a la dependencia administrativa correspondiente".

714 En el Código General Disciplinario "En tales eventos se informará a la dependencia administrativa correspondiente".

momento en que preordenó el comportamiento, toda vez que se entiende que al preordenarse comprendía la infracción al deber[715].

Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta opinan:

> "**3.7. En situación de inimputabilidad**[716].
>
> Sea lo primero advertir que esta causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria dispuesta en el numeral 9º del artículo 31 del C.G.D.[717] tiene una connotación especial y restringida dentro del derecho disciplinario, ya que únicamente se aplica siempre y cuando la conducta del disciplinable obedezca a un trastorno mental o a estados parecidos, habida cuenta que una inimputabilidad derivada de la inmadurez psicológica o de la diversidad socio cultural no tiene cabida en esta disciplina y si en la penal (artículo 32 de la Ley 599 del 24 de julio de 2000), toda vez que es claro para el ejercicio de la función pública que quien se posesiona en un cargo público no tiene por qué encontrarse en esa especial condición de inmadurez y que en el caso de la diversidad socio cultural para los indígenas, estos están incluidos en la Ley Disciplinaria de 2019 en el artículo 25 inciso 3º[718] como "sujetos disciplinables o destinatarios de la Ley Disciplinaria", cuando, "***administren recursos del Estado*** (…) ***conforme a este Código***".
>
> De lo dicho se desprende que la inimputabilidad, en materia disciplinaria, solo se puede presentar después de haberse adquirido la condición de servidor público, trabajador oficial o del ejercicio de funciones públicas, precisamente porque para la posesión, suscripción contractual o adquisición de funciones públicas, la persona tiene que estar en completo entendimiento y comprensión de los deberes funcionales. Es decir, en completa madurez psicológica. Por ello, cuando opere algún fenómeno que impida el cumplimiento de los deberes funcionales, la inimputabilidad tendrá que concretarse en sede de culpabilidad. Por consiguiente, para nosotros constituye una causal subjetiva de exención de responsabilidad que, obviamente, deberá resolverse llegado el momento de valorar la culpabilidad.
>
> Sólo así y en vigencia del numeral 7º del artículo 28 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002, se daba "***inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes***"[719].

715 Sánchez Herrera, Esiquio y Bermúdez Sánchez, A. Nataly. Artículo denominado Las Causales de Ausencia de Responsabilidad Disciplinaria – Breves Reflexiones, publicado en "Lecciones de Derecho Disciplinario". Volumen 3. Obra publicada por el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación. Reimpresión Bogotá agosto de 2009, págs., 97 a 99.

716 "Se considera inimputable a quien en el momento de ejecutar la acción típica y antijurídica (el ilícito disciplinario) no tuviere la capacidad de comprender la ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo con esa comprensión". Sánchez Herrera, Esiquio y Bermúdez Sánchez, A. Nataly, ob. cit., pág. 97.

717 Artículo 28 numeral 7º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

718 Artículo 25 inciso 3º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019.

719 El artículo 31 numeral 8 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019, solo se limita a señalar que "En tales eventos se informará a la dependencia administrativa correspondiente".

Es decir, se procedía a separar del cargo al inimputable por parte de la autoridad administrativa competente, previo concepto médico en que así se constatare, por haberse presentado una *"inhabilidad sobreviniente"*, que le restaba capacidad e idoneidad para cumplir con su deber funcional.

Pese a la nueva redacción del numeral 9º del artículo 31 del C.G.D., con relación el efecto de la aplicación de esta causal de exclusión de responsabilidad, en la que de manera muy lacónica simplemente se advierte que *"en tales eventos se informará a la dependencia administrativa correspondiente"*, es evidente que el efecto es el mismo, esto es, separar del cargo al inimputable, lo que igualmente coincide con su declaratoria de la inhabilidad sobreviniente para el ejercicio de funciones públicas.

Otro aspecto de gran importancia y trascendencia en el derecho disciplinario es el relacionado con el inciso 2º del numeral 9 del artículo 31 *ídem*[720], en el cual no se permite el reconocimiento de la inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere ***preordenado su comportamiento***, lo cual significa, en palabras del Maestro Alfonso Reyes Echandía, la realización, por parte del destinatario de la Ley Disciplinaria, de una conducta libre en su causa o ***actio libera in causa*** o mejor dicho, cuando el disciplinable ***"preordena"*** [721] o se coloca en la condición de inimputable (siendo imputable en ese momento) *con la finalidad de que lo exoneren, eximan o excluyan de responsabilidad.* Para no dejarse sorprender la autoridad disciplinaria con este mecanismo defensivo, le corresponderá apegarse a la práctica de pruebas dirigidas a establecer si en el momento de la cristalización del comportamiento o conducta descrita como sancionable en la Codificación Disciplinaria, el sujeto agente actuó de manera inimputable y sin ***preordenamiento*** alguno.

En este evento y como lo señala (Sánchez Herrera, Esiquio Manuel y Bermúdez Sánchez A. Nataly (Ob. cit., pág. 99), "*debe tenerse en cuenta que, tal y como lo establece la norma, cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado el comportamiento no habrá lugar al reconocimiento de la inimputabilidad, por lo tanto, será declarado responsable por dolo o culpa según corresponda atendiendo al momento en que preordenó el comportamiento, toda vez que se entiende que al preordenarse comprendía la infracción del deber*".[722]

Aplicabilidad de las causales de ausencia de responsabilidad del Código Penal y del Código Penal Militar (para las Fuerzas Militares de Colombia) en materia disciplinaria

Sobre este tema debe señalarse que las **causales ausencia de responsabilidad** advertidas en el *artículo 32 del Código Penal* (Ley 599 del 24 de julio de 2000) y las señaladas en el artículo 33 del *Código Penal Militar* (Ley 1407 del 17 de agosto de 2010), que no están contempladas en el *artículo 86 de la Ley 1862 del 4 de agosto de 2017* (Código Disciplinario Militar), tienen plena aplicabilidad, **en lo que sea compatible y por aplicación**

720 Inciso 2º numeral 7º de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

721 O se acondicione previamente el estado de inimputabilidad. Según definiciona.com, "preordenar" esta palabra en la actualidad "se encuentra desusada".

722 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Causales de Exclusión de Responsabilidad- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-*, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C., 2023, págs. 133 a 136.

del principio rector de la "aplicación de principios e integración normativa" de que trata el artículo 64 *ídem*.

Sería absurdo que el *destinatario de la ley disciplinaria* no pudiera *excusarse* de la falta cuando estuviere actuando en *legítimo ejercicio de un derecho*, toda vez que el *servidor público* puede proceder en virtud del *derecho de corrección* que tiene sobre sus dicentes, como también en protección a *los derechos de propiedad*, de *trabajo*, de *huelga*, de *libertad en la manifestación del pensamiento*, de *libertad religiosa* y de *conciencia*, así como en la defensa al *derecho* de su *honra* y en el *derecho a sancionar disciplinariamente a los destinatarios de la normatividad disciplinaria.*

Igualmente sería nefasto que el *destinatario de la ley disciplinaria* no pudiera ser *excusado* de la *falta* cuando hubiere actuado en *ejercicio de una actividad lícita,* habida cuenta que el *servidor público* puede actuar *válidamente* cuando la misma se encuentre *reglada en la ley* como sería el caso de lo relacionado con su *profesión* y con las *actividades deportivas.* Así, no realizaría ningún comportamiento *antijurídico* el *jefe de prensa* de un *Ministerio* que en un diario de poca o amplia circulación nacional publica una información cierta y absolutamente demostrada que vaya en contra de la honra de una persona. En los mismos términos no sería *contraria a derecho* la conducta de un *profesional de la medicina,* vinculado a la *Administración Pública,* que por salvar a su paciente, tiene que extirpar y amputar órganos o miembros o en últimas muere sin lograr su recuperación a pesar de los ingentes esfuerzos que realizó. También sería el caso del *destinatario de la ley disciplinaria* que representando en un *evento deportivo* a la *Administración Pública*, causa lesiones a su contendor, siempre y cuando las mismas no se le imputen en ningún grado de *culpabilidad.*

Sería también arbitrario que el *destinatario de la ley disciplinaria* fuese objeto de reproche cuando hubiere procedido en *ejercicio de un cargo público,* en razón de que gracias a él está facultado para desarrollar las actividades inherentes al mismo, las cuales no pertenecen al estricto *cumplimiento de un deber* ni al *cumplimiento de una orden de autoridad competente*. Es la situación de las *autoridades sanitarias* que *destruyen alimentos contaminados* para evitar potenciales intoxicaciones, o el empleo de la *fuerza* por parte de las *autoridades militares*, en los eventos en que se encuentren legalmente autorizadas o las diligencias de allanamiento practicadas por los *fiscales y jueces* de la rama judicial, con la observancia de los requisitos legales.[723]

723 Con relación a la "legítima defensa", Diego Alberto Zuleta García, en su texto Introducción al Régimen Disciplinario Castrense, en sus páginas 200 a 203, señaló:

> "(…) Esta causal se sintetiza en lo que se conoce como la 'legítima defensa' la cual se define como el derecho de obrar en orden a proteger un bien jurídicamente tutelado, personal o de un tercero, ante el riesgo que deviene de una agresión antijurídica, actual o inminente, no conjurable racionalmente por vía distinta de la repulsa violenta, siempre que el medio empleado sea proporcional a la agresión. Lo contrario sería forzar al agredido a que tuviese que soportar la injusta agresión a cambio de ser sancionado disciplinariamente si se defiende.
>
> (…)
>
> La legítima defensa tiene un presupuesto, la agresión. Se entiende por agresión cualquier ataque a los bienes jurídicos o derechos cuyo titular es la persona (vida, salud…) pero también el honor, la intimidad o la propiedad.
>
> (…)
>
> El presupuesto necesario para invocar esta causal es que la agresión sea ilegítima. La legítima defensa deja de existir cunado la defensa se prorroga una vez que la agresión ilegítima ha cesado. Se trata de actuar bajo el amparo del bien atacado, que no puede identificarse con la exigencia de un móvil de defender, no se puede actuar solamente para causar el daño en que la acción

Finalmente sería *injusto* que no se aceptara para los *destinatarios de la ley disciplinaria* el *estado de necesidad, la legítima defensa*[724] *y el error de antijuridi-*

defensiva consista, es decir, la actuación de la víctima ha de tener la finalidad de defenderse y sólo ese objetivo.

(...)

Para que se admita esta causal como eximente de responsabilidad, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, exige los siguientes requisitos:

'...

a). Que haya una agresión ilegítima, es decir, una acción antijurídica e intencional, de puesta en peligro de algún bien jurídico individual (patrimonio económico, vida, integridad física, libertad personal). b). Que sea actual o inminente. Es decir, que el ataque al bien jurídico se haya iniciado o inequívocamente vaya a comenzar y que aún haya posibilidad de protegerlo. c) Que la defensa resulte necesaria para impedir que el ataque injusto se materialice. d) Que la entidad de la defensa sea proporcionada, tanto en especie de bienes y medios, como en medida, a la de la agresión. e) Que la agresión no haya sido intencional y suficientemente provocada. Es decir que, de darse la provocación, ésta no constituya una verdadera agresión ilegítima que justifique la reacción defensiva del provocado'. (C.S.J. Sala de Casación Penal. Proceso N.º 11679 del 26 de junio de 2002).

En el ámbito militar, los presuntos homicidios o lesiones personales podrán ser justificados, por ejemplo, cuando un soldado provoque una lesión a otro en un batallón, como reacción inmediata a los disparos que, en forma sorpresiva, le hace éste en el alojamiento al interpelarlo por abrir sin permiso una cómoda.

Sobre el particular, la Corte Constitucional, en Sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997, expresa:

'... Es obvio que nunca un acto del servicio puede ser delictivo, razón por la cual una conducta propia del servicio no amerita jamás castigo. Por ello la justicia castrense no conoce de la realización de "actos del servicio" sino de la comisión de delitos "en relación" con el servicio'.

Empero, esto no quiere decir que en el ejercicio de las atribuciones la conducta desplegada sea siempre excusable. Así, en la misma sentencia indica la Corte:

'No obstante que la misión o la tarea cuya realización asume o decide un miembro de la fuerza pública se inserte en el cuadro funcional propio de ésta, es posible que, en un momento dado, aquél, voluntaria o culposamente, la altere radicalmente o incurra en excesos o defectos de acción que pongan de presente una desviación de poder que, por serlo, sea capaz de desvirtuar el uso legítimo de la fuerza.'...

'El miembro de la fuerza pública, así se encuentre en servicio activo, ha podido cometer el crimen al margen de la misión castrense encomendada: en este caso, el solo hecho de estar en servicio activo no lo exime de ser sometido al derecho penal común. Las prerrogativas y la investidura que ostentan los miembros de la fuerza pública pierden toda relación con el servicio cuando deliberadamente son utilizadas para cometer delitos comunes, los cuales no dejan de serlo porque el agente se haya aprovechado de las mencionadas prerrogativas e investidura, ya que ellas no equivalen a servicio ni, de otro lado, tienen la virtud de mutar el delito común en un acto relacionado con el mismo.'

Ahora, partiendo de la aceptación de la existencia de un 'conflicto armado interno', entendemos igualmente la existencia de una legítima defensa institucional, cuya razón, conforme los artículos 2, 95, 122, 216 a 218,221, 223 y 250 de la Carta, es la protección de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional y legal, así como mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica, siempre que concurran además las circunstancias que se predican en el ámbito penal ordinario o militar para admitir el instituto de la legítima defensa".

724 Sobre estas causales de ausencia de responsabilidad, Diego Alberto Zuleta García, en su texto "Introducción al Régimen Disciplinario Castrense", en sus páginas 198 y 199, expuso:

"(...) Para SÁNCHEZ HERRERA, esta causal es un modulador porque la ley no dice cuando un deber es mayor que otro y viene, entonces, determinado por la ponderación, la razonabilidad y el análisis jurídico (ver: SÁNCHEZ HERRERA, ESIQUIO MANUEL, *Los Contenidos Materiales de la Ilicitud Sustancial – Algunas referencias jurisprudenciales*. Cuaderno de Derecho Disciplinario. Edición septiembre – octubre de 2010. Alcaldía Mayor de Bogotá, pág. 30).

Sobre esta causal VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, sugiere estudiarlas a partir de sus variantes, así:

El legítimo ejercicio de un derecho. Esta causal implica las siguientes subvariantes:

Los derechos a que se refiere la eximente han de ser derechos subjetivos derivados de una norma de Derecho Público o Privado. En últimas, se lesiona un bien jurídicamente protegido para man-

cidad, pues ellos no están exentos de la *necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente e inevitable, sin que lo hubieran causado con culpabilidad,* y además tampoco están liberados de la *necesidad de defender un derecho propio o ajeno de una agresión actual o inminente y antijurídica,* ni mucho menos que se realice la conducta *con la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria*.

En el *estado de necesidad,* se puede pensar en el caso en que el *servidor público* tenga que *atropellar* a varios de sus compañeros, causándole lesiones personales, al salir corriendo de su oficina por el anuncio de que en la edificación va a explotar un artefacto cargado de dinamita *(lo cual es muy común hoy en día)* o en el evento en que tenga que *destruir* las instalaciones de la entidad para evitar que un cortocircuito se traslade a una dependencia donde se manejan sustancias inflamables o en el caso en que tenga que *eliminar* a un animal que custodia los bienes del *Estado*, pero que sin razón alguna se le abalanza[725]. En la *legítima defensa*, se cita el caso del *destinatario de la ley disciplinaria* que para salvar su vida o la de otro compañero de oficina, tiene que eliminar a quien lo ataca, rechazando de esta manera la *agresión actual* o *inminente y antijurídica* de que fue objeto. Así mismo se cita el caso del *servidor público* que prestando sus servicios de *celaduría* a una entidad, tiene que *rechazar* al *extraño* que *indebidamente* intente o esté penetrando a las dependencias que le corresponde vigilar, así le ocasione la muerte

---

tener o defender un derecho subjetivo lo que ha llevado a algunos autores a considerar que esta parte de la eximente es superflua al poder ser incluida dentro de la legítima defensa.

La existencia de un título jurídicamente correcto que lo ampare. De lo contrario no podría hablarse de una causa de justificación, pues, aunque el ejercicio discurriese por cauces legales, no se estaría legitimado para el propio ejercicio.

Legitimidad de la acción. Es decir, no cabe eximente cuando se vulneran leyes o disposiciones expresas acerca del ejercicio de ese concreto derecho. Es decir, no podrá alegarse esta eximente cuando el uso del derecho o facultad constituya delito.

Que el sujeto obre en el ejercicio de su derecho o facultad con la diligencia debida adecuada a las circunstancias del caso concreto.

Que el derecho en virtud del cual se actúa suponga la protección de un bien jurídico de calidad similar a la del que resulta vulnerado por la conducta.

El legítimo ejercicio de una actividad lícita o de un cargo público. Por oficio hay que entender cualquier profesión privada, sea liberal o no, requiera o no título facultativo o de otra clase y precise o no licencia administrativa. Por cargo han de entenderse aquellas profesiones cuyo ejercicio lleva consigo el desempeño de funciones públicas con carácter permanente o eventual. Como los requisitos de ejercicio del oficio o cargo son análogos a los ya analizados en el caso del ejercicio de un derecho, no parece práctico ahondar en su estudio.

En suma, la práctica de determinadas profesiones puede conllevar la realización de conductas lesivas para bienes jurídicamente protegidos, eso sí, ha de tratarse de un ejercicio legítimo, lo que implicará que sea conforme al Derecho, es decir, que se encuentre amparado por el ordenamiento jurídico. Ejemplo de ello lo encontramos con el periodista que da una información sobre alguien siendo veraz y contrastada (Ver: VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO. *Derecho Penal. Parte General.* Editorial Temis, Bogotá, 2ª ed., págs. 431 y ss.).

725 Diego Alberto Zuleta García, en su obra Introducción al Régimen Disciplinario Castrense, pág. 204, como ejemplo indica:

"(…) Un ejemplo clásico es el de los dos sobrevivientes de un naufragio, que se salvan en un bote con capacidad para una persona, si permanecen mucho tiempo a la deriva, los dos se ahogan, por lo cual uno mata al otro para sobrevivir, el instinto o deseo de supervivencia le indicó que ese era el camino a seguir y de esta manera se resolvió el conflicto en favor del más fuerte o del más afortunado. Se trata pues de una pugna entre bienes jurídicamente protegidos, que solo puede ser solucionada mediante la lesión de bienes, también Jurídicamente protegidos, pertenecientes a otra persona. En este caso, lo importante es que esta opción sea el último recurso de salvación, o sea que necesite actuar de esa manera y no de otra (…)".

(legítima defensa privilegiada o presunta). En el *error de antijuridicidad,* podría hablarse del *destinatario de la ley disciplinaria* que hiere a su compañero a quien le escuchó que en los próximos días iba a eliminar a su jefe, *con la convicción de que su actuar estaba enmarcado dentro de la legítima defensa de un tercero*, cuya agresión la precisó *grave e inminente*.

En conclusión, respecto a las causales de ausencia de responsabilidad distintas a las contenidas en esa codificación, el *Código Disciplinario Militar* remite al *Código Penal* (Ley 599 del 24 de julio de 2000) y al *Código de Procedimiento Penal* (Ley 1407 del 17 de agosto de 2010), ya que así lo ordena el artículo 64, en lo que sea compatible, causales que obviamente deben ser *estudiadas* conforme a la *doctrina* y a la *jurisprudencia* que desde antaño lo ha hecho desde la perspectiva del *derecho penal*, sin descartar, obviamente, el mismo análisis para las contempladas en las demás *Codificaciones Disciplinarias*, por aplicación del principio de *integración normativa*.

Causales de ausencia de responsabilidad y la aplicación de las contenidas en la Ley 599 de 24 de julio de 2000 (Código Penal) en las Codificaciones Disciplinarias

En relación con las causales de justificación que aparecen en nuestro *Estatuto Penal*, siempre hemos creído que ellas, de ser necesario, en aplicación del *principio de integración normativa* contenido en cada una de las codificaciones que forman parte de esta herramienta de *Derecho Sustancial Disciplinario*, indiscutiblemente se aplican **las que no se encuentren previstas** en las correspondientes leyes disciplinarias.

Jaime Mejía Ossman y José Omar Ortiz Peralta, en la obra "Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas del Derecho Disciplinario- Causales de Exclusión de Responsabilidad Disciplinaria- N.º 2, sobre el particular, expresamos:

> "Como un referente a tener en cuenta, el Código Penal en su artículo 32 establece otras situaciones que eximen de responsabilidad que no están contempladas en el artículo 31 del Código General Disciplinario[726], que en principio consideramos tienen plena aplicabilidad en lo que sea compatible, atendiendo el principio rector de la "prevalencia de los principios rectores e integración normativa" o "aplicación de principios e integración normativa" de que trata el artículo 22 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[727].
>
> El numeral 5° del Código Penal[728] consagra como causal de exoneración de responsabilidad cuando se actúe en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público. La primera posibilidad la examinamos en lo referente a la colisión entre el deber funcional y un derecho personal, del que concluimos que excluye la culpabilidad. Tal situación se puede verificar respecto de los derechos al trabajo, de huelga, de libertad en la manifestación del pensamiento, de libertad religiosa y de conciencia, así como en la defensa al derecho de su honra y en el derecho a sancionar disciplinariamente a los destinatarios de la normatividad disciplinaria.
>
> En cuanto a las otras posibilidades, esto es, el actuar en ejercicio de una actividad lícita o en ejercicio de un cargo público, podemos indicar que se

726 Y en el correspondiente artículo de las demás codificaciones.

727 Artículo 21 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2002.

728 Ley 599 del 24 de julio de 2000.

encuadraría en la colisión de deberes funcionales, habida cuenta que el servidor público puede actuar válidamente cuando la misma se encuentre reglada en la ley como sería el caso de lo relacionado con su profesión y con las actividades deportivas. Así, no realizaría ningún comportamiento antijurídico el jefe de prensa de un Ministerio que en un diario de poca o amplia circulación nacional publica una información cierta y absolutamente demostrada que vaya en contra de la honra de una persona. En los mismos términos no sería contraria a derecho la conducta de un profesional de la medicina, vinculado a la Administración Pública que, por salvar a su paciente, tiene que extirpar y amputar órganos o miembros o en últimas muere sin lograr su recuperación a pesar de los ingentes esfuerzos que realizó. También sería el caso del destinatario de la ley disciplinaria que, representando en un evento deportivo a la Administración Pública, causa lesiones a su contendor, siempre y cuando estas no se le imputen en ningún grado de culpabilidad.

De igual manera, el vínculo funcional es necesario para poder estructurar la responsabilidad disciplinaria, es decir, se constituye en un presupuesto de capacidad el ostentar un cargo público o ejercer una función pública. Es la situación de las autoridades sanitarias que destruyen alimentos contaminados para evitar potenciales intoxicaciones, o el empleo de la fuerza por parte de las autoridades de policía, en los eventos en que se encuentren legalmente autorizadas o las diligencias de allanamiento practicadas por los fiscales y jueces de la rama judicial, con la observancia de los requisitos legales.

Finalmente aparecen otras circunstancias como la del estado de necesidad, la legítima defensa y el error de antijuridicidad. Los dos primeros son manifestación de la colisión de derechos y deberes funcionales, es decir, que se reconducen por vía de la protección de un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente e inevitable, sin que lo hubieran causado con culpabilidad, así como de la necesidad de defender un derecho propio o ajeno de una agresión actual o inminente y antijurídica. En cuanto a la convicción errada e invencible de que está amparado por una causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria en acápite anterior se analizó con juicio señalando puntualmente las diferencias con lo regulado en el derecho penal.

En el estado de necesidad, se puede pensar en el caso en que el servidor público tenga que atropellar a varios de sus compañeros, causándole lesiones personales, al salir corriendo de su oficina por el anuncio de que en la edificación va a explotar un artefacto cargado de dinamita o en el evento en que tenga que destruir las instalaciones de la entidad para evitar que un cortocircuito se traslade a una dependencia donde se manejan sustancias inflamables o en el caso en que tenga que eliminar a un animal que custodia los bienes del Estado, pero que sin razón alguna se le abalanza.

En la legítima defensa, se cita el caso del destinatario de la ley disciplinaria que para salvar su vida o la de otro compañero de oficina, tiene que eliminar a quien lo ataca, rechazando de esta manera la agresión actual o inminente y antijurídica de que fue objeto. Así mismo, se cita el caso del servidor público que, prestando sus servicios de celaduría a una entidad, tiene que rechazar al extraño que indebidamente intente o esté penetrando a las dependencias que le corresponde vigilar, así le ocasione la muerte (legítima defensa

privilegiada o presunta). En el error de antijuridicidad, podría hablarse del destinatario de la ley disciplinaria que hiere a su compañero a quien le escuchó que en los próximos días iba a eliminar a su jefe, con la convicción de que su actuar estaba enmarcado dentro de la legítima defensa de un tercero, cuya agresión la precisó grave e inminente"[729].

"(...) se tomó partido en la Ley 2094 de 2021, por estructurar las consecuencias del error vencible de derecho bajo la inescindibilidad entre la tipicidad y la ilicitud sustancial, para concluir que, cuando se configure un error de derecho vencible, la imputación dolosa persiste por subsistir el conocimiento de la ilicitud y, sólo servirá lo vencible, como criterio de atenuación de la sanción tasable a la mitad, esto es, la inhabilidad o la suspensión.

Frente a lo anterior, consideramos que no se corresponde con la búsqueda de la justicia como propósito de interpretación y aplicación concebido en el artículo 11 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019[730]. En ese orden, recogemos lo que, en su obra, ampliamente referida, le exprocurador Alejandro Ordoñez Maldonado manifestara ala respecto "Es decir, que un comportamiento que se configure en falta disciplinaria gravísima, desplegada a título de dolo, pero afectado por un error de derecho o de prohibición que apenas haya sido vencible, tendría la misma consecuencia, desde el punto de vista de la sanción, que aquel comportamiento doloso, sin mediar ninguna clase de error. En el ejemplo pro- puesto, lo único para ponderar sería la inhabilidad, la cual, de ser la mínima (diez años), acompañada de la destitución, seguiría siendo una sanción desproporcionada frente a la hipótesis con la cual se hace la comparación"[731].

Al respeto los profesores Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Pinzón Navarrete, John Harvey plantean el siguiente interrogante: ¿qué sucede cuando el error no resulta invencible sino vencible? A lo que responden:

"La respuesta no puede ser otra: como en tales situaciones se actuó de buena fe, pero no exenta de culpa, no se puede liberar de responsabilidad al sujeto disciplinable y, dado que podía con un poco de esfuerzo en la información y reflexiones salir del error, pero así no lo hizo, incurrió en culpa, debiéndose pasar inmediatamente al examen de si la falta admite tal modalidad de imputación a través del sistema de numerus apertus"[732].

Seguimos sosteniendo, en estricta justicia, que el destinatario de la Ley Disciplinaria que incurra en un error (en sus diferentes connotaciones) y se acredite probatoriamente que era "vencible", no tiene por qué ser sancionado como si hubiera actuado "dolosamente", por consiguiente, si la falta lo permite, deberá, en justicia, calificarse como culposa, precisamente

729 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Causales de Exclusión de Responsabilidad- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-*, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C., 2023, págs. 149 a 152.

730 Artículo 20 de la Ley 734 del 5 de febrero de 2102.

731 Ibid. Ordóñez Maldonado, Alejandro. Justicia Disciplinaria- *De la Ilicitud Sustancial a lo Sustancial a lo Sustancial de la Ilicitud*. Ediciones Instituto de estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá, noviembre de 2009.

732 Gómez Pavajeau, Carlos Arturo y Pinzón Navarrete, John Harvey. *Tratado de Derecho Disciplinario*. Bogotá, pág. 660.

por haberse demostrado, que éste podía haberlo "vencido" y ello puede ser compatible con los "ingredientes generadores de la culpa" (imprudencia, negligencia, impericia o violación de reglamentos). Cuando el tipo no admita la modalidad culposa por contener "ingredientes subjetivos"[733], lo procedente es exonerar de responsabilidad al destinatario de la ley disciplinaria.[734]

733 O expresiones tales como: con el fin, con el propósito, con el ánimo, con la intención, para, de buena fe, etc.

734 Mejía Ossman, Jaime y Ortiz Peralta, José Omar. *Causales de Exclusión de Responsabilidad"- Líneas Jurisprudenciales, Doctrinales y Prácticas-*, Ediciones Doctrina y Ley. Colección Leges Disciplinares N.º 2. Bogotá D.C., 2023, págs. 130 a 132.

Índice temático

- A -

Acción disciplinaria

- (apertura de la): 441,

- (caducidad, extinción y prescripción de la):442, 443,

- (características de la): 437,

- conceto de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios: 442,

- (concepto doctrinal de la): 428,

- (concepto jurisprudencial de la honorable Corte Constitucional sobre la): 423,

- (concepto personal de): 428,

- (conceptos doctrinales de la): 428,

- corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado: 190, 436,

- corresponde al Estado: 185,

- (destinatarios de la): 450,

- (diferencias y semejanzas entre la acción penal y la): 547,

- doctrina acerca de las diferencias y semejanzas entre la acción disciplinaria y la acción penal: 547,

- (ejercicio y autoridades disciplinarias en la):474,

- en la comisión de una o varias faltas conexas "cometidas por funcionarios de distintas entidades": 549,

- en la rama judicial: 436,

- en los eventos de los funcionarios judiciales: 438,

- es acción estatal, pública, indesistible, oficiosa e independiente de las acciones que puedan surgir de la comisión de la falta: 352

- es consecuencia de las relaciones especiales de sujeción: 428,

- es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta: 191, 196, 368, 423, 425,

- es obligatoria: 427, 428, 440,

- es pública: 337, 423, 428, 542,

- es procedente aunque el servidor público ya no esté ejerciendo funciones públicas: 427,

- es una acción pública que se orienta a garantizar la efectividad de los fines y principios previstos en la Constitución y en la ley para el ejercicio de la función pública: 423,

- (extinción de la):445,

- (finalidad de la): 441,

- garantiza el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo: 441,

- (independencia de la): 423, 535,

- (indesistibilidad de la): 438,

- la titularidad en el evento de los funcionarios judiciales: 438,

- la titularidad radica en el Estado: 423, 424, 440,

- maneras de iniciarse, improcedencia y responsabilidad patrimonial: 529, y s.s.

- (naturaleza de la): 429,

- (obligatoriedad de la): 428, 534,

- (oficiosidad de la): 440,

- permite la imposición de sanciones a quienes se encuentren responsables: 423,

- se inicia con auto de indagación previa: 441,442,

- se iniciará con auto de apertura de indagación previa o con auto de apertura de la investigación disciplinaria: 442,

- se iniciará y adelantará de oficio o por información proveniente de servidor público o de otro medio que amerite credibilidad o por queja formulada por cualquier persona: 427,

- se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública: 126,

- su oficiosidad: 440,

- (titularidad de la): 436,

- y acción penal (doctrina): 547,

- y acción penal. Similitudes: 125, 130, 547,

- y acción penal son públicas: 548,

- y causales de impedimento y recusación en quienes la ejerzan: 549,

- y ejercicio del poder preferente del Estado: 436,

- y existencia de falta disciplinaria: 549,

- y la independencia con la acción penal: 547,

Acción penal

- cubre tanto la conducta de los particulares como la de los servidores públicos: 856,
- (desistibilidad de la): 548,
- es distinta de la acción disciplinaria: 541,
- la adelantan los jueces: 548,
- su objetivo es la protección del orden jurídico social: 742,
- trasciende el campo administrativo: 545,
- y la independencia con la acción disciplinaria: 547,
- y acción disciplinaria. Diferencias: 540,
- y acción disciplinaria. Similitudes: 125, 543,
- y acción disciplinaria son públicas: 548,
- y acción disciplinaria (doctrina): 547,
- similitudes: 130,

Acción pública

- (la acción disciplinaria es una): 423,

Acción disciplinaria y acción penal

- (diferencias entre): 540,

Ad maiori ad minus

- como argumento de la Corte Constitucional en la participación de los estudiantes de los consultorios jurídicos de las universidades para que puedan fungir como defensores de oficio en materia disciplinaria: 276, 285,
- o si en materia penal es constitucionalmente válido que los estudiantes de los consultorios jurídicos atiendan determinadas causas, con mayor razón en materia disciplinaria, como quiera que las sanciones a imponer son de menor entidad y afectación de las libertades públicas: 285,

Adecuación típica

- concuerda con el proceso de adecuación de la conducta en el derecho penal: 166, 231, 604, 602,
- de un delito convertido en falta disciplinaria: 166,
- del juzgador disciplinario: 582
- es asunto de concreción meramente gramatical: 166,
- es el ejercicio de hacer coincidir la conducta descrita como falta disciplinaria con la descripción propuesta por el legislador: 167,
- su labor en materia disciplinaria se someterá a los principios de especialidad y subsidiariedad:166, 229, 231,

Alcance

- del principio de gratuidad: 338,
- y enunciado de la potestad de mando: 164, 165,

Antijuridicidad

- en el derecho disciplinario militar: 624,
- en materia disciplinaria castrense: 629,

Antijuridicidad de la falta disciplinaria

- en el derecho disciplinario militar: 624,

Antijuridicidad en materia disciplinaria

- en materia disciplinaria castrense: 629,

Antijuridicidad material

- incorpórea: 244,
- y aplicación del principio de ilicitud sustancial: 244,

Antijuridicidad material incorpórea

- en el derecho disciplinario: 244,

Antijuridicidad penal

- como principio se aplica al derecho disciplinario: 245,
- se aplica en el derecho penal: 245,
- tiene cabida en los regímenes sancionatorios: 246,

Apertura

- de la acción disciplinaria: 441,

Aplicabilidad de las causales de ausencia de responsabilidad

en el Código Penal y Penal Militar en materia disciplinaria: 847,

Aplicación

- del principio de ilicitud sustancial desde la óptica de la antijuridicidad material: 244,

Aplicación analógica

- de los principios rectores en materia disciplinaria: 211,

Atipicidad

- absoluta y relativa: 614,
- en materia disciplinaria: 613,

Atipicidad absoluta

- (concepto de): 614,

Atipicidad relativa

- (concepto de): 614,

Auto de indagación previa

- da inicio a la acción disciplinaria: 443,

Autonomía

- del derecho disciplinario: 158, 167,
- no tiene origen en las relaciones especiales de sujeción: 115,
- por la valoración de la ilicitud sustancial: 167,
- por las causales de justificación en materia disciplinaria: 167,

Autonomía del derecho disciplinario

- y autonomía e independencia del derecho disciplinario: 143,
- y la Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998: 158,

Autoridades

- disciplinarias del Procurador General de la nación: 474,
- que ejercen la potestad disciplinaria: 162, 474 y s.s.

Autoridades disciplinarias

- y su ejercicio en la acción disciplinaria: 474 y s.s.,

- B -

Bien jurídico

- debe contrariar los principios, fines y funciones del Estado: 212,
- debe ser analizado por el fallador para aplicar la teoría de los *numerus apertus* en materia disciplinaria según la Sentencia C-155 de marzo 5 de 2002: 571,
- disciplinario respaldado en los artículos 209 y 2º de la Constitución Política: 389,
- en el derecho disciplinario: 243,
- en los delitos contra la administración pública: 35,
- es una limitante a la función punitiva del Estado, porque el legislador penal sólo puede crear delitos cuando hay lesividad para el interés tutelado: 786,
- está implícito en la descripción de la falta a manera de objeto jurídico y no puede ser otro que aquél de la administración pública: 649,
- está representado, en el derecho disciplinario, por la buena marcha de la administración, su eficiencia, su buen nombre, la moralidad pública, como también la eficacia y la honradez de la administración pública: 624, 639,
- (jurisprudencia colombiana acerca de la existencia del): 632,
- le pertenece a todo el ordenamiento legal, ya que no se concibe la existencia de una norma si la misma no tiene un referente material que le permita su justificación en el derecho y consecuencialmente un comportamiento que la trasgreda o afecte reciba la sanción trazada por la especialidad del derecho que la contenga: 630,
- para *Welsel* su lesión es secundaria, a diferencia de los causalistas quienes toman partido por el desvalor de resultado el cual tiene como preponderante para fundamentar la antijuridicidad: 784,
- protegido de la acción disciplinaria es distinto del que es propio del derecho penal: 543,
- protegido de la acción disciplinaria es más amplio y genérico que el del derecho penal: 543,
- protegido que es la administración pública: 538,
- tiene fundamento jurisprudencial y doctrinal al amparo de la teoría de los derechos fundamentales: 672,
- tutelado e ilicitud sustancial: 243,
- tutelado en la Ley Disciplinaria: 212,
- tutelado en los artículos 209 y 2º de la Constitución Política: 400,
- tutelado explícito e implícito: 240, 246,

- tutelado constituye una limitación al poder sancionatorio del Estado y un excelente criterio garantizador para regular la sanción que le corresponde al disciplinado ante su comprobada afectación. La acción de retirar del derecho disciplinario ese criterio de naturaleza penal, es contrariar todo el sistema sancionador o punitivo del Estado, pues se repite, no basta la afectación del "deber funcional" sin justa causa, sino que es necesario demostrar que la conducta del sujeto disciplinado afectó el bien jurídicamente tutelado que se estableció explícita o implícitamente en la respectiva disposición disciplinaria, máxime cuando las consecuencias para el destinatario de la ley disciplinaria son más funestas que en materia penal, habida cuenta que una sanción disciplinaria será difícilmente superada para efectos del nombramiento en un cargo público, si se tiene en cuenta que el Estado es uno de los mayoritarios empleadores en Colombia, lo que determina para la persona una muerte laboral, además de la muerte social, psicológica, profesional, familiar y personal que le apareja. Finalmente, como lo aseveran varios doctrinantes de esta especial disciplina, la exclusión del análisis de la "antijuridicidad material" en la conducta del indagado, investigado o disciplinado, daría paso a la ya superada "antijuridicidad formal", a la cual sólo le interesa la confrontación de la norma con la conducta sin importar el análisis de la afectación efectiva del bien jurídico del Estado sobre el cual, como se ha expresado en repetidas oportunidades se pregona su existencia implícita o explícita en las tipicidades disciplinarias: 649,

- y el grado de afectación: 246,

- (y la Sentencia C-284 del 1º de junio de 2016 con relación a la lesividad y al): 631,

- y su análisis para determinar si la sanción disciplinaria se impone por su atentado: 668,

- y su existencia en materia disciplinaria. Jurisprudencia: 632, 632

- y su rebeldía para los finalistas: 784,

Bienes jurídicos

- (en el derecho disciplinario no existe protección de): 249,

Bienes jurídicos tutelados

- en el régimen disciplinario: 243,

Buena fe

- como principio de la función pública: 33,

- C -

Caducidad

- extinción y prescripción: 443,

- (garantías que comportan la): 450,

Características

- de la acción disciplinaria: 437,

- de la potestad disciplinaria: 160

Causales

- de extinción de la acción disciplinaria: 445,

- de impedimento y recusación en quienes ejercen la acción disciplinaria: 549,

- de perdida de investidura del Consejo de Estado: 474,

Causales de ausencia de responsabilidad

- aplicabilidad en materia disciplinaria: 847,

- cuáles se aplican: 847,

- de la Ley 599 de julio 24 de 2000 o nuevo Código Penal: 847, 851,

- del Código Penal y del Código Penal Militar en materia disciplinaria: 847,

- y la aplicación de las contenidas en la Ley 599 del 24 de julio de 2002 3n las Codificaciones Disciplinarias: 851,

- y su aplicabilidad en los Códigos Penal y Penal Militar: 847,

Causales de exclusión de responsabilidad

además de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria señaladas en las diferentes Codificaciones Disciplinarias, se aplican las siguientes: en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público; por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión; por la necesidad de rechazar a un extraño que indebidamente intente penetrar o haya penetrado a su habitación o dependencias inmediatas y por consentimiento del sujeto pasivo en lo que pueda válidamente consentir, siempre y cuando dichas causales se concreten en el desarrollo

de la conducta de quienes ostentan esa condición de destinatarios de la ley disciplinaria: 216, 217,

- (con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria como una de las): 788, 819,

- en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales: 696,

- en ejercicio de un derecho: 715,

- en estricto cumplimiento de un deber legal: 683,

- (en situación de inimputabilidad como una de las): 838,

- (estado de necesidad como una de las): 709,

- objetivas: 680,

- (por caso fortuito como): 788, 789,

- (por fuerza mayor como): 788,

- (por insuperable coacción ajena como) 788, 804,

- (por miedo insuperable como): 788, 804,

- por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad: 708,

- ¿qué otras se aplican?: 216,

- subjetivas o de inculpabilidad: 788,

- y causales objetivas de justificación: 680,

Causales de extinción de la acción disciplinaria

- (la muerte del investigado y la prescripción como): 445,

Causales de justificación

- (definición de las): 680,

- en derecho disciplinario tendrán que ser analizadas conforme a la doctrina y la jurisprudencia penales: 683,

- (en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales como una de las): 681, 696,

- (en ejercicio de un derecho como una de las): 715,

- (en estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado como una de las): 681, 682, 683,

- (estado de necesidad como una de las): 709,

- o de exclusión de responsabilidad "objetivas": 680,

- para el derecho disciplinario: 680,

- (por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad como una de las): 681, 708,

- prácticamente son las mismas de la Ley 599 de julio 24 de 2000: 167

- y la autonomía en el derecho disciplinario: 167,

Causales de impedimento y recusación

- en quienes ejerzan acción disciplinaria: 549,

Causales de recusación e impedimento

- en quienes ejerzan acción disciplinaria: 549,

Causales subjetivas

- o de inculpabilidad: 788,

Causales subjetivas o de inculpabilidad

- como causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria: 788,

- (con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria como una de las): 819,

- (el miedo insuperable como una de las): 813,

- (en situación de inimputabilidad como una de las): 838,

- (la fuerza mayor o el caso fortuito como una de las): 789,

- (la insuperable coacción ajena como una de las): 804,

Celeridad

- como principio de la función pública: 31,

- de la actuación disciplinaria: 342,

Certeza

- y duda en el principio de presunción de inocencia: 298,

Clases

- de culpa en materia sancionatoria y disciplinaria: 736,

- de dolo: 730,
- de potestades según la doctrina: 160

Clasificación de los tipos

- en el derecho disciplinario: 612,

Codificaciones disciplinarias actuales

Código de Ética y Disciplinario del Congresista (Ley 1828 del 23 de enero de 2017)

- si contiene redactado el principio de contradicción: 290,
- y el poder disciplinario preferente: 499, s.s.
- y la culpabilidad: 722, s.s.
- y la función pública: 27, s.s.
- y la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 614, s.s.
- y la jurisprudencia del bien jurídico protegido: 632, s.s.
- y la potestad disciplinaria: 152, s.s.
- y la teoría de la falta disciplinaria: 551, s.s.
- y la tipicidad: 551, s.s.
- y las causales de ausencia de responsabilidad y la aplicación de las contenidas en la Ley 599 de 24 de julio de 2000 (Código Penal) en las Codificaciones Disciplinarias: 851, s.s.
- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.
- y las relaciones especiales de sujeción: 101, s.s.
- y los principios rectores: 193,s.s.

Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 del 22 de 2007)

- no contiene redactado el principio de contradicción: 290,
- y la acción disciplinaria: 423, s.s.
- y la culpabilidad: 722, s.s.
- y la dignidad humana: 145,
- y la función pública: 27, s.s.
- y la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 614, s.s.
- y la jurisprudencia del bien jurídico protegido: 632, s.s.
- y la potestad disciplinaria: 152, s.s.
- y la teoría de la falta disciplinaria: 551, s.s.
- y la tipicidad: 551, s.s.
- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.
- y los principios rectores: 193, s.s.
- y las causales de ausencia de responsabilidad y la aplicación de las contenidas en la Ley 599 de 24 de julio de 2000 (Código Penal) en las Codificaciones Disciplinarias: 851, s.s.
- y las relaciones especiales de sujeción: 101, s.s.

Código Disciplinario Militar (Ley 1862 del 4 de agosto de 2017)

- y el poder disciplinario preferente: 499, s.s.
- y la acción disciplinaria: 423, s.s.
- y la aplicación de las causales de ausencia de responsabilidad del Código Penal y Penal Militar en materia disciplinaria: 847, s.s.
- y la culpabilidad: 722, s.s.
- y la culpabilidad en el derecho disciplinario militar: 786, s.s.
- y la dignidad humana: 145, 202,
- y la función pública: 27,s.s.
- y la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 614, s.s.
- y la jurisprudencia del bien jurídico protegido: 632, s.s.
- y la potestad disciplinaria: 152, s.s.

y la teoría de la falta disciplinaria: 551, s.s.

- y la tipicidad: 551, s.s.
- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.
- y los principios rectores: 193, s.s.
- y las causales de ausencia de responsabilidad y la aplicación de las contenidas en la Ley 599 de 24 de julio de 2000 (Código Penal) en las Codificaciones Disciplinarias: 851, s.s.
- y las relaciones especiales de sujeción: 101, s.s.

Código General Disciplinario (Ley 1952 del 28 de enero de 2019)

- no contiene redactado el principio de contradicción: 290,
- y el debido proceso: 317,
- y la acción disciplinaria: 423, s.s.
- y la culpabilidad: 722, s.s.

- y la fuerza mayor y el caso fortuito: 803,
- y la función pública: 27, s.s.
- y la ilicitud sustancial en materia disciplinaria: 614, s.s.
- y la jurisprudencia del bien jurídico protegido: 632, s.s.
- y el poder disciplinario preferente: 499, s.s.
- y la potestad disciplinaria: 152, s.s.
- y la teoría de la falta disciplinaria: 551, s.s.
- y la tipicidad: 551, s.s.
- y la teoría tripartita del dolo graduado y agravado: 371,
- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.
- y las relaciones especiales de sujeción: 101, s.s.
- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.
- y los principios rectores: 193, s.s.
- y nuevos principios rectores: 403,

Código General Disciplinario (Ley 2094 del 29 de junio de 2021)
- en su artículo 74 determina que debe entenderse la acepción "defensor de oficio" como defensor público o estudiante del consultorio jurídico de universidad legalmente reconocida: 269,
- separación de roles y funciones en el proceso disciplinario: 301,
- y el debido proceso: 317,
- y la doble conformidad: 301,

Estatuto Disciplinario Policial (Ley 2196 del 18 de enero de 2022)
- si contiene redactado el principio de contradicción: 290,
- y el poder disciplinario preferente: 499, s.s.
- y la acción disciplinaria: 423, s.s.
- y la culpabilidad: 722, s.s.
- y la dignidad humana: 145, 202,
- y la función pública: 27, s.s.
- y la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 614, s.s.
- y la jurisprudencia del bien jurídico protegido: 632, s.s.
- y la potestad disciplinaria: 152, s.s.
- y la teoría de la falta disciplinaria: 551, s.s.
- y la tipicidad: 551, s.s.
- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.
- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.
- y las relaciones especiales de sujeción: 101, s.s.
- y los principios rectores: 193, s.s.

Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo
- (principios que confeccionó en su artículo 3º y su finalidad: 37,

Código Penal
- y Código Penal Militar, se aplican las causales de ausencia de responsabilidad
en asuntos disciplinarios: 847,

Código Penal Militar
- y Código Penal, se aplican las causales de ausencia de responsabilidad
en asuntos disciplinarios: 847,

Coertio
- como elemento de la potestad disciplinaria: 164,

Colaboración
- como principio de la función pública: 34,

Comisión de una o varias faltas conexas "cometidas por funcionarios de distintas entidades"
Y la acción disciplinaria: 549,

Comisión Nacional de Disciplina Judicial
- como autoridad disciplinaria: 491,

Competencia disciplinaria
- para disciplinar a los altos funcionarios del Estado: 312,
- para disciplinar a los Concejales: 316,

- para disciplinar a los congresistas: 312,

- para disciplinar a los demás Servidores Públicos del orden nacional de igual o superior categoría a los mencionados siempre que la competencia no esté asignada a otra autoridad disciplinaria: 315,

- para disciplinar a los Diputados: 316,

- para disciplinar a los Directores de Departamentos Administrativos del Orden Nacional y del Distrito Capital: 315,

- a los funcionarios de la Superintendencia de Notariado y Registro: 492,

- para disciplinar a los funcionarios judiciales (magistrados, jueces, conjueces, jueces de paz y fiscales): 311,

- para disciplinar a los Generales de la República: 315,

- para disciplinar a los indígenas: 310,

- para disciplinar a los jueces de paz: 492,

- para disciplinar a los magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial: 313,

- para disciplinar a los magistrados de la Corte Constitucional: 313,

- para disciplinar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia: 313,

- para disciplinar a los magistrados del Consejo de Estado: 313,

- para disciplinar a los magistrados del Consejo Nacional Electoral: 315,

- para disciplinar a los miembros de la Comisión de Regulación de Comunicaciones: 315,

- para disciplinar a los ministros del despacho: 312,

- para disciplinar a los notarios: 311,

- para disciplinar a los particulares: 310,

- para disciplinar a los personeros Distritales y Municipales: 492,

- para disciplinar a los Procuradores Auxiliares: 313,

- para disciplinar a los Procuradores Delegados: 313,

- para disciplinar a los servidores públicos del orden nacional: 316,

- para disciplinar a los servidores públicos en general: 311,

- para disciplinar al Alcalde Mayor de Bogotá: 314,

- para disciplinar al Auditor General de la República: 315,

- para disciplinar al Contador General de la Nación: 315,

- para disciplinar al Contralor de Bogotá D.C.: 315,

- para disciplinar al Contralor General de la República: 314,

- para disciplinar al Defensor del Pueblo: 314,

- para disciplinar al Director del Instituto de Estudios del Ministerio Público: 314,

- para disciplinar al Director Nacional de Investigaciones Especiales de la Procuraduría General de la Nación: 314,

- para disciplinar al Fiscal General de la Nación: 313,

- para disciplinar al Gerente del Banco de la República: 314,

- para disciplinar al Personero de Bogotá D.C.: 315,

- para disciplinar al Presidente de la República: 312,

- para disciplinar al Procurador General de la Nación: 313,

- para disciplinar al Registrador Nacional del Estado Civil: 315,

- para disciplinar al Secretario General de la Procuraduría General de la Nación: 313,

- para disciplinar al Secretario Privado de la Procuraduría General de la Nación: 314,

- para disciplinar al Veedor de la Procuraduría General de la Nación: 314,

- para disciplinar al Vicefiscal General de la Nación: 313,

- para disciplinar al Vicepresidente de la república: 312,

- para disciplinar al Viceprocurador General de la Nación: 313,

Componentes

- del debido proceso disciplinario: 321,

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

- ¿cómo se concreta?: 819,

- doctrina con relación a esta causal: 820,

- (error invencible en la causal de justificación): 825,

- es una causal de justificación: 819,

- se encuentra contemplada en el numeral 8º del artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (modificada por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021): 819,
- y error sobre el tipo: 819,

Concepto
- de atipicidad absoluta: 614,
- de atipicidad relativa: 614,
- de función pública: 17 a 21
- de función pública y su utilidad en la ley disciplinaria: 84,
- de ingredientes normativos: 610,
- de ingredientes subjetivos: 611,
- de lesividad: 239,
- doctrinal de la potestad disciplinaria: 183, 184,
- general de potestad disciplinaria: 173
- jurisprudencial de función pública: 17,
- jurisprudencial de potestad disciplinaria: 173
- legal de función pública: 19,
- legislativo de la potestad disciplinaria: 183
- personal sobre la acción disciplinaria: 428
- psicológico de la culpabilidad: 778,
- sobre acción disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación: 442,

Concepto de función pública
- del Consejo de Estado: 17,

Concepto doctrinal
- de función pública: 20,
- de la acción disciplinaria: 428,
- de la potestad disciplinaria: 183,

Concepto jurisprudencial
- de función pública: 17,
- de la Corte Constitucional sobre la acción disciplinaria: 423,

Concepto legal
- de función pública: 19,

Conceptos
- doctrinales de la acción disciplinaria: 428,

Conceptos doctrinales
- de las relaciones especiales de sujeción y su flexibilización de principios constitucionales en el derecho disciplinario: 101,

Conclusiones
- y reflexiones de las relaciones especiales de sujeción: 142,

Conducta
- como elemento del tipo: 609,
- culposa en materia disciplinaria: 380,

Conducta culposa
- en materia disciplinaria: 380, 743,
– visión de la Corte Constitucional: 743,

Congreso General de la República
- como autoridad disciplinaria: 497,

Congruencia
- como principio rector de la Ley Disciplinaria: 405,

Consejo de Estado
- como autoridad disciplinaria del Procurador General de la Nación (evento): 474,
- (perdida de investidura en el): 474,
- y causales de perdida de la investidura: 474,

Consultorio Jurídico de las Universidades
- y derecho a la defensa: 273,

Constitución Política de 1991
- emplea la función pública con dos significados: 22,
- y función pública: 22,

Contradicción
- ubicación y generalidades: 290,

Contraloría General de la República
- en qué consiste su función pública: 55,
- su función pública también ha sido considerada en las sentencias C-529 y C-574 de

noviembre 11 de 1993 en las cuales se ha establecido con claridad la naturaleza y fines: 55,

Control fiscal

- de la Contraloría General de la República: 54,
- es función pública: 54,
- (sujetos de): 55,

Coordinación

- como principio de la función pública: 34,

Coparticipación

- en el derecho disciplinario: 613,
- en la culpabilidad: 733,

Copias

- del pliego de cargos y principio de gratuidad: 338,

Copias del pliego de cargos

- y principio de gratuidad: 338

Corte Constitucional

- (concepto jurisprudencial sobre la acción disciplinaria por parte de la): 423,
- (jurisprudencia acerca de la existencia del bien jurídico tutelado en la): 220, 243, 632,
- (jurisprudencia de las relaciones especiales de sujeción en la): 124,
- (jurisprudencia del principio de gratuidad en la): 340,
- (jurisprudencia del principio de proporcionalidad en la) 401,
- (jurisprudencia del principio de tipicidad en la): 576,
- (la conducta culposa en visión de la): 743,
- y debido proceso respecto de los procesos disciplinarios de los internos: 145,
- y el derecho a la defensa: 279,
- y las relaciones especiales de sujeción: 124,
- y potestad disciplinaria: 125,
- y principio de favorabilidad: 259,

Corte Suprema de Justicia

- como autoridad disciplinaria del Procurador General de la Nación (evento): 474,

Culpa

- (clases en materia sancionatoria y disciplinaria de): 736,
- con representación: 736,
- constituye un ingrediente normativo: 733,
- (elementos de la): 735,
- en el derecho disciplinario: 739,
- en materia disciplinaria: 739,
- (generadores de la): 737,
- sin representación: 736,
- y dolo se encuentran por primera vez definidos en materia disciplinaria: 143,
- y el estudio de su normatividad: 734,

Culpa con representación

- aquí el agente posee un imprudente exceso de confianza para poder evitar el resultado: 737,
- corresponde a la definición legal contenida en el artículo 23 de la Ley 599 de julio 24 de 2000 o el artículo 25 de la Ley 1407 de agosto 17 de 2010: 736,
- (definición de): 736,
- e imprudencia manifiesta: 737,
- se confunde con el dolo eventual: 737,
- y dolo eventual: 737,

Culpa grave

- (la culpabilidad con relación a las sanciones disciplinarias y respecto de las faltas cometidas con): 746,
- y culpa gravísima: 746,

Culpa gravísima

- (la culpabilidad con relación a las sanciones disciplinarias y respecto de las faltas cometidas con): 746,
- y culpa grave: 746,

Culpa por asunción

- con ella se infringe el deber de cuidado cuando alguien sin los conocimientos necesarios realiza un comportamiento que el experto podría practicar sin dificultad: 764,
- consistente en que aceptar un encargo profesional implica el haber evaluado las condiciones técnicas para asumir el asunto, sin que se presente exculpación por no ser conocedor de la especialidad, habida cuenta que 'moral-

mente el abogado está obligado a no aceptar aquellos asuntos para cuyo debido manejo no tenga competencia: 762, 763,

- cultiva la proscrita responsabilidad objetiva y se aleja del respeto por la dignidad humana al desconocer causales de exclusión de inculpabilidad como la del error vencible: 764,

- hay que "tener siempre despierto en nosotros un diligente cuidado para no hacer nada sin consideración, temerariamente y a la buena de Dios, ni sin pensarlo y con negligencia": 762,

- implica que quien asume voluntariamente el reto de administrar lo público se sabe competente e idóneo para ello, de suerte que la afectación sustancial del deber funcional, cuyo origen se encuentra en la ignorancia normativa, puede ocasionar responsabilidad disciplinaria: 764,

- no permite que la causal del error tenga cabida en el derecho disciplinario: 826,

- para que exista en ella "dolo", basta que la persona haya tenido conocimiento de la situación típica aprehendida en el deber que sustancialmente se ha infringido, y haya captado que le corresponde actuar conforme al deber. El conocer ya involucra el querer, pues si conozco y realizo la conducta es porque quiero, lo cual ha sido pregonado por Hruschka al sentenciar que "quien sabe lo que hace, quiere hacerlo" (dolo ponido): 760,

- se presenta cuando una persona acepta un cargo sin haber evaluado si tiene o no las condiciones para desempeñarlo y posteriormente desconoce deberes funcionales, muy especialmente cuando se trata de la actividad pública: 763,

- va en contravía de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria o de inculpabilidad en lo que toca al error invencible: 755,

Culpa sin representación

- aquí el agente incumple los deberes de cuidado o actuó de manera imperita o imprudente: 736,

- corresponde a la primera parte de la definición legal contenida en los artículos 23 y 25 de las Leyes 599 del 24 de julio de 2000 (Código Penal) y 1407 del 17 de agosto de 2010 (Código Penal Militar), al señalar: "La conducta es culposa cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible (...)": 736,

- (definición de): 736,

Culpabilidad

- (clases de dolo en la): 730,

- con relación a las sanciones disciplinarias y respecto de las faltas cometidas con culpa gravísima y con culpa grave: 746,

- (de dónde nace la): 723,

- (doctrina en el tema de la): 752,

- (dolo de propósito en la): 730,

- en el derecho disciplinario: 777,

- en el derecho disciplinario militar: 723, 786,

- en la coparticipación: 733,

- en las codificaciones disciplinarias:723,

- en materia disciplinaria: 723

- (fundamentos de la): 724,

- generalidades: 722,

- (la coparticipación en la): 733,

- (la doctrina en relación con la): 752,

- (soporte de la): 723,

Culpabilidad disciplinaria

- generalidades: 722,

- (el concepto psicológico de la): 778,

- D -

Deber

- funcional y deberes funcionales: 657,

- funcional y el impacto de las conductas de los servidores públicos en el cumplimiento de los deberes estatales: 619,

- lo trascendente en el quehacer del servidor público: 653,

- y deberes funcionales: 657,

Debido proceso

- (componentes del): 321,

- en los procesos disciplinarios de los internos: 145,

- (garantías del): 305,

- se aplica a toda clase de actuaciones administrativas, por lo que no se admite limitación de garantías constitucionales: 146,

- ubicación y generalidades: 301

- y principio de favorabilidad: 307,

- y principio de igualdad: 332, 333,

Debido proceso disciplinario

- (garantías del): 305,

- solo se refiere a los principios del juez natural y a las formas propias de cada juicio:302,

- y principio de favorabilidad: 307,

Defensa material

- (concepto de): 271,

- y derecho a la defensa: 267, 271,

Defensa técnica

- (certificación de idoneidad de la): 275, 278,

- de los estudiantes de los consultorios jurídicos de las universidades: 274, 277,

- ejercida por los estudiantes de los consultorios jurídicos no sería una garantía al mandato constitucional del artículo 277,

- en el derecho disciplinario: 200, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281,

- (el destinatario de la ley disciplinaria puede prescindir de una): 275,

- en el derecho disciplinario no puede ser objeto de matizaciones, flexibilizaciones, morigeraciones, modulaciones o minimizaciones y de interpretación y aplicación con menor rigurosidad que en materia penal, toda vez que ese derecho fundamentador debe aplicarse por igual en cualquier materia que comprenda el derecho sancionador o punitivo del Estado: 279,

- encuentra respaldo en el artículo 29 de la Constitución Política y en las Codificaciones Disciplinarias: 273, 279,

- es un derecho a la voluntad del implicado o destinatario de la Ley disciplinaria: 200, 272,

- fue avalada de manera excepcional para los estudiantes de los consultorios jurídicos en la Sentencia de Unificación SU-044 de febrero 9 de 1995: 280

- ha sido circunscrita por el constituyente al proceso penal y no se ha extendido a otro "tipo de procesos": 282,

- no puede circunscribirse exclusivamente a la valoración académica de la persona: 281,

- no solamente es obligatoria en el terreno penal: 276, 282,

- por la tecnificación de los conocimientos como abogado titulado y especializado o es la que ejercita un abogado titulado y especializado en el área del derecho sancionatorio como lo es el derecho disciplinario: 271,

Defensor de oficio

- de acuerdo con el artículo 74 de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021 se entenderá como defensor público o estudiante del consultorio jurídico de universidad legalmente reconocida: 269,

-es el más llamado a dirigir la defensa técnica de los disciplinados toda vez que las universidades aún no los han preparado en esa subespecialidad del derecho sancionatorio: 277,

- no lo regula la Ley 906 de agosto 31 de 2004: 274,

- (nombramiento del): 272,

- por parte de los estudiantes de los Consultorios Jurídicos: 275

- tiene la obligación de manifestarle al juez disciplinario que su falta de conocimiento puede incidir negativamente en la defensa del disciplinado o que la misma podría resultar violatoria de sus derechos fundamentales: 277,

- y su idoneidad conforme al artículo 3º de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia: 275,

Definición

- de las relaciones especiales de sujeción en un Estado social y democrático de derecho: 121,

Derecho a la defensa

- en la actuación disciplinaria: 271,

- (ubicación y generalidades del): 267, 268,

- y actuación disciplinaria: 271,

- y defensa material: 271,

- y designación de un abogado: 271,

- y la Corte Constitucional: 279,

- y los estudiantes de los consultorios jurídicos de las universidades: 273,

- y los pronunciamientos que con relación a la Ley 734 de febrero 5 de 2002 ha hecho la Corte Constitucional: 279,

Derecho administrativo disciplinario

- (la culpabilidad en el): 777,

- y culpabilidad en el: 722, 777,

Derecho disciplinario

- (adecuación típica en el): 166, 167, 229, 231, 239, 582, 602, 604,
- (aplicación analógica de los principios rectores del derecho penal en el): 211,
- (autonomía del): 158, 167,
- (antijuridicidad material incorpórea en el): 244,
- (aplicación de las causales de ausencia de responsabilidad en el): 847,
- (aplicación del principio de antijuridicidad penal en el): 245,
- (autonomía del): 158,
- (autonomía e independencia del): 143,
- (atipicidad absoluta y relativa en el): 614,
- (bien jurídico tutelado en el): 243,
- (bienes jurídicamente tutelados en el): 243, 249,
- (caducidad, prescripción y extinción en el): 443,
- (causales de ausencia de responsabilidad del Derecho Penal que se aplican en el): 847,
- (causales de exclusión de responsabilidad objetivas y subjetivas que se aplican en el): 680, 788,
- (causales objetivas de exclusión de responsabilidad en el): 680,
- (causales subjetivas o de inculpabilidad en el): 788
- (características de la potestad disciplinaria en el): 160,
- (clases de culpa en materia sancionatoria y en): 730,
- (clases de potestades en el): 730,
- (clasificación de los tipos en el): 612,
- (conducta como elemento del tipo en el): 609,
- (conducta culposa en el): 380,
- (coparticipación en el): 613,
- (defensa material en el): 267, 271,
- (defensa técnica en el): 200, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281,
- (defensor de oficio en el): 269, 272, 274, 275 y 277
- (destinatarios de la Ley Disciplinaria en el): 450,
- disciplinario militar y culpabilidad: 786,
- (el bien jurídico tutelado en el): 35, 212, 240, 243, 246, 389, 538, 543, 571, 624, 631, 632, 639, 640,668, 672, 784, 786,
- (el error en el): 819, s.s.
- (el principio de congruencia en el): 405,
- (el principio de contradicción en el): 290, 292,
- (el principio de coordinación en el): 34,
- (el principio de culpabilidad en el): 292,
- (el principio de favorabilidad y la Corte Constitucional en el): 292,
- es una modalidad del derecho sancionador y que la disciplina de quienes desempeñen funciones públicas encuentra fundamento en las relaciones especiales de sujeción: 143,
- es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio o compromete la libertad de los sujetos disciplinados: 144,
- (extinción, caducidad y prescripción en el): 443,
- (generadores de la culpa en el): 739,
- (impedimento y recusación en el): 549,
- (independencia y autonomía del): 143,
- (la atipicidad en): 613,
- (la coparticipación en el): 613,
- (la culpa con y sin representación en el): 736,
- (la culpa en el): 735,
- (la culpa grave en el): 746,
- (la culpa gravísima en el): 746,
- (la culpa con y sin representación en el): 736, 737,
- (la culpa por asunción *("dolo ponido"* en el): 755, 760, 762, 763, 764, 826, 827,
- (culpa y sus clases en el): 736, 739,
- (la culpabilidad en el): 722, 777,
- (la existencia del objeto, interés o bien tutelado en el): 649,
- (la redacción del principio del debido proceso en el): 303,
- (la "teoría tripartita del dolo graduado y agravado" en el): 371,
- naturaleza y finalidades del derecho disciplinario: 159,
- (no existe protección de bienes jurídicos en el): 249,
- pretende garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos: 155,
- (principio de celeridad en el): 342,
- (principios que confeccionó la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 en su artículo 3º y su finalidad para el): 37,

- (que comprende el): 159,

- (relaciones especiales de sujeción en el): 101, 143,

- tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción:144,

- (tipos en blanco, abiertos o no autónomos en el): 167, 197, 572, 573, 574, 580, 590, 594,

- tutela la buena marcha de la administración en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción: 21,

- (versión libre en el): 105,

- (visión de la Corte Constitucional acerca de la conducta culposa en el): 743,

- y la aplicación del principio de ilicitud sustancial: 244,

- y la Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998 sobre la autonomía del derecho disciplinario: 158,

Derecho disciplinario de la función pública

- es un derecho aflictivo: 21,

Derecho disciplinario estricto

- en él las relaciones especiales de sujeción le conceden la posibilidad a la administración pública para imponer sanciones a sus funcionarios para el logro de sus fines y para el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública: 144,

Derecho disciplinario militar

- (como estamos en materia de antijuridicidad militar en el): 626,

- (la ilicitud o antijuridicidad sustancial en el): 624,

- (la tipicidad en el): 564,

- (y el concepto de antijuridicidad sustancial. Normas de remisión y sus diferenciaciones: 627,

- y culpabilidad: 786,

Derecho disciplinario policial

- y su ilicitud sustancial respecto de la conducta para comprometer los fines de la actividad policial: 640, Jurisprudencia: 632,

Derecho sancionador administrativo

- (culpa en el): 735,

Derecho sancionador de la administración

- (culpa en el): 735,

- se concreta en la facultad que se le atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios: 176

Derecho sancionatorio

- (culpa en el): 735,

Derecho sancionatorio disciplinario

- (culpa en el): 735,

Derechos

- y las relaciones especiales de sujeción no pueden limitarlos: 144,

Derechos fundamentales

- y la limitación de derechos fundamentales: 142,

- y las relaciones especiales de sujeción: 134,

Desarrollo

- de los principios de la función pública: 28,

Desestabilidad

- de la acción penal: 548,

Desistimiento del quejoso

- no extingue la acción disciplinaria: 437,

Destinatarios

- de la acción disciplinaria: 450,

Destinatarios de la acción disciplinaria

- el Procurador General de la Nación de conformidad con lo establecido en el artículo 100 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019: 472,

- el representante legal o miembros de la junta directiva de las personas jurídicas: 467,

- en principio son sujetos activos cualificados: 450,

- lo son aunque se encuentren retirados del servicio: 450,

- (los altos funcionarios del Estado como): 471,

- (los funcionarios de la rama judicial son): 456,

- (los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con participación mayoritaria son): 450, 451,464,

- los indígenas que administren recursos del Estado (art, 25 Ley 1952 del 28 de enero de 2019): 459,

- (los notarios a que se refiere el artículo 75 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 son): 470,

- los particulares de que trata el artículo 53 del C.D.U., conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002: 453,

- (los servidores públicos son): 451,

- (quienes administren recursos públicos oficiales son): 451,

- son sujetos activos cualificados: 450,

Diferencias

- entre la acción penal y la acción disciplinaria: 540,

- y semejanzas entre la acción penal y la acción disciplinaria: 547,

Doctrina

- acerca de las diferencias y semejanzas entre la acción penal y la acción disciplinaria: 547,

- en relación con la culpabilidad: 752,

- nacional de las relaciones especiales de sujeción: 118,

- sobre la ilicitud sustancial: 650,

Doctrina internacional

- acerca de las relaciones especiales de sujeción: 113,

Doctrina nacional

- de las relaciones especiales de sujeción: 118,

- y extranjera sobre el principio de tipicidad en materia disciplinaria: 575,

Doctrinantes

- en Colombia de las relaciones especiales de sujeción: 101,

Dolo

- constituye un ingrediente normativo que al no encontrarse completamente construido en las codificaciones disciplinarias, tenemos que complementarlo en todas sus características con la normativa, la doctrina y la jurisprudencia atinentes a las codificaciones disciplinarias:734,

- en el derecho disciplinario no está referido al conocimiento y voluntad sino que se resuelven en el concepto de previsión efectiva: 131, 143,

- y culpa se encuentran por primera vez definidos en materia disciplinaria: 143,

Dolo de daño

- se presenta cuando la conducta desplegada por el sujeto activo de la infracción, mediante una conducta típica, causa un daño efectivo al objeto material: 732,

Dolo de ímpetu

- (características del): 731,

- (cuando se presenta el): 731,

- puede coincidir con el dolo inicial: 731,

Dolo de lesión

- resulta cuando la conducta típica vulnera de manera efectiva el objeto o el bien jurídico tutelado: 732,

Dolo de peligro

- se puede vislumbrar cuando la conducta tan solo pone en peligro el bien jurídico protegido, sin que se exija su efectiva lesión o violación: 732,

Dolo directo

- (cuando se presenta el): 732,

- se presenta cuando el resultado de la conducta corresponde a la dirección inicial de la voluntad del agente o como lo afirmaba el doctor Alfonso Reyes Echandía *(q.e.p.d.),* cuando "hay perfecta correspondencia entre la voluntad del agente y el resultado de su conducta: el sujeto quería matar a su enemigo y efectivamente lo hizo; quería expresa e inequívocamente estafar a *Pedro* y lo logró en realidad": 732,

Dolo específico

- (cuando se presenta el): 731,

- es aquel que requieren ciertas infracciones para que en la descripción típica se exija al agente una determinada y específica finalidad, la cual se conoce dentro de la estructura de la tipicidad como **ingrediente subjetivo**, aspecto este que forma parte de la teoría finalista del derecho penal, ya que si bien es cierto que el dolo se predica de la culpabilidad y en el finalismo los ingredientes subjetivos se examinan dentro del tipo, se podría decir que los ingredientes subjetivos se pueden unir en sede de tipicidad para concretarse esta posición doctrinaria cuando se mida la culpabilidad como criterio para determinar la gravedad o levedad de la falta y para **erradicar la teoría** de los *numerus apertus* de la aplicación e interpretación de **esta clase de tipos con ingrediente subjetivo**, habida consideración que los comportamientos o conductas en las que se describan **"ingredientes subjetivos"**, **no pueden transformarse en conductas culposas, por aplicación de la teoría de los *"numerus apertus"***. Algunos tratadistas confirman esta posición con el advenimiento del artículo 3 de la Ley 1437 de enero 18 de 2011: 731, 732,

Dolo eventual o indirecto

- (cuando se presenta el): 732,

- existe cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea pero cuya producción consiente, en última instancia corriendo el riesgo de causarlo:732,

- se clarifica en el preciso momento en que la realización de la conducta no constituye el resultado querido por quien realiza la acción, pero lo ha previsto como posible. Esta clasificación del dolo se encuentra consagrada en el artículo 22 del Código Penal de 2000, cuando textualmente expresa: "*La conducta es dolosa ..., cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar"*: 732,

Dolo genérico

- es el que está presente en todas las infracciones de carácter *intencional,* de donde se infiere que el sujeto activo de la infracción quiere la conducta *típica y antijurídica* (antijuridicidad o ilicitud sustancial): 731,

Dolo posterior

- (como se manifiesta el): 731,

- no es convalidado por considerar que el dolo debe estar presente en las conductas sancionables y por lo tanto no podía existir, pues el actuar doloso es algo inescindible y constituye presupuesto naturalístico del resultado de una acción u omisión, nunca fenómeno ulterior a la ejecución del hecho: 731,

- o de ejecución después del hecho: 731,

Dolo de propósito

- (características del): 730,

Dolo en materia disciplinaria

Duda

- y certeza en el principio de presunción de inocencia: 298,

- E -

Economía

- como principio de la función pública: 32,

Eficacia

- como principio de la función pública: 31,

Eficiencia

- como principio de la función pública: 33,

Ejercicio

- y autoridades que ejercen la acción disciplinaria: 474,

Elementos

- de la culpa: 735,

- de la potestad disciplinaria: 163

- del tipo: 605,

Elementos de la culpa

- (conducta constitutiva de acción u omisión como uno de los): 735,

- (contrariedad o afectación del objeto, interés o bien jurídico tutelado como uno de los): 735,

- (relación de causalidad entre la conducta del agente y la vulneración del interés jurídico como uno de los): 736,

Elementos del tipo

- (la conducta como elemento del tipo: 609,

- (sujeto activo como elemento del tipo: 605,
- (sujeto pasivo como elemento del tipo: 609,

En cumplimiento de orden legitima de autoridad competente emitida con las formalidades legales

- como causal de justificación de la conducta: 696,
- (definición de la causal de justificación): 696,
- elementos: 696,

En cumplimiento estricto de un deber constitucional o legal

- como causal de justificación de la conducta: 683,

En ejercicio de un derecho

- como causal de justificación de la conducta: 715,

En situación de inimputabilidad

- algún sector de la doctrina no la aceptan como causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria: 838,
- debe estar relacionada con el deber funcional que se estima incumplido, el que en principio es susceptible de merecer la imposición de una sanción disciplinaria: 839,
- en materia disciplinaria se relaciona con el trastorno mental o estados similares, pues aquellas derivadas por inmadurez psicológica o diversidad sociocultural, los indígenas, de conformidad con el inciso 2 del artículo 25 del C.D.U. (artículo 25 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019), son sujetos disciplinables: 839,
- en materia disciplinaria y en el derecho penal: 838,
- en materia disciplinaria y solo se puede presentar después de haberse adquirido la condición de servidor público, trabajador oficial o del ejercicio de funciones públicas, precisamente porque para la posesión, suscripción contractual o adquisición de

funciones públicas, la persona tiene que estar en completo entendimiento y comprensión de los deberes funcionales. Es decir, en completa madurez psicológica. Por ello, cuando opere algún fenómeno que impida el cumplimiento de los deberes funcionales, la inimputabilidad tendrá que concretarse en sede de culpabilidad. Por consiguiente, para nosotros constituye una causal subjetiva de exención de responsabilidad que, obviamente, deberá resolverse llegado el momento de valorar la culpabilidad: 846,
- en materia penal es objeto de imposición de una sanción: 839,
- es extraordinaria y excepcional: 839,
- es una causal de exclusión de responsabilidad: 838, 841,
- implica una afectación de la capacidad del individuo: 839,
- no se reconoce cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento: 847,

Enunciado

- y alcance de la potestad de mando: 164,

Error

- de derecho vencibles: 753, 770, 789, 820, 822, 837,
- de hecho vencible: 788, 789,
- de hecho o de tipicidad: 753, 822,
- de hecho y de derecho: 820, 822, 827,
- de prohibición: 821, 822, 830, 834, 837,
- de prohibición evitable o inevitable: 703, 822,
- de tipo: 821, 822, 830, 834,
- e ignorancia: 830,
- es una forma de ignorancia: 830,
- indirecto: 831,
- invencible: 791, 822, 825,
- invencible o inevitable: 791, 822, 825,
- mixto: 754, 820, 822,
- sobre el bien jurídico tutelado: 819,
- sobre el objeto material: 819,
- sobre el tipo: 819,
- sobre la conducta o circunstancias de la misma: 819,
- sobre la existencia de la falta disciplinaria: 819,
- sobre los elementos especiales del tipo: 820,
- vencible o evitable: 766, 791,

Estado de necesidad

- como causal de exclusión de responsabilidad disciplinaria: 709,
- (requisitos del): 709,

Estado social de derecho
- y principio de igualdad: 333,

Estudiantes de los consultorios jurídicos de las universidades
- (derecho a la defensa y los): 273,

Excepción
- en el principio de la cosa juzgada: 365,

Executio
- como elemento de la potestad disciplinaria: 164

Existencia de falta disciplinaria
- y acción disciplinaria: 549,

Existencia del bien jurídico tutelado
en materia disciplinaria. Jurisprudencia: 632,

Existencia del objeto, interés o bien jurídico
en materia sancionatoria y definitivamente en el campo del derecho disciplinario. 649,

Extinción
- caducidad y prescripción de la acción disciplinaria: 443,

Extinción de la acción disciplinaria
- (causales en que opera la): 445,
- (la muerte del investigado y la prescripción como causales de): 445,

- F -

Falta disciplinaria
- (existencia de la): 549,

Favorabilidad
- e irretroactividad: 254,

Finalidad
- de la acción disciplinaria: 367, 441,
- del principio de legalidad: 231,

Finalidades
- de la función pública: 39

Fines
- o funciones de la sanción disciplinaria y lesividad: 387,

Flexibilidad
- de principios constitucionales en el derecho disciplinario por las relaciones especiales de sujeción: 105, 108, 109, 110, 111,

Flexibilización
- de los principios por aplicación de la teoría de las relaciones especiales de sujeción: 107,
- de principios constitucionales en el derecho disciplinario: 101, 109,

Fuentes
- del principio de contradicción: 291,

Fuero
- y juicio de igualdad: 330,

Fuerza mayor o caso fortuito
- características principales: 789,
- clases: 725
- como causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria: 788,
- como conceptos de igual significación: 788, 793,
- (¿cuál es la falta típica que se justifica en la): 802,
- deben ser tratados como fenómenos diversos: 797,
- definiciones: 802,
- (doctrina con relación a la): 792,
- (elementos de la): 792,
- en la Ley 1952 del 28 de enero de 2019,
- las dos son eximentes de responsabilidad: 798,
- relevancia en el derecho penal y en el derecho disciplinario: 790,
- (requisitos esenciales para la configuración de la): 799,

- son eximentes de responsabilidad: 797,

- son un imprevisto al que no es posible resistir: 799,

Fuerza Pública (Fuerzas Militares y Policía Nacional)

- como autoridad disciplinaria: 497,

Fuerzas Militares

- (competencia en las): 497,

Función

- de prevención de las sanciones disciplinarias: 392,

Función administrativa

- (cómo está determinada la naturaleza de la): 40

- (dónde se encuentra prevista la): 41

- es el contenido y la función pública es el continente: 41

- es inherente al poder del Estado, de la misma manera que lo son la función pública de las ramas legislativa y judicial: 41

- es la forma con la cual el Estado se expresa y manifiesta: 41

- es siempre actividad del poder estatal, sea que se realice por órganos o autoridades públicas o por particulares: 40

- es una de las clases de función pública: 25, 41

- es una de las funciones del poder público, o sea, una clase de función pública, de modo que el género es función pública y una de sus especies es la función administrativa: 40

- es una especie dentro del género de función pública: 44,

- está al servicio de los intereses generales: 40,

- diferencia con la función pública: 40

- se inscribe en la función ejecutiva: 40,

- (principios, objeto y control de la): 27,

- principios que la fundamentan: 27,

- y función pública: 39

- y servicio público: 41, 83,

- debe entenderse en tres sentidos: general negativa, especial negativa y especial positiva: 392,

Función pública

- (alcance de la): 50,

- atañe al conjunto de funciones que cumple el Estado, a través de los órganos de las ramas del poder público, de los órganos autónomos e independientes y de las demás entidades o agencias públicas en orden a alcanzar sus diferentes fines: 44,

- atribuida a un particular: 87,

- (bases constitucionales de la): 25,

- (colaboración como principio de la): 34,

- como bien jurídico tutelado: 35,

- como ingrediente normativo: 84,

- como manifestación soberana: 39,

- como se garantiza: 39,

- como tal remite a la idea del cumplimiento de los fines del Estado: 23,

- (concepto de): 17, 18,

- (concepto legal de): 19,

- (concepto doctrinal de): 20,

- (concepto jurisprudencial de): 17,

- como bien jurídico protegido:35,

- debe ser ejercida y confiada a personas con un mínimo de conocimientos de lo público: 39,

- depende de la idea que cada uno se haga del Estado: 18,

- (desarrollo de los principios que dirigen la): 28,

- diferencia con el servicio público: 41, 42,

- (el control fiscal es): 81,

- en el derecho francés y en el derecho colombiano: 24,

- en el derecho administrativo español: 25,

- en Francia: 24,

- en sentido restringido se refiere al conjunto de principios y reglas que se aplican a quienes tienen vínculo laboral subordinado con los distintos organismos del Estado: 63,

- es el género: 40,

- es potestad inherente al Estado: 77,

- es todo lo que atañe al Estado: 43,

- es toda actividad ejercida por el Estado: 18,

- es un ingrediente normativo: 84,

- es una expresión constitución homófona: 25,

- este término no debe quedar a la imaginación o discrecionalidad de los intérpretes o dispensadores de justicia: 85,

- (eventos en que es posible la asignación de): 64,

- excepcionalmente puede ser ejercida por un particular: 76,

- (finalidades de la): 39

- (finalidades de la): 39,

- (fundamento axiológico que dirige la): 26,

- (garantía de la): 38,

- 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: 137,

- (génesis del término de): 23,

- goza de naturaleza constitucional y legal: 26, 27,

- instrumentos normativos: 51,

- involucra a toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares: 50,

- (la administración de justicia es): 40,

- (listado de): 93, s.s.

- (los árbitros ejercen una): 70,

- (naturaleza jurídica de la): 26,

- no puede jamás concebirse como análoga a la de un particular: 42, 50,

- no solo pertenece al derecho administrativo para significar la relación que une al servidor público con la administración: 50,

- (no todo agente natural del Estado comporta una): 20,

- (noción de): 44,

- (origen de la): 18, 23,

- participa del poder del Estado: 42, 79,

- (por quien es ejercida la): 17,

- principios que deben ser observados: 29,

- (que se entiende por):19, 21,162,

- (quien otorga la): 52,

- (respaldo de la): 27,

- se ha reducido al ámbito del derecho administrativo: 41,

- se manifiesta a través de mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, el ejercicio de la autoridad inherente del Estado: 23,

- se garantiza salvaguardando los principios, fines y funciones que establecen las disposiciones constitucionales y legales: 39,

- se sitúan en planos distintos: 22,

- según el Diccionario de la Lengua Española: 18,

- significa una actividad del Estado que no puede jamás concretarse como análoga a la de un particular: 41, 42,

- (significado de los principios que deben ser observados en cumplimiento y ejercicio de la): 29,

- (significados en la Constitución Política de): 6, 9

- tiene génesis en el derecho público francés: 23,

- su atribución a los particulares es competencia exclusiva de la ley: 85,

- su utilidad en la ley disciplinaria: 84,

- sus bases constitucionales y del poder disciplinario: 25,

- (utilidad de la): 84,

- y Constitución Política: 25, 50,

- y buena fe: 33,

- y el derecho público francés: 23,

- y dos significados diferentes: 22,

- y el control fiscal: 40,

- y el ejercicio del control fiscal: 54,

- y el servicio público de transporte terrestre: 42,

- y el servicio público en la Sentencia C-037 del 28 de enero de 2003: 49,51,

- y los conceptos de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios: 49,

- y función administrativa: 24, 25, 39, 40, 41,

- y funciones públicas: 24, 44,

- y la administración de justicia: 40, 43,

- y las conductas corruptas: 36,

- y los principios de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011: 37,

- y otras actividades estatales: 79,

- y relaciones especiales de sujeción: 20, 121,

- y servicio público: 22, 41, 42, 43, 49, 50, 82,

- y servicio público de acuerdo con la Constitución Política: 43,

- - y servicio público de acuerdo con los conceptos C-187, C-188 y C-189 de 2011 (PGN):

Funcionarios de la rama judicial

- (titularidad de la acción disciplinaria para los): 438,

Funcionarios elegidos por elección popular

- se mezclan funciones jurisdiccionales y funciones administrativas: 189,

- y la Sentencia C-030 del 16 de febrero de 2023: 189,

Funcionarios judiciales (magistrados, jueces, conjueces, jueces de paz y fiscales)

- (titularidad de la acción disciplinaria para los): 438,

Funciones

- administrativas y funciones jurisdiccionales: 189,

- funciones administrativas y no jurisdiccionales de la Procuraduría General de la Nación: 190,

Funciones administrativas y funciones jurisdiccionales

Se mezclan en la rama ejecutiva del poder público para disciplinar a los funcionarios elegidos por elección popular: 189,

Funciones jurisdiccionales

- y potestad disciplinaria: 189,

Funciones misionales

Funciones públicas

- (cuales son las): 25,

- de los particulares: 44, 59,

- por regla general, les corresponden a los servidores públicos y sólo excepcionalmente se pueden encargar a los particulares en la forma como ya se destacó en el inciso 3º del artículo 123 de la Constitución Política, caso en el cual los particulares que prestan un servicio público, jurisprudencialmente ha dicho la Corte que ellos se encuentran sometidos "exactamente a los mismos controles que los servidores públicos": 82,

- se predica no solo de las personas que se vinculan con el Estado sino también de los particulares: 80,

- su ejercicio no puede estar despojado de los necesarios controles ni hallarse exento de las responsabilidades que sí mismo implica: 64,

- y función pública: 24, 44,

- y la calificación que les da la Constitución Política: 44,

Fundamento

- constitucional del principio de motivación: 354,

- de la imputación disciplinaria: 139, 140, 144,

- del principio de favorabilidad: 253,

Fundamento axiológico

- de los principios constitucionales de la función pública: 28,

- que dirige la función pública: 26,

Fundamento de la imputación disciplinaria

- es la necesidad de realizar los fines estatales: 139, 140, 144,

- G -

Garantía

- de la función pública: 38,

- de la acción disciplinaria para el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo: 441,

Garantías

- del principio del principio del debido proceso: 305, 320,

Generadores

- de la culpa: 737,

Generadores de la culpa

- (la impericia como uno de los elementos): 738,

- (la imprudencia como uno de los elementos): 738,

- (la inobservancia de los reglamentos y órdenes como uno de los elementos): 739,

- (la negligencia como uno de los elementos): 737,

Generalidades

- de la culpabilidad: 722,

- de la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea de la ley disciplinaria: 614,

- de la potestad disciplinaria: 151,

- del principio de celeridad: 342,

- del principio de cláusula de exclusión: 407,

- del principio de congruencia: 405,

- del principio de contradicción: 290,

- del principio de culpabilidad: 371,

- del principio de igualdad: 324,

- del principio de favorabilidad: 250,

- del principio de la cosa juzgada: 362,

- del principio de la gratuidad de la actuación disciplinaria: 335,

- del principio de la ilicitud o antijuridicidad sustancial: 236,

- del principio de la interpretación de la ley disciplinaria: 359,

- del principio de la investigación integral: 403,

- del principio de legalidad: 229,

- del principio de los fines o función de la sanción disciplinaria: 387,

- del principio de motivación: 353,

- del principio de presunción de inocencia: 293,

- del principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria: 392,

- del principio del debido proceso: 301,

- del principio del derecho a la defensa: 267, 268,

- del principio del efecto general e inmediato de las normas procesales: 414,

- I -

Igualdad

- como principio de la función pública: 29,

Ilícito disciplinario

- es la afectación sustancial del deber funcional: 619,

Ilícito en el ámbito disciplinario

- es la afectación sustancial del deber funcional: 619,

Ilicitud o antijuridicidad sustancial (o afectación del deber funcional), lesividad y bienes jurídicos tutelados

- en el derecho disciplinario: 630,

Ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea en la Ley Disciplinaria

- en el derecho disciplinario: 614, 630,

- en el derecho disciplinario militar: 624,

- en la ley 1952 del 28 de enero de 2019: 616,

- en la ley disciplinaria: 614,

- (generalidades de la): 614,

- (jurisprudencia del bien jurídico tutelado en la): 632,

- (la Procuraduría General de la Nación con relación a la): 649,

- posiciones doctrinarias: 650,

- (referente material en la): 621,

- ubicación y generalidades: 614 y s.s.

- y el artículo 5º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019: 617,

- y el artículo 9º de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019: 616,

- y principios rectores de la Ley Disciplinaria: 212,

Ilicitud o antijuridicidad sustancial o material

- en el derecho disciplinario militar: 624,

- (jurisprudencia del bien jurídico tutelado en la): 632,

- (la Procuraduría General de la Nación con relación a la): 649,

- posiciones doctrinarias: 650,

Ilicitud sustancial

- (autonomía y valoración por la): 167,

- desde la óptica de la antijuridicidad material: 244,

- en el derecho disciplinario: 614, 630,

- en el derecho disciplinario militar: 624,

- (jurisprudencia del bien jurídico tutelado en la): 632,

- (la Procuraduría General de la Nación con relación a la): 649,

- posiciones doctrinarias: 650,

- respecto de la conducta para comprometer los fines de la actividad policial: 640, Jurisprudencia: 632,

- su valoración y autonomía del derecho disciplinario: 167,

- y bien jurídico tutelado conforme a alguna jurisprudencia de la Corte Constitucional : 243, 632,

- y lesividad. Observaciones: 239,

Ilicitud sustancial disciplinaria

- en el derecho disciplinario militar: 624,

- (la Procuraduría General de la Nación con relación a la): 649,

- posiciones doctrinarias: 650,

- respecto de la conducta para comprometer los fines de la actividad policial: 640, Jurisprudencia: 632,

- su valoración y autonomía: 167,

Imparcialidad

- como principio de la función pública: 32,

Impericia

- como elemento generador de la culpa: 738,

- consiste en la insuficiente aptitud para el ejercicio de un arte o profesión; en la falta de aquella habilidad que requieren determinadas funciones: 738,

- es la carencia de capacidad, idoneidad y experiencia consideradas mínimas para el adecuado desarrollo de actividades que pueden afectar los bienes jurídicamente tutelados. En algunas oportunidades el Estado, a través de los correspondientes actos idóneos, señala las pautas indispensables para el cumplimiento de determinadas actividades, para lo cual establece controles, exige estudios especiales, otorga licencias, condiciona las actuaciones, prevé requisitos, etc. La inhabilidad está, pues, en la base de la impericia; ella se refiere, en general, a la falta de técnica ordinariamente exigida para el adecuado desarrollo de una adecuada actividad. Un ingeniero se muestra imperito cuando diseña un edificio sin el empleo de la técnica correcta para el cálculo de resistencia de los materiales que habrán de utilizarse en su construcción; un médico lo será, cuando interviene quirúrgicamente a su paciente con una técnica operatoria desueta: 738,

- es uno de los elementos generadores de la culpa: 737,

- falta de pericia, habilidad o experiencia; inexperiencia, torpeza, ineptitud, incapacidad e incompetencia: 738,

Improcedencia

- de la acción disciplinaria: 529, s.s.

Imprudencia

- como elemento generador de la culpa: 738,

- constituye una sobrevaloración, sin ninguna justificación, de los medios puestos a disposición de la persona, o de las capacidades personales del sujeto para que afronte de manera favorable el desarrollo de un evento cualquiera: 738,

- es un obrar sin aquella cautela que según la experiencia corriente debemos emplear en la realización de ciertos actos; es un comportamiento inadecuado que resulta de una respuesta inmediata al estímulo que la provoca sin la necesaria valoración sobre la conveniencia o inconveniencia, oportunidad o inoportunidad de la reacción y, desde luego, sin la conveniente graduación de la intensidad de la respuesta. Se trata, pues, de una falla sicológica, concretamente de la esfera intelectiva, que lleva a obrar sin las precauciones debidas en el caso concreto. Es imprudente el conductor que guía su vehículo a velocidad excesiva por una calle intensamente concurrida: 738,

- o ausencia de precaución; falta de cautela, moderación o discernimiento; irreflexión, precipitación, indiscreción, inoportunidad, insensatez e irresponsabilidad: 738,

Impulso

- y oficiosidad en el procedimiento disciplinario: 344,

Imputación disciplinaria

- (fundamento de la): 144,

- su fundamento consiste en la "necesidad de realizar los fines estatales", lo cual "le impone un sentido al ejercicio de la función pública

por las autoridades"; "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: 144,

Independencia

- de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta: 423,
- de la acción disciplinaria: 423, 535,

Indesistibilidad

- de la acción disciplinaria: 438,

Ingredientes especiales del tipo

- en el derecho disciplinario: 610,

Ingredientes normativos

- como ingredientes especiales del tipo: 610,
- de contenido extrajurídico: 611,

Ingredientes subjetivos

- como ingredientes especiales del tipo: 610,
- (concepto y finalidad): 611,

Inicio

- de la acción disciplinaria:422, 529, s.s.

Inmediación

- y principio de celeridad: 345,

Inobservancia de reglamentos y órdenes

- es uno de los elementos generadores de la culpa: 739,
- no se comprenden los consejos o recomendaciones, por estar éstos por fuera de la órbita obligatoria de quienes se someten a ellos y no estar conformes con el principio de legalidad contemplado en los estatutos punitivos: 739,
- se llega también por las vías de la negligencia o de la imprudencia y en ocasiones por la falta de conocimiento sobre su significado como podría ocurrir respecto de los símbolos utilizados para regular el tránsito vehicular:739,

Insuperable coacción ajena o miedo insuperable

- como una de las causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria: 804,
- consiste en el constreñimiento físico o psíquico que se ejerce sobre una persona para obligarla a hacer u omitir un acto: 807,
- cuando la coacción ajena no alcance el grado de insuperable, tal circunstancia deberá tenerse en cuenta, bien para la calificación de la falta (grave o leve cuando se admita tal circunstancia), o bien para determinar el grado de reproche, y, por ende, los criterios para deducir la sanción disciplinaria a imponer. Esto último, por cuanto en el evento de la coacción ajena no alcance a ser insuperable, la imputación dolosa deberá mantenerse, pues sería incorrecto afirmar, que, si la coacción ajena es superable, tal condición convierte el comportamiento en culposo: 806,
- doctrina con relación a esta causal: 804,
- fases del miedo insuperable: 814,
- requisitos: 805, 813,
- son causales de inculpabilidad: 804,
- supuestos fácticos de esta causal: 811,

Interpretación

- de la Ley Disciplinaria: 359,
- y aplicación de los principios rectores de la ley disciplinaria: 201,

Interventores

- (responsabilidad disciplinaria de los): 90,

Investigación integral

- como nuevo principio rector del Código General Disciplinario: 403,

Investigación integral

- (dimensión del principio de): 405,
- (principio de la): 403,
- (ubicación y generalidades del principio de la): 403,
- y el principio de imparcialidad como su complemento: 405,

Irretroactividad

- y principio de favorabilidad: 254,

- J -

Judicio

- como elemento de la potestad disciplinaria: 164,

Juez disciplinario

- Así lo vienen llamando las Sentencias C.S.J. Sala Plena de marzo 7 de 1985. Magistrado Ponente Manuel Gaona Cruz; C-429 de mayo 2 de 2001. Demandante Jesús Emilio Gómez Jaramillo. Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería. Expediente D-2941; T-412 de mayo 22 de 2004. Demandante Sandra Mora Moncaleano, Magistrado sustanciador Rodrigo Escobar Gil. Expediente T-1266441; T-1093 de noviembre 4 de 2004. Demandante Gerardo Ramón de los Ríos Chavarriaga y otros. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente T-791349; C-720 de agosto 23 de 2006. Demandante Sandra Vargas Leaño. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-5968; C-987 de noviembre 29 de 2006. Demandante Sandra Mónica Cardozo Rojas. Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla. Expediente D-6273; T-007 de enero 18 de 2013. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Expedientes T-3.496.735 y T-3.578.059 y Concepto C-102 de agosto 24 de 2011 de la Procuraduría Auxiliar para Asuntos Disciplinarios Juan Carlos Novoa Buendía: 85,

Juez natural

- y observancia forma y material de las normas rituales del proceso disciplinario: 309,

Juez natural disciplinario

- (competencia del): 309,

Juicio estricto

- de igualdad; 330,

Juicio intermedio

- de igualdad; 330,

Juicio leve

- de igualdad; 329,

Jurisprudencia

- acerca de la existencia del bien jurídico tutelado: 632,

- acerca de la función pública (concepto): 17,

- acerca de la potestad disciplinaria: 173,

- acerca de las relaciones especiales de sujeción: 105,

- acerca de los numerus apertus: 571, 574,

- acerca del principio de tipicidad: 576,

- de la Corte Constitucional que confunde "numerus apertus" con tipos abiertos en blanco: 574,

- de la Corte Constitucional sobre el bien jurídico: 243,

- de la Corte Constitucional sobre el principio de gratuidad: 340,

- de la Corte Constitucional sobre el principio de ilicitud sustancial: 632,

- de la Corte Constitucional sobre el principio de proporcionalidad: 401,

- del Consejo de Estado sobre el principio de motivación: 356,

Jurisprudencia de la Corte Constitucional

- con relación a la acción disciplinaria: 423,

- que confunde *numerus apertus* con tipos abiertos en blanco o remisivos: 574,

- L -

Lesividad

- e ilicitud sustancial. Observaciones: 239,

- esa expresión es propia del derecho penal como mecanismo de control social que tiene como fundamento la protección de bienes jurídicos tutelados cuyo contenido viene dado por los derechos fundamentales: 248

- intrínseca y bienes jurídicos tutelados en la Sentencia C-284 del 1º de junio de 2016: 168,

Lesividad intrínseca

- y la Sentencia C-284 del 1º de junio de 2016: 631, 632,

Ley 200 del 28 de julio de 1995

- con relación al principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria: 394,

Ley 734 de febrero 5 de 2002

- con relación al principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria: 394,

- no contiene redactado el principio de contradicción: 290,

Ley 1015 de febrero 7 de 2006

- si contiene redactado el principio de contradicción: 290,

- y los principios rectores: 193,

Ley 1123 de enero 22 de 2007

- no contiene redactado el principio de contradicción: 290,

- y la acción disciplinaria: 423, s.s.

- y la culpabilidad: 722, s.s.

- y la dignidad humana: 145,

- y la función pública: 27, s.s.

- y la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 614, s.s.

- y la jurisprudencia del bien jurídico protegido: 632, s.s.

- y la potestad disciplinaria: 152, s.s.

- y la teoría de la falta disciplinaria: 551, s.s.

- y la tipicidad: 551, s.s.

- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.

- y los principios rectores: 193, s.s.

- y las causales de ausencia de responsabilidad y la aplicación de las contenidas en la Ley 599 de 24 de julio de 2000 (Código Penal) en las Codificaciones Disciplinarias: 851, s.s.

- y las relaciones especiales de sujeción: 101, s.s.

Ley 1437 del 18 de enero de 2011

-como complemento axiológico a la Ley 1437 del 18 de enero de 2011, el inciso 1º de su artículo 3º, advierte: "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": 26,

- conforme a su artículo 3, en materia administrativa sancionatoria se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas: 15, 26,

-señala que todas las autoridades deberán interpretar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política…"; que "las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso…" y que "en virtud del principio del debido proceso… en materia administrativa sancionatoria, se observará adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones…": 15,

- sus principios tienen como finalidad el cumplimiento de los fines estatales:37,

- sus principios tienen como finalidad y ámbito de aplicación, el cumplimiento y funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares, lo cual coincide con el mandato constitucional del artículo 209 y que la misma Ley desarrolla en su artículo 3º: 37,

- y debido proceso: 26,

- y lo principios de la función pública: 37,

Ley 1828 del 23 de enero de 2017

- si contiene redactado el principio de contradicción: 290,

- y el poder disciplinario preferente: 499, s.s.

- y la culpabilidad: 722, s.s.

- y la función pública: 27, s.s.

- y la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 614, s.s.

- y la jurisprudencia del bien jurídico protegido: 632, s.s.

- y la potestad disciplinaria: 152, s.s.

- y la teoría de la falta disciplinaria: 551, s.s.

- y la tipicidad: 551, s.s.

- y las causales de ausencia de responsabilidad y la aplicación de las contenidas en la Ley 599 de 24 de julio de 2000 (Código Penal) en las Codificaciones Disciplinarias: 851, s.s.

- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.

- y las relaciones especiales de sujeción: 101, s.s.

- y los principios rectores: 193,s.s.

Ley 1862 del 4 de agosto de 2017

- y el poder disciplinario preferente: 499, s.s.

- y la acción disciplinaria: 423, s.s.

- y la aplicación de las causales de ausencia de responsabilidad del Código Penal y Penal Militar en materia disciplinaria: 847, s.s.

- y la culpabilidad: 722, s.s.

- y la culpabilidad en el derecho disciplinario militar: 786, s.s.

- y la dignidad humana: 145, 202,

- y la función pública: 27,s.s.

- y la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 614, s.s.

- y la jurisprudencia del bien jurídico protegido: 632, s.s.

- y la potestad disciplinaria: 152, s.s.

y la teoría de la falta disciplinaria: 551, s.s.

- y la tipicidad: 551, s.s.

- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.

- y los principios rectores: 193, s.s.

- y las causales de ausencia de responsabilidad y la aplicación de las contenidas en la Ley 599 de 24 de julio de 2000 (Código Penal) en las Codificaciones Disciplinarias: 851, s.s.

- y las relaciones especiales de sujeción: 101, s.s.

Ley 1952 del 28 de enero de 2019

- no contiene redactado el principio de contradicción: 290,

- y el debido proceso: 317,

- y la acción disciplinaria: 423, s.s.

- y la culpabilidad: 722, s.s.

- y la fuerza mayor y el caso fortuito: 803,

- y la función pública: 27, s.s.

- y la ilicitud sustancial en materia disciplinaria: 614, s.s.

- y la jurisprudencia del bien jurídico protegido: 632, s.s.

- y el poder disciplinario preferente: 499, s.s.

- y la potestad disciplinaria: 152, s.s.

- y la teoría de la falta disciplinaria: 551, s.s.

- y la tipicidad: 551, s.s.

- y la teoría tripartita del dolo graduado y agravado: 371,

- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.

- y las relaciones especiales de sujeción: 101, s.s.

- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.

- y los principios rectores: 193, s.s.

- y nuevos principios rectores: 403,

Ley 2094 del 29 de junio de 2021

- en su artículo 74 determina que debe entenderse la acepción "defensor de oficio" como defensor público o estudiante del consultorio jurídico de universidad legalmente reconocida: 269,

- separación de roles y funciones en el proceso disciplinario: 301,

- y el debido proceso: 317,

- y la doble conformidad: 301,

Ley 2196 del 18 de enero de 2022

- si contiene redactado el principio de contradicción: 290,

- y el poder disciplinario preferente: 499, s.s.

- y la acción disciplinaria: 423, s.s.

- y la culpabilidad: 722, s.s.

- y la dignidad humana: 145, 202,

- y la función pública: 27, s.s.

- y la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 614, s.s.

- y la jurisprudencia del bien jurídico protegido: 632, s.s.

- y la potestad disciplinaria: 152, s.s.

- y la teoría de la falta disciplinaria: 551, s.s.

- y la tipicidad: 551, s.s.

- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.

- y las posiciones doctrinarias con relación a la ilicitud o antijuridicidad sustancial o material incorpórea: 650, s.s.

- y las relaciones especiales de sujeción: 101, s.s.

- y los principios rectores: 193, s.s.

Ley adjetiva

- y principio de favorabilidad: 255,

Ley disciplinaria

- (principio de igualdad ante la): 324,
- (utilidad de la función pública en la): 84,
- y principio de favorabilidad: 254,

Ley excepcional

- y ley temporal: 255, 418,

Ley preexistente

- y los principios de legalidad y tipicidad: 232, 233,

Ley sustantiva

- y ley adjetiva: 255,

Ley temporal

- y ley excepcional: 255, 418,

Leyes adjetivas, formales, instrumentales o procedimentales

y el principio de favorabilidad: 307,

Limitación

- al poder sancionatorio del Estado lo constituye la **existencia del bien jurídico tutelado** en materia sancionatoria: 582
- de derechos fundamentales en aplicación de las relaciones especiales de sujeción debe estar expresamente autorizada en la ley: 118, 120, 121, 126, 128, 137
- de los derechos fundamentales en las relaciones especiales de sujeción: 121,

- M -

Magistrados que conforman los Tribunales Administrativos

- como autoridades disciplinarias: 475,

Materia disciplinaria

- (adecuación típica en): 166, 167, 229, 231, 239, 582, 602, 604,
- (aplicación analógica de los principios rectores del derecho penal en): 211,
- (aplicación de las causales de ausencia de responsabilidad en el): 847,
- (atipicidad absoluta y relativa en): 613,
- (autonomía en): 158, 167,
- (bien jurídico tutelado en): 243,
- (caducidad, prescripción y extinción en el): 443,
- (características de la potestad disciplinaria en el): 160,
- (causales de ausencia de responsabilidad del Derecho Penal que se aplican en el): 847,
- (causales de exclusión de responsabilidad objetivas y subjetivas que se aplican en el): 680, 788,
- (causales objetivas de exclusión de responsabilidad en el): 680,
- (causales subjetivas o de inculpabilidad en el): 788,
- (clases de culpa en materia sancionatoria y en): 730,
- (clases de potestades en): 730,
- (clasificación de los tipos en el): 612,
- (conducta como elemento del tipo en el): 609,
- (conducta culposa en): 380,
- (culpa y sus clases en): 736, 739,
- (defensa material en el): 267, 271,
- (defensa técnica en el): 200, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281,
- (defensor de oficio en): 269, 272, 274, 275 y 277,
- (destinatarios de la Ley Disciplinaria en el): 450,
- (el bien jurídico tutelado en): 35, 212, 240, 243, 246, 389, 538, 543, 571, 624, 631, 632, 639, 640,668, 672, 784, 786,
- (el principio de congruencia en): 405,
- (el principio de contradicción en: 290, 292,
- (el principio de coordinación en): 34,
- (el principio de culpabilidad en el): 292,
- (el principio de favorabilidad y la Corte Constitucional en el): 259,
- (impedimento y recusación en el): 549,
- (generadores de la culpa en): 737,
- (la coparticipación en: 613,
- (la culpa con y sin representación en el): 736,
- (la culpa grave en): 746,
- (la culpa gravísima en el): 746,

- (la culpa con y sin representación en el): 736, 737,

- (la culpa por asunción *("dolo ponido"* en): 755, 760, 762, 763, 764, 826, 827,

- (la culpabilidad en): 722, 777,

- (la redacción del principio del debido proceso en): 303,

- (la "teoría tripartita del dolo graduado y agravado" en): 371,

- (no existe protección de bienes jurídicos en: 249,

- (principio de celeridad en): 342,

- (principios que confeccionó la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 en su artículo 3º y su finalidad en): 37,

- (tipos en blanco, abiertos o no autónomos en): 167, 197, 572, 573, 574, 580, 590, 594,

- (versión libre en): 105,

- (visión de la Corte Constitucional acerca de la conducta culposa en): 743,

Matices

- de principios constitucionales en el derecho disciplinario por las relaciones especiales de sujeción: 106, 109, 111,

Matización

- de principios constitucionales en el derecho disciplinario por las relaciones especiales de sujeción: 106, 109, 111,

Menor intensidad, con diferente grado de movilidad

- de principios constitucionales en el derecho disciplinario por las relaciones especiales de sujeción: 108,

Menor rigurosidad

- de principios constitucionales en el derecho disciplinario por las relaciones especiales de sujeción: 107,

Modulación

- de principios constitucionales en el derecho disciplinario por las relaciones especiales de sujeción: 106, 107,

Moralidad

- como principio de la función pública: 30,

Motivación

- en el poder disciplinario preferente: 504,

Movilidad

- en la aplicación de principios constitucionales en el derecho disciplinario por las relaciones especiales de sujeción: 111,

Mutatis mutandi

- en la aplicación de principios constitucionales en el derecho disciplinario por las relaciones especiales de sujeción: 106, 112,

- N -

Naturaleza

- Constitucional y legal de la función pública: 26,

- de la acción disciplinaria: 429,

- de la potestad disciplinaria: 160,

- y finalidad del derecho disciplinario: 159,

Naturaleza jurídica

- de la función pública: 26,

Negligencia

- como elemento generador de la culpa: 737,

- es uno de los elementos generadores de la culpa: 737,

- expresión sinónima de *descuido, omisión, desatención, desinterés, desidia, abandono, dejadez, distracción, desaplicación e indolencia*, que significa *falta de cuidado*, *falta de atención* o *falta de interés*. Es una actitud por medio de la cual la persona desestima o desprecia y no emplea los medios necesarios e idóneos para *evitar resultados* previsibles: 737,

- "implica falla en el proceso atentivo por falta de adecuada coordinación entre el estímulo y la reacción correcta para responder a él; es, pues, una forma de desatención, de inercia síquica. Responderá de culpa con negligencia el guardavías que por pereza o descuido deja de bajar las barras de un paso a nivel cuando el tren se acerca": 738,

Non bis in ídem

- y principio de la cosa juzgada: 366,

Norma disciplinaria

- y su valoración en el campo de la antijuridicidad sustancial: 167

Norma objetiva de valoración

- implica entenderla como un instrumento o herramienta a partir de la cual se determina lo que es valioso o disvalioso para el ordenamiento jurídico penal: 169,
- implica protección de bienes jurídicos tutelados: 168,
- puede entenderse así la norma disciplinaria: 168,
- (que implica la): 169,
- se ocupa de la protección de bienes jurídicamente tutelados: 168,
- y la Sentencia C-284 del 1 de junio de 2016: 168,

Norma subjetiva de determinación

- así se concibe la norma disciplinaria: 170,
- no es de su esencia trascender hasta el resultado: 168,
- no espera el resultado valioso o disvalioso: 168,
- puede entenderse así la norma disciplinaria: 168,
- y la Sentencia C-284 del 1 de junio de 2016: 168,
- se entiende cuando el derecho busca determinar o dirigir el comportamiento social de los ciudadanos, encauzar por medio de normas prohibitivas o de mandato el correcto desempeño de la conducta humana en sociedad: 169,
- se ocupa principalmente de la conducta, sin esperar resultado valioso o disvalioso alguno: 169,
- su núcleo de lo injusto está dado por la constatación de la realización de una conducta que ha puesto de presente un cuestionamiento al mandato o a la prohibición legal encarnada en el deber: una voluntad que trasunta una rebeldía normativa: 169,

Noticia

- como inicio de la acción disciplinaria: 534,

Notio

- como elemento de la potestad disciplinaria: 164,

Nuevos principios rectores de la Ley Disciplinaria

- en la Ley 1952 del 28 de enero de 2019: 403,

Numerus apertus

- (jurisprudencia acerca de la): 571,
- ¿o tipos abiertos, en blanco o remisivos?: 574,
- que se confunde con los tipos abiertos o en blanco: 574,
- y el conceto de tipicidad: 570,

- O -

Objeción de conciencia

- como condición inherente a la dignidad humana: 710,
- como manifestación de la libertad de conciencia: 712,
- (concepto de): 712,
- (consagración constitucional de la): 711,
- (requisitos en materia disciplinaria acerca de la): 714,

Objetivo

- de la acción penal: 742,

Objeto jurídico

- como elemento del tipo disciplinario: 609,

Obligatoriedad

- de la acción disciplinaria: 428, 440, 534,

Observaciones

- acerca de la lesividad e ilicitud sustancial: 239,

Oficinas de Control Disciplinario Interno

- (competencia de las): 493,

Oficio

- (la acción disciplinaria se adelantará de): 533,

Oficiosidad

- de la acción disciplinaria: 440,
- del poder disciplinario preferente: 508,

- e impulso en el procedimiento disciplinario: 344,

Origen

- de la función pública: 23,
- de las relaciones especiales de sujeción: 102,

- P -

Participación

- como principio de la función pública: 33,
- de los ciudadanos es elemento fundamental: 19

Particular

como titular de funciones públicas: 65,

y sus responsabilidades: 65,

Particulares

- en qué circunstancias se convierten en destinatarios de la ley disciplinaria: 90,
- pueden ejercer funciones públicas en forma temporal o permanente: 63,
- que cumple funciones públicas en el Estado social de derecho: 74,
- y el ejercicio de funciones públicas: 59,
- y su responsabilidad en el cumplimiento de los fines del Estado: 75,

Personeros Distritales

- (competencia de los): 492,

Personeros Municipales

- (competencia de los): 492,

Pliego de cargos

- y principio de gratuidad: 338,

Poder disciplinario preferente

- criterios para su ejercicio: 511,
- (decisión oficiosa del): 508,
- (motivación del): 503,
- (particularidades del): 500,
- procedimiento en caso de su solicitud por parte del "disciplinado", de un "servidor público del órgano de control interno" o de un "tercero": 509,
- reglas de imperioso cumplimento para su ejercicio: 509,
- se ejerce por la Procuraduría General de la Nación: 500,
- y la Ley 1952 del 28 de enero de 2019: 499,
- y el ejercicio de la acción disciplinaria: 436,

Policía Nacional

- (competencia disciplinaria en la): 497, 498,

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

- como una de las causales de justificación de la conducta: 710,

Potestad o *potestas*

- administrativa jurisdiccional: 152,
- de mando: 152,
- disciplinaria o sancionatoria: 152, 153,
- (origen de la palabra): 151,
- pública y administrativa: 152,
- reglamentaria: 152,
- (significado de): 151
- y formas de poder: 151
- y su derivación: 151,

Potestad administrativa

- para el análisis del derecho disciplinario: 151,
- para limitar o restringir derechos fundamentales en el contexto de las relaciones especiales de sujeción deber estar expresamente autorizada en la ley que regule su ejercicio: 143,
- para restringir derechos por las relaciones especiales de sujeción: 125,

Potestad administrativa jurisdiccional

- con ella se produce la llamada jurisdiccionalización administrativa o función cuasijurisdiccional: 152,
- (¿en qué consiste la): 152,
- es la realización de la justicia dentro de la administración: 1452,
- la ejerce la administración cuando revoca o modifica sus propias decisiones o actos en re-

vocatoria directa y cuando resuelve los recursos que ante ella se interponen en la llamada vía gubernativa: 152,

- no debe ser confundida con la función jurisdiccional aunque aquella participe de la naturaleza de ésta: 152,

Potestad de control

- como característica de la potestad disciplinaria: 160

- (¿en qué consiste la): 160,

Potestad de mando

- (como se concreta la): 152,

- enunciado y alcance: 164, 165,

- es una potestad de *imperium*: 165,

- permite decidir y ejecutar y lo hace con sujeción a la Constitución y a la ley: 165

- (¿qué se entiende como): 152,

- también llamada imperativa y ejecutiva: 152,

Potestad del Estado

- de desplegar un control disciplinario nace de las relaciones especiales de sujeción: 143,

Potestad disciplinaria

- (autoridades que ejercen la): 162, 474,

- (auxiliares de la): 155,

- características: 160,

- clases según la doctrina: 160,

- comporta la exigencia para quienes ostenten la condición de jueces naturales disciplinarios de cumplir los principios, fines y funciones del Estado contenidos en los artículos 2 y 209 de la Constitución Política: 165,

- (concepto doctrinal): 153, 183, 184,

- (concepto general de): 173

- (concepto jurisprudencial de): 173

- (concepto legislativo): 183,

- corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia: 176

- de la Procuraduría General de la Nación: 156

- del Estado:153, 176,

- deriva de la situación de supremacía en que se halla el Estado frente a los individuos y concretamente frente a los servidores públicos, a los cuales corresponde deberes públicos de sumisión y por consiguiente de sujeción: 184,

del Estado: 148, 152, 157,

- (ejercicio de la): 185,

(elementos de la): 163,

- en ella tienen aplicación *mutatis mutandi* los principios que dominan la actividad sancionadora del Estado: 176

- entendida como la facultad para corregir las faltas o deficiencias provenientes de la actividad de los servidores públicos: 176

es capacidad de cualquier órgano estatal en función administrativa para exigir si es preciso coercitivamente obediencia y disciplina en todo el proceso de la actividad estatal: 162,

- es consecuencia de las relaciones especiales de sujeción: 127, 142,

- es una competencia jurídica más atribuida a la administración pública con el objeto de asegurar la eficiencia en la prestación de servicios a cargo del Estado, así como la moralidad, la responsabilidad y a conducta correcta de los funcionarios públicos y también los derechos y las garantías que les corresponden como tales: 165, 184,

- es una de las manifestaciones más importantes del *ius puniendi* estatal: 176,

- es una prerrogativa que protege al ciudadano de eventuales arbitrariedades: 176

- evita que quienes prestan funciones públicas lo hagan de manera negligente y contraria al servicio: 176

- (existencia de la): 178

- (finalidad primigenia de la): 180

- forma parte de las potestades públicas: 160,

- genera una subordinación del servidor público con el Estado: 66,

- (generalidades de la): 151

- guarda estrecha relación de causa a efecto con la norma positiva, disposición que le permite instrumentalizar su poder y concretar los mecanismos sancionatorios para que no se afecte la buena imagen de la administración y consecuentemente sus principio, fines esenciales y la función llamada a cumplir para satisfacer los intereses sociales: 163,

- (jurisprudencia de la): 173

- (las consecuencias de la relación de sujeción especial se han notado especialmente en la configuración y en el ejercicio de la): 104, 115,

- (naturaleza de la): 160

- no es un fin en sí mismo sino que encuentra su razón de ser en el adecuado desarrollo de los cometidos estatales: 177,

- no es una potestad de carácter autónomo como origen en una relación de sujeción especial: 115,

- o sancionatoria: 153,

- (objetivo fundamental de la): 176,

- (origen de la): 153,

- para restringir derechos por las relaciones especiales de sujeción: 125,

- posee una naturaleza constitucional, autónoma e independiente: 177,

- puede ser ejercida por cada una de las ramas y órganos que conforman la estructura del Estado: 185,

- (¿qué busca?): 155, 136,

- (¿que significa la): 151, 185,

- quien la ostenta debe acudir a la ley (Código General Disciplinario): 154

- quien la ostenta hace efectiva la responsabilidad de los servidores públicos: 154,

- recae sobre los funcionarios públicos: 28,

- (requisitos mínimos que deben observar los funcionarios que gozan de): 174,

- reviste al Estado del poder jurídico necesario para procurar y garantizar el cabal funcionamiento de sus órganos y la adecuada prestación de los diversos servicios a él encargados: 160,

- se concreta en el poder facultad de sancionar a sus propios funcionarios: 186

- se deriva del deber que tiene la administración de asegurar la consecución de los fines del Estado y el correcto funcionamiento y adecuada prestación de los servicios públicos: 183

- se desarrolla en el ejercicio de la función administrativa y por consiguiente tiene una naturaleza pública regulada por el derecho administrativo: 184,

- se ejerce a través del proceso: 185,

- se erige en una forma de corrección que redunde en beneficio de la comunidad o, en otras palabras, en el cumplimiento de los fines del Estado: 177

- se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado: 126, 135,

- se torna en una prerrogativa tendiente a proteger al ciudadano de eventuales arbitrariedades por incumplimiento de las directrices fijadas en la ley, con ella se evita que quienes prestan funciones públicas lo hagan de manera negligente y contraria al servicio, desconociendo el interés general que debe orientar las actuaciones estatales: 176,

- (significado de): 151,

- su autonomía no se origina en las relaciones especiales de sujeción: 115,

- su ejercicio como manifestación del *ius puniendi*: 176,

- su ejercicio se origina en las relaciones especiales de sujeción existentes entre la administración y quien desempeña funciones públicas: 184,

- su ejercicio y limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la ley: 133, 134,

- tendrá que ejercitarse cuando se vulnere algunos de sus principios o mejor bienes jurídicos tutelados: 155

- tiene su origen estrictamente constitucional: 153,

- (titularidad de la): 187,

- y aplicación mutatis mutandi de los principios que dominan la actividad sancionatoria del Estado cuáles son los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad: 176,

- y coercibilidad: 161,

- y funciones jurisdiccionales: 189,

- y la Corte Constitucional: 125,

- y potestad discrecional o del ejercicio del libre nombramiento y remoción, son independientes: 161,

- y su aplicación como reproche al incumplimiento de sus obligaciones funcionales: 153,

Potestad preventiva

- como característica de la potestad disciplinaria: 160,

- (en qué consiste la): 160

Potestad reglamentaria

- (¿de qué requiere la): 152,

- de las asambleas departamentales: 152,

- de los alcaldes: 152,

- de los concejos municipales: 152,

- de los gobernadores: 152,

- de los ministros: 152,

- del Presidente de la República: 152,
- (en qué consiste la): 152,
- (quienes tienen): 152,

Potestad sancionadora de la administración
- interna y externa: 184
- no se puede ejercer de manera arbitraria: 185

Potestad sancionadora externa
- (concepto de): 184,

Potestad sancionadora interna
- (concepto de): 184,

Potestad sancionatoria
- como característica de la potestad disciplinaria: 161
- (¿en qué consiste la): 161,
- es la consecuencia del desconocimiento de la potestad preventiva y del ejercicio de la potestad efectiva de control: 161,

Potestades
- (clases de): 160,

Prescripción
- caducidad y extinción de la acción disciplinaria: 443,
- (garantías que comportan la): 450,
- y cosa juzgada: 448,
- y núcleo esencial del debido proceso: 448,

Previsión efectiva
- dentro del dolo en el derecho disciplinario: 143,

Principio de aplicación de principios e integración normativa
- de integración del Código de Procedimiento Penal: y principios rectores de la Ley disciplinaria 225,

Principio de buena fe
- como principio de la función pública: 33,
- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 37,
- es esencial para la protección de la confianza tanto en la ética como en materia de seguridad del tráfico jurídico: 33,
- es un principio de doble vía: 33,
- (¿qué busca el): 33,
- se encuentra indisolublemente vinculado con los principios a la celeridad, eficiencia y economía de la gestión estatal: 33,
- se predica tanto de los particulares como de la administración pública: 33,

Principio de celeridad
- aparece indisolublemente vinculado con la prevalencia del derecho sustancial: 32
- busca la agilidad en el trámite y la gestión administrativa: 32,
- como principio de la función pública: 32,
- consideraciones: 350,
- de la actuación disciplinaria: 342,
- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 38,
- e incidencia de vulneración de términos: 345,
- e inmediación: 345,
- (impulso y oficiosidad en el): 344,
- ¿qué comporta **y cuáles son sus logros**: 32,
- ubicación y generalidades: 342,
- y derecho sustancial: 346,
- y economía procesal: 346,

Principio de cláusula de exclusión
- ubicación y generalidades: 407,

Principio de colaboración
- como principio de la función pública: 34,
- impone a las autoridades el deber de garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas labores con el fin de lograr los fines y cometidos estatales a pesar de que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas: 34,

Principio de congruencia
-como principio rector de la Ley Disciplinaria. Ubicación y generalidades: 405,

Principio de contradicción
- en las diferentes codificaciones disciplinarias: 292,

- (fuentes del): 291,

- ubicación y generalidades: 290,

- y su redacción en las Codificaciones Disciplinarias: 290.

Principio de coordinación

- como principio de la función pública: 34,

- como principio es de naturaleza constitucional y no legal: 34,

- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 38,

- impone a las autoridades el deber de garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas labores con el fin de lograr los fines y cometidos estatales a pesar de que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas: 34,

- (¿qué busca el): 35,

Principio de culpabilidad

- ubicación y generalidades: 371,

- y el concepto de tipicidad ante la creación de conductas culposas: 570,

- y principio de la prevalencia de principios o aplicación de principios e integración normativa: 376,

- y responsabilidad objetiva: 379,

Principio de economía

- como principio de la función pública: 32,

- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 38,

- (¿qué comprende el): 32,

Principio de eficacia

- de la función administrativa: 32,

- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 38,

- implicaciones: 31,

- (preceptos constitucionales que contienen el): 31,

- (¿qué impone el): 31,

- resume todos los demás principios: 32,

- se logra mediante el mecanismo de descentralización, desconcentración y delegación: 32.

Principio de eficiencia

- a el aluden preceptos constitucionales como los contenidos en los artículos 48, 49 y 268, numerales 2 y 6 de la Constitución Política: 33,

- como principio de la función pública: 31, 33,

- en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos: 33,

- (¿qué significa el): 33,

- (preceptos constitucionales que contienen el): 31,

Principio de favorabilidad

- aplicación en leyes sustantivas y adjetivas: 255,

- con relación a las leyes adjetivas, formales, instrumentales o procedimentales: 307,

- e irretroactividad: 254,

- en otras leyes: 252,

- en materia penal surge del principio de la dignidad humana: 267,

- (fundamento del): 253,

- (ley temporal y ley excepcional en el): 255,

- ubicación y generalidades: 250,

- y algunas decisiones de la Corte Constitucional: 259,

- ¿y cuál es la ley más favorable?:253,

- y el principio del efecto general e inmediato de las normas procesales: 417,

- y la Corte Constitucional: 259,

- y retroactividad: 418,

- y ultractividad de la ley: 418,

Principio de gratuidad

- (alcance del): 338,

- en la actuación disciplinaria: 335,

- en el proceso disciplinario y copias del pliego de cargos: 338,

- (jurisprudencia de la Corte Constitucional con relación al): 340,

- ubicación y generalidades: 335,

Principio de igualdad

- ante la Ley Disciplinaria: 324,

- como principio de la función pública: 29,

- (deberes que impone el): 30,

- (derechos que concede el): 326,

- ¿dónde aparece regulado: 30,

- e imparcialidad: 332,
- en el proceso disciplinario. Alcance: 338,
- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 37,
- en sentido real y no forma: 331,
- en un Estado social de derecho: 333,
- es un principio de la función pública: 29,
- (excepciones y privilegios en el): 332,
- impone que la misma se real y efectiva: 29
- inadmite tratos desiguales que sean irracionales: 30
- material: 332,
- no rige de manera absoluta en materia disciplinaria: 331,
- (prohibición del): 326,
- ubicación y generalidades: 324,
- una preocupación mundial y una regulación universal; 326,
- y debido proceso: 332,
- y fuero: 330,
- y juicio estricto: 330,
- y juicio intermedio: 330,
- y juicio leve: 329,
- y la administración pública: 331,
- y la no causación de derechos a favor del Estado: 337,
- y la sentencia de tutela T-230 de mayo 13 de 1994: 333,
- y trato desigual: 327,

Principio de ilicitud o antijuridicidad sustancial

- exige la contrariedad o afectación sustancial de los principios de la función pública: 213,
- (ubicación y generalidades del): 236,
- y el contenido de la disposición de la reemplazada Ley 734 del 5 de febrero de 2002 con relación a la derogada Ley 200 del 28 de junio de 1995: 239,
- y lesividad. Observaciones: 239,

Principio de ilicitud sustancial

- desde la óptica de la antijuridicidad material: 244,

Principio de imparcialidad

- como principio de la función pública: 32,
- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 37,

Principio de la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria

- ¿cómo se concreta?: 819,
- doctrina con relación a esta causal: 820,
- (error invencible en la causal de justificación): 825,
- es una causal de justificación: 819,
- se encuentra contemplada en el numeral 8º del artículo 31 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (modificada por el artículo 5º de la Ley 2094 del 29 de junio de 2021): 819,
- y error sobre el tipo: 819,

Principio de la cosa juzgada disciplinaria

- (excepción en el): 365,
- ubicación y generalidades: 362,
- y el juzgamiento por régimenes jurídicos diferentes: 368,
- y *non bis in ídem*: 366,

Principio de la función de la sanción disciplinaria

- (finalidades de las sanciones disciplinarias dentro del): 391,
- (función de prevención de las sanciones disciplinarias dentro del): 387,
- ubicación y generalidades: 387,

Principio de la interpretación de la ley disciplinaria

- e interpretación de su ley procesal: 362,
- ubicación y generalidades: 359,

Principio de la investigación integral

- ubicación y generalidades: 403,
- (dimensión del): 405,
- (ubicación y generalidades del): 403,
- y el principio de imparcialidad como su complemento: 405,

Principio de legalidad

- como límite al actuar del Estado: 232
- como principio objetivo: 234

- (el principio de tipicidad como desarrollo del): 232, 233,

- elimina su potestad disciplinaria frente a conductas que no estén expresamente previstas como falta en la ley vigente al momento de su comisión: 232,

- (exigencias para el principio de): 232,

- (finalidad del): 231,

- (los principios de especialidad y subsidiariedad respecto al principio de): 236,

- ubicación y generalidades: 229,

- y las disposiciones que permiten al legislador regular la responsabilidad de los servidores públicos: 233,

- y los comportamientos descritos como falta: 235,

Principio de los fines o función de la sanción disciplinaria

- ubicación y generalidades: 387,

- y otras finalidades de las sanciones disciplinarias: 391,

Principio de moralidad

- busca la honestidad en la actuación de los servidores públicos: 30

- como principio de la función pública: 30,

- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 38,

- la moral como principio constitucional aparece en seis oportunidades en la Carta Política: 30,

- no responde a exigencias confesionales subjetivas, sino al marco ético conceptual, propio de la moral media o social al que se refiere la Constitución Política en el artículo 34: 30,

- (que busca el): 30,

Principio de motivación

- (aclaración pertinente del): 354,

- (fundamento constitucional del): 354,

- (posición jurisprudencial del Consejo de Estado sobre el): 356,

- (posiciones doctrinarias sobre el): 357,

- ubicación y generalidades: 353,

Principio de no discriminación

- en el principio de igualdad: 333, 334,

Principio de *non reformatio in pejus*

- y principios rectores de la Ley Disciplinaria: 203

Principio de participación

- - como principio de la función pública: 33,

- de los ciudadanos es elemento fundamental: 34,

- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 38,

- (¿qué comporta el): 34,

- (¿qué implica el): 34,

Principio de presunción de inocencia

- integra el principio del debido proceso: 297,

- no es solamente un principio rector sino también un criterio orientador para la interpretación de las normas disciplinarias: 296,

- ubicación y generalidades: 293,

- y la duda y la certeza: 298,

Principio de prevalencia de principios o aplicación de principios e integración normativa:

- y el principio de culpabilidad: 376,

Principio de proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria

- con relación a las leyes 200 del 28 de julio de 1995 y 734 del 5 de febrero de 2002: 394,

- es un límite a los poderes del Estado: 400,

- ubicación y generalidades: 392,

- y jurisprudencia de la Corte Constitucional: 401,

- y su relación con el principio del reconocimiento de la dignidad humana: 400,

Principio de publicidad

- como principio de la función pública: 32,

- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 38,

- permite el control ciudadano sobre la función pública: 32,

- (qué impone): 321,

Principio de responsabilidad

- como principio de la función pública: 34,

- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 38,

- (cómo se entiende el): 34,

- su omisión es susceptible de generar riesgos y peligros inminentes que la norma configuradora del derecho ha querido prevenir o evitar: 34,

Principio de tipicidad

- (el principio de legalidad como desarrollo del principio de): 232, 233,

- con relación a las faltas respecto de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario: 565,

- (doctrina nacional y extranjera sobre el): 575,

- (elementos del tipo dentro del): 605,

- en el derecho disciplinario militar: 564,

- en materia disciplinaria: 551,

- forma parte de los principios rectores de la normatividad sustancial disciplinaria: 211,

- (¿las causales de justificación desaparecen la tipicidad dentro del): 567,

- particularidades: 551,

- y antijuridicidad o ilicitud sustancial: 567,

- y el principio de culpabilidad ante la creación de conductas culposas por parte del juez disciplinario: 570,

- y el principio de legalidad con relación a los diferentes régimenes disciplinarios: 557,

- y faltas descritas en norma previa: 586,

- y la teoría de los *numerus apertus* – justificación jurisprudencial -: 570,

- y preservación del orden interno y correctivos o medios para encauzar la disciplina: 595,

Principio de transparencia

- como principio de la función pública: 34,

- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 38,

- está vinculado a los principios de igualdad y publicidad: 34,

- implica el desarrollo de la función pública con claridad, nitidez, refulgencia, limpieza y pureza:34,

Principio del debido proceso

- en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo: 37,

- (garantías del): 305,

- (juez natural y observancia formal y material de las normas rituales del proceso disciplinario en el): 309,

- separación de funciones o roles en la Ley 2094 del 29 de junio de 2021: 301,

- solo se refiere a los principios del juez natural y a las formas propias de cada juicio:302,

- ubicación y generalidades: 301,

- y el de presunción de inocencia: 297,

- y las leyes 1952 del 28 de enero de 2019 y 2094 del 29 de junio de 2021: 318

- y principio de favorabilidad: 307,

-y principio de favorabilidad con relación a las leyes adjetivas, formales, instrumentales o procedimentales, pues de conformidad con lo señalado por el artículo 29 de la Carta Política, no solo se aplica a las leyes sustantivas: 307,

- y su redacción en las diferentes codificaciones disciplinarias: 2303,

Principio del derecho a la defensa

- (como se define el): 321,

- en la actuación disciplinaria: 271,

- (que comprende el): 321,

- ubicación y generalidades: 267, 268,

- y actuación disciplinaria: 271,

- y defensa material: 271

- y designación de un abogado: 271,

- y los estudiantes de los consultorios jurídicos de las universidades: 273,

- y los pronunciamientos que con relación a la Ley 734 de febrero 5 de 2002 ha hecho la Corte Constitucional: 279

Principio del efecto general inmediato de las normas procesales

- antecedentes legales: 417,

- de la ley sancionatoria en el tiempo. La no retroactividad y la no ultractividad: 417,

- o norma técnica que gobierna la aplicación de la ley disciplinaria. Interpretación: 415,

- ubicación y generalidades: 414,

- y el principio de favorabilidad: 417,

Principio del juez natural y a las formas propias de cada juicio

- son las referencias contenidas en el principio del debido proceso disciplinario: 302,

Principio del reconocimiento de la dignidad humana

- alcance de la protección constitucional. Reiteración de la jurisprudencia: 205,

- en la Constitución Política de 1886: 204,

- encabeza el catálogo de valores en la Constitución Política, en el Código Penal y en el Código de Procedimiento Penal a diferencia de los regímenes disciplinarios que se encuentra en disposiciones distantes (excepción Código Disciplinario del Abogado o Ley 1123 de enero 22 de 2007): 202,

- es un principio de principios: 204,

- es un principio fundamental: 204,

- es el principio fundante del Estado: 203,

- no se concibe sin el respeto de los demás derechos fundamentales y principios a él otorgados por la Constitución Política, las leyes y los tratados internacionales: 204,

- protege todos los valores de rango moral y espiritual del investigado como exigencia a la actual Carta Fundamental: 204,

- representa uno de los ejes fundamentales del Estado social de derecho: 206,

- se encuentra protegido a través de otros principios: 204,

- se erige como un derecho fundamental de eficacia directa: 206,

- su incorporación en la Constitución Política y en la legislación disciplinaria: 201,

- ubicación numérica en las diferentes codificaciones disciplinarias: 201,

- y la doctrina: 203,

- y su protección a través de otros principios: 204,

Principios comunes

- del derecho disciplinario y del derecho penal: 160

Principios constitucionales

- y principios constitucionales: 228,

- y su flexibilización en las relaciones especiales de sujeción: 101,

Principios de la función pública

- (¿Cuáles son?): 28,

- (desarrollo de los): 28,

Principios rectores de la Ley Disciplinaria

- e interpretación sistemática: 210, 211,

- interpretación y aplicación: 201,

- su aplicación flexible y menos rigurosa: 193,

- y antecedentes como aplicación del artículo 248 de la Constitución Política (recogido en el derogado artículo 7º, inciso 3º de la Ley 600 del 24 de julio de 2000 o Código de Procedimiento Penal): 217,

- y aplicación analógica en materia disciplinaria: 211,

- y aplicación de la teoría de la conducta punible del artículo 9º del Código Penal: 217,

- y extensión de las causales de ausencia de responsabilidad del Código Penal: 216,

- y la *reformatio in pejus* (reformar para agravar): 218,

- y prevalencia de los mismos: 227,

- y principio de ilicitud o de antijuridicidad sustancial: 212,

- y principio de integración del Código de Procedimiento Penal: 225,

- y principio de tipicidad: 211,

- y principios rectores de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011: 228,

- y principios constitucionales: 228,

- y *reformatio in pejus*: 203

Principios rectores de la ley disciplinaria

- antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo: 193,

- (codificaciones disciplinarias que contienen los): 193,

- constituyen la base con la cual se interpreta y aplica tan compleja subespecialidad del derecho punitivo o sancionatorio del Estado: 193,

- desarrollan derechos fundamentales de las personas: 193,

- imperan sobre el excedente normativo o normas ordinarias: 194,

- (interpretación y aplicación de los): 201,

- no consisten en enunciación de ideales: 194

- no pueden ser objeto de matizaciones, morigeraciones, modulaciones, flexibilizaciones o minimizaciones en contra del destinatario de la ley disciplinaria: 195

- se constituyen en soportes axiológicos y ontológicos de la ley disciplinaria: 193,

- son el núcleo esencial con los que se gobierna el ejercicio de la potestad disciplinaria como competencia originada en las relaciones especiales de sujeción en que se encuentran las personas vinculadas a las tareas que requieren el cumplimiento de funciones públicas: 193,

- son la base axiológica-jurídica sobre la cual se construye todo el sistema normativo: 193, 194,

- ¿su aplicación flexible y menos rigurosa?: 193,

- vinculan de manera clara a la función pública, a las relaciones especiales de sujeción y a la potestad disciplinaria: 193,

Principios rectores del derecho penal

- y su aplicación analógica en el derecho disciplinario): 211,

Proceso de adecuación típica

- concuerda con el proceso de adecuaci**ón de la conducta en el derecho penal:** 166,

- es asunto de concreción meramente gramatical: 166,

Proceso disciplinario

- (alcance del principio de igualdad en el): 338,

Procurador General de la Nación

- como autoridad disciplinaria: 477,

- y el Consejo de Estado como su autoridad disciplinaria: 474,

- y la Corte Suprema de Justicia como su autoridad disciplinaria: 474,

Procuraduría Delegada Disciplinaria con funciones mixtas para la Defensa de los Derechos Humanos

(funciones y competencias de la): 485,

Procuraduría Delegada Disciplinaria con funciones Mixtas para la moralidad y transparencia Pública

- (funciones y competencias de la): 487,

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Instrucción

como autoridad disciplinaria: 481,

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Instrucción para la Economía y la Hacienda Pública

(funciones y competencias de la): 483,

Procuraduría Delegada Disciplinaria de Juzgamiento

como autoridad disciplinaria: 481, 485,

Procuraduría Delegada Disciplinaria para la Fuerza Pública y Policía Judicial

- (funciones y competencias de la): 484,

Procuraduría General de la Nación

- como autoridad disciplinaria: 476,

- (concepto sobre la acción disciplinaria de la): 442,

- (potestad de control disciplinario de la): 156,

- (potestad disciplinaria de la): 156,

- sus funciones son administrativas y no jurisdiccionales: 190,

- y el poder preferente: 156, 157,

- y la autonomía disciplinaria: 156,

- y los numerales 5 y 6 del artículo 277 de la Constitución Política: 156,

- y su potestad disciplinaria del Código Disciplinario Militar y del Estatuto Disciplinario Policial: 156,

Procuradurías Delegadas de Instrucción para la Contratación Estatal

- (funciones y competencias de la): 484,

Procuradurías Delegadas de Instrucción para la Vigilancia Administrativa

- (funciones y competencias de las): 483,

Procuradurías Distritales y Provinciales de Instrucción y Juzgamiento

- (funciones y competencias de las): 489,

Procuradurías Regionales de Instrucción y Juzgamiento

- (funciones y competencias de las): 487,

Pública

- (la acción disciplinaria es): como principio de la función pública: 32,

- se orienta la acción disciplinaria a garantizar la efectividad de los fines y principios previstos en la Constitución y en la ley para el ejercicio de la función pública: 423,

Publicidad

- como principio de la función pública: 32,

- Q -

Queja

- como uno de los eventos de la acción disciplinaria: 531,

Quejoso

- su desistimiento no extingue la acción disciplinaria: 437,

- R -

Rama judicial

- (acción disciplinaria en la): 436,

Reclusos

- (las relaciones especiales de sujeción de los): 132,

Redacción

- del principio del debido proceso en las diferentes codificaciones disciplinarias: 303,

Reflexiones

- académicas de las relaciones especiales de sujeción:142,

Régimen disciplinario

- (adecuación típica en el): 166, 167, 229, 231, 239, 582, 602, 604,

- allí es perfectamente aplicable el principio de ilicitud sustancial desde la óptica de la antijuridicidad material incorpórea y que por tanto la valoración de la conducta disciplinada debe ser observada desde la afectación de los principios, fines y funciones del Estado, lo cual se explica por la 'efectividad de afectación' para que el comportamiento además de típico sea antijurídico: 244, 245, 646,

- (antijuridicidad en el): 244,

- (aplicación analógica de los principios rectores del derecho penal en el): 211,

- (aplicación de las causales de ausencia de responsabilidad en el): 847,

- (atipicidad en el): 614,

- (autonomía en el): 158, 167,

- (caducidad, prescripción y extinción en el): 443,

- (causales de ausencia de responsabilidad del Derecho Penal que se aplican en el): 847,

- (causales de exclusión de responsabilidad objetivas y subjetivas que se aplican en el): 680, 788,

- (causales objetivas de exclusión de responsabilidad en el): 680,

- (causales subjetivas o de inculpabilidad en el): 788

- (características de la potestad disciplinaria en el): 160,

- (clases de culpa en el): 736, 739,

- (clases de culpa en materia sancionatoria y en el): 730,

- (clases de potestades en el): 730,

- (clasificación de los tipos en el): 612,

- (conclusiones y reflexiones académicas de las relaciones de sujeción en el): 142,

- (conducta como elemento del tipo en el): 609,

- (conducta culposa en): 380,

- (defensa material en el): 267, 271,

- (defensa técnica en el): 200, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 281,

- (defensor de oficio en el): 269, 272, 274, 275 y 277,

- (destinatarios de la Ley Disciplinaria en el): 450,

- (el bien jurídico tutelado en el): 35, 212, 240, 243, 246, 389, 538, 543, 571, 624, 631, 632, 639, 640,668, 672, 784, 786,

- (el principio de celeridad en el): 342,

- (el principio de congruencia en el): 405,

- (el principio de contradicción en el): 290, 292,

- (el principio de coordinación en el): 34,

- (el principio de culpabilidad en el): 292,

- (el principio de favorabilidad y la Corte Constitucional en el): 259,

- (generadores de la culpa en el): 737,
- (ilicitud en el): 624, 630,
- (impedimento y recusación en el): 549,
- (independencia y autonomía en el): 143,
- (la atipicidad en el): 613,
- (la coparticipación en el): 613,
- (la culpa con y sin representación en el): 736,
- (la culpa grave en el): 746,
- (la culpa gravísima en el): 746,
- (la culpa con y sin representación en el): 736, 737,
- (la culpa por asunción *("dolo ponido"* en el): 755, 760, 762, 763, 764, 826, 827,
- (la culpabilidad en el): 722, 777,
- (la existencia del objeto, interés o bien tutelado en el):649,
- (la redacción del principio del debido proceso en el): 303,
- (la "teoría tripartita del dolo graduado y agravado" en el): 371,
- (naturaleza y finalidades del derecho disciplinario en el): 159,
- (no existe protección de bienes jurídicos en el): 249,
- (principios que confeccionó la Ley 1437 del 18 de enero de 2011 en su artículo 3º y su finalidad para el): 37,
- (relaciones especiales de sujeción en el): 101, 143,
- (tipos en blanco, abiertos o no autónomos en el): 167, 197, 572, 573, 574, 580, 590, 594,
- (versión libre en el): 105,
- (visión de la Corte Constitucional acerca de la conducta culposa en el): 743,

Régimen disciplinario para la Policía Nacional

- (tipicidad en el): 612,

Régimen sancionatorio

tiene cabida la aplicación de la antijuridicidad penal: 246,

Relaciones de base

- afectan la esfera de derechos fundamentales: 113,
- en ellas son intangibles tanto los derechos fundamentales como el principio de legalidad: 114,
- en las relaciones especiales de sujeción: 114,
- las relaciones especiales de sujeción se aplican con matizaciones: 114, 115,
- no se pueden restringir los derechos fundamentales sino es mediante ley que de todos modos deberá respetar su contenido esencial: 114,
- son intangibles tanto los derechos fundamentales como el principio de legalidad:

Relaciones de funcionamiento: 114,

- debe ser garantizada la actividad cotidiana de la institución (que la prisión funcione o lo maestros puedan enseñar): 114,

Relaciones de funcionamiento

- garantizan la actividad cotidiana de la institución (que la prisión funcione o los maestros puedan enseñar): 114,
- se aplican con matizaciones: 114,

Relaciones de supremacía especial

- o relaciones especiales de sujeción según la doctrina del derecho administrativo: 102, 113,
- o relaciones de sujeción especial: 146,
- son una vieja creación del derecho alemán imperial: 102, 113,
- teoría formulada por Otto Mayer: 103,
- y enlace entre la administración y la persona: 135, 136,

Relaciones especiales de sujeción

- a *Laband* se debe el uso de este término como primero en utilizarlo con éxito: 101
- a *Otto Mayer* formuló la especialidad de esta relación jurídica como una manifestación de la supremacía especial del Estado en orden al cumplimiento de las funciones y servicios que le otorga al servidor público el ordenamiento jurídico: 103,
- admiten restricciones al principio de legalidad: 114,
- al parecer quieren formar parte de nuestra Carta Política de 1991, con el mismo significado que en otrora el derecho alemán imperial las vio nacer, permitiendo que los principios constitucionales y penales se puedan aplicar e interpretar en el derecho disciplinario con

matizaciones, modulaciones, limitaciones, morigeraciones, mayor flexibilidad, menor intensidad, en diferentes grados de movilidad, menor rigurosidad y *mutandis mutandi* con relación al derecho penal: 101, 102,

- analizadas por la doctrina internacional: 113,

- analizadas por la doctrina nacional: 118,

- aplicables a las personas privadas de la libertad: 101,

- autorizan esa limitación a los derechos fundamentales, siempre y cuando tengan su soporte en la ley: 147,

- (caracterización por la doctrina de las): 102,

- ¿cómo fueron caracterizadas en la Sentencia de la Corte Constitucional C-712 del 5 de julio de 2001?: 102,

- con relación al debido proceso de los procesos disciplinarios de los internos: 145,

- (conclusiones y reflexiones de las): 142, s.s.

- (consecuencias jurídicas más importantes de la existencia de las): 142,

- (consecuencias más importantes de la existencia de las): 144,

- de base: 113, 114, 115,

- de funcionamiento: 114,

- de la Procuraduría General de la Nación: 101,

- debe desligarse la potestad disciplinaria cuándo propenden sin permiso de la ley limitar las garantías constitucionales de los ciudadanos: 149,

- deben respetar los principios de la potestad sancionatoria de la administración (Trayter Jiménez, Juan Manuel): 104,

- (definición de las): 119,

- (definición en un Estado social de derecho de las): 121

- dentro del trámite disciplinario, no tienen por qué limitar los derechos fundamentales y consecuencialmente la dignidad humana de los investigados, so pretexto, que de no hacerlo, se entraría a acolitar un ilimitado garantismo en desmedro de los fines y funciones del Estado, como lo afirman quienes palpan en las relaciones especiales de sujeción, la mal interpretada autonomía del derecho disciplinario, o mejor dicho en quienes quieren que los derechos fundamentales y los principios se apliquen en la forma como en el Estado alemán imperial acontecía, para así darle prevalencia a las ramas de la organización política, por encima de la persona y con ella su dignidad: 149,

- desde la óptica de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana: 124,

- (doctrina internacional de las): 113,

- (doctrina nacional de las): 118,

- (doctrinantes en Colombia de las): 101,

- (el derecho disciplinario encuentra fundamento en las): 101,

- (el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador y que la disciplina de quienes desempeñan funciones públicas encuentra fundamento en las): 143,

- en Colombia (doctrinantes): 101,

- en concepto de Trayter Jiménez: 103

- en el derecho a la defensa por intervención de la ley:105

- en el derecho disciplinario:101,

- en un Estado social y democrático de derecho: 103,

- (flexibilización de principios constitucionales en el derecho disciplinario en las): 101, 105,

- hacen que no se identifiquen la acción penal y la acción disciplinaria: 143,

- (idea del dolo en las): 131,

- imposibilitan la limitación del ejercicio de algunos derechos fundamentales entre los cuales se destaca el debido proceso: 142, 143,

- jurisprudencia con relación a la flexibilización: 105, s.s.

- (la acción disciplinaria es consecuencia de las): 142, 143,

(la idea del dolo en el derecho disciplinario no está referida únicamente a los aspectos

de conocimiento y voluntad, sino que se resuelven en el concepto de previsión efectiva", considerando la Corte que la previsibilidad se considera el antecedente lógico y psicológico para evitar un resultado contrario a derecho y no deseado en las): 143,

- (la idea de dolo y culpa en el derecho disciplinario no se genera por conocimiento y voluntad, ni por negligencia, impericia, imprudencia, como en el derecho penal, sino que obedece a las nociones de previsión efectiva y diligencia exigible: 143,

- la jurisprudencia de los más altos tribunales españoles, en el mundo de las sanciones administrativas, haciendo un mal uso de lo que son y significan han provocado tres disfunciones importantes: a. Una expansión desmesurada de ese concepto; b. Una práctica de supresión de los principios de la potestad sancionadora

de la administración; c. Una matización, cuando no eliminación, de los derechos fundamentales de los ciudadanos que se encuentran en esa esfera: 103,

- (la potestad administrativa para limitar o restringir derechos fundamentales debe estar expresamente autorizada en la ley que regule su ejercicio dentro de las): 143,

- (la potestad del Estado de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores y de someterlos a una responsabilidad pública nace de las): 143,

- (la potestad disciplinaria sobre quienes desempeñan una función pública es consecuencia de las): 142,

- (la autonomía del derecho disciplinario y las): 115,

- le conceden la posibilidad a la administración pública para imponer sanciones a sus funcionarios para el logro de los fines y para el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública: 144,

- (nacimiento de las): 102,

- no dan origen a la autonomía de la potestad disciplinaria: 115,

- no escapan al control que la Ley de Leyes establece sobre las investigaciones disciplinarias, al punto que ofrece como mecanismos para salvaguardar las garantías fundamentales, las instituciones de la tutela (Art. 86) y de lo contencioso administrativo, para que por vía judicial se hagan cumplir los derechos fundamentales, principios constitucionales e intereses legítimos de sus destinatarios: 148,

- no escapan al control que la Ley de Leyes establece sobre las investigaciones disciplinarias: 148

- no pueden seguir constituyendo una laguna en el derecho: 115,

- no pueden seguir proyectándose en nuestro sistema jurídico con el mismo nombre con que se conocieron en épocas de ingrata recordación, sino con el *nomen juris* que se ajuste a nuestro Estado social de derecho en el que indiscutiblemente deben primar los principios de legalidad, reserva legal y debido proceso: 145

- no son causa de modulación automática de las garantías sancionadoras de orden constitucional: 116,

- (no tiene sentido mantener la distinción entre relación general de sujeción y): 115,

- no tienen más que un alcance aproximativo, descriptivo y coloquial sin precisión dogmática alguna: 115,

- o de supremacía especial: 102, 113, 135, 136,

- o relaciones de sujeción especial: 146,

- (origen de las): 102,

- provocan tres disfunciones, por su mal uso, a saber: a) Una expansión desmesurada de ese concepto; b) Una práctica de supresión de los principios de la potestad sancionadora de la administración; c) Una matización, cuando no eliminación, de los derechos fundamentales de los ciudadanos que se encuentran en esa esfera. (Trayter Jiménez, Juan Manuel: 103,

- (relaciones de base en las): 113,

- (relaciones de funcionamiento en las): 113,

- (salvamento de voto sobre el concepto de las):102,

- se aplican con matizaciones: 114,

- se aplican dentro del derecho disciplinario sancionador o punitivo siempre y cuando ellas no permitan que se amenacen los derechos fundamentales de sus destinatarios: 149

- son una figura jurídica extraña al principio democrático y resulta insuficiente para acogerlas, que se proponga que a restricción de derechos y garantías de los servidores públicos se lleve a cabo de manera flexible dentro de los postulados que determina la Constitución de 1991: 123,

- 'son una vieja creación del derecho alemán imperial mediante las cuales se justificaba una fuerte intervención sobre determinados sujetos – sin respeto a sus deberes fundamentales ni al principio de reserva legal- que resultaría intolerable para los ciudadanos que se encontraran en una relación de sujeción general (Nieto, Alejandro. Ob. cit., p. 223). (Tesis hoy abandonadas, pues en ningún caso la restricción de un derecho fundamental puede afectar su núcleo esencial': 113, 146,

- sirven de base para sostener cierto grado de independencia o autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal): 143,

- también llamadas de supremacía especial: 102, 113, 146,

- (**únicamente es la Ley del Legislador la que puede** entrar a matizar, modular, morigerar, limitar o aplicar con mayor flexibilidad, con menor intensidad y movilidad o con menor rigurosidad los principios constitucionales de la Ley Disciplinaria en las): 104,

- y flexibilización de principios constitucionales en el derecho disciplinario: 101
- y función pública: 121,
- y la Corte Constitucional: 124,
- y la idea de dolo en el derecho disciplinario y previsión efectiva: 143,
- y la imposibilidad de limitar el ejercicio de algunos derechos fundamentales: 134,
- y la jurisprudencia colombiana con relación a la flexibilidad de los principios constitucionales en el derecho disciplinario: 105,
- y los reclusos: 132,

Responsabilidad
- como principio de la función pública: 34,
- de los contratistas como sujetos particulares: 66,
- de los interventores: 90,
- del particular que cumple funciones públicas en el Estado social de derecho: 74,
- patrimonial con la acción diciplinaria:529,

Responsabilidad disciplinaria
- de los interventores: 90,

Responsabilidad objetiva
- y principio de culpabilidad: 3279,

Retroactividad
- de la ley disciplinaria más favorable: 254, 418,

- S -

Sala de instrucción disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación
- como autoridad disciplinaria: 480,

Sala de juzgamiento disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación
- como autoridad disciplinaria: 480,

Sala de juzgamiento de servidores públicos de elección popular de la Procuraduría General de la Nación
- como autoridad disciplinaria: 480,

Sala disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación
- como autoridad disciplinaria: 479,

Sanción disciplinaria
- a los funcionarios de elección popular y la Sentencia C-030 del 16 de febrero de 2023: 190,
- (fines de la): 241,
- y su correspondencia de acuerdo con la gravedad de la falta cometida con los criterios para graduarla: 400,

Sanciones
- disciplinarias y sus finalidades: 391,

Sanciones disciplinarias
- (finalidades y función de las): 391,
- (función de prevención de las): 392,

Semejanzas
- y diferencias entre la acción penal y la acción disciplinaria: 547,

Senado de la República
- como autoridades disciplinarias: 475,

Sentencia T-230 del 13 de mayo de 1994
- sobre el principio de igualdad: 333,

Sentencia C-769 del 10 de diciembre de 1998
sobre la autonomía del derecho disciplinario: 158,

Sentencia C-712 del 5 de julio de 2001
- ¿cómo fueron caracterizadas las relaciones especiales de sujeción?:102,

Sentencia C-037 de enero 28 de 2003
- sobre la función pública y el servicio público: 49,51,

Sentencia C-412 del 1º de julio de 2015: 232
y el principio de legalidad: 232,

Sentencia C-284 del 1º de junio de 2016
- (el bien jurídico tutelado en la): 631, s.s.

Sentencia C-030 del 16 de febrero de 2023:

- atribuye únicamente funciones administrativas disciplinarias y no jurisdiccionales a la Procuraduría General de la Nación: 189,

- y la competencia de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y de sus Seccionales: 190,

- y la independencia de las acciones: 191,

´y la sanción disciplinaria a los funcionarios públicos de elección popular: 189, 190,

y la titularidad de la sanción disciplinaria: 190,

y los funcionarios elegidos por elección popular: 189,

Separación de roles y funciones

- y debido proceso disciplinario: 301,

Servicio público

- a diferencia de la función pública no puede utilizar el poder público: 79,

- de transporte terrestre no constituye ejercicio de función pública: 42,

- diferencias con la función administrativa: 83,

- es de carácter material y técnico y en muchas de sus manifestaciones no puede utilizar el poder público: 42,43,

- es una actividad que desarrolla la administración, en forma directa o delegada, con el objeto de satisfacer las necesidades de los administrados, esto es: el interés general: 83,

- lo utiliza la Constitución Política para calificar expresamente como tales determinadas actividades: 45,

- no se puede confundir con función pública: 79,

- por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario, según los términos previstos por la Constitución y por la ley" y el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto: 144,

- se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares: 82,

- son inherentes a la finalidad social del Estado: 82,

- y función administrativa: 83,

- y función pública: 22, 41, 42, 43,

- y función pública de acuerdo con la Constitución Política: 43, 79,

- y función pública de acuerdo con la Sentencia C-037 de 2003: 43,

- y función pública de acuerdo con los conceptos C-187, C-188 y C-189 de 2011 (PGN): 49,

- y función pública (distinciones): 79,

- y su diferencia con la función pública: 42,

Servicios públicos

- cuando su prestación implique funciones públicas tiene control disciplinario: 48,

- domiciliarios y su responsabilidad disciplinaria: 49,

- (el Presidente de la República tiene competencia para ejercer la inspección y vigilancia de la prestación de los): 45,

- (en todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y las vigilancia de los): 47,

- están sometidos al régimen jurídico que fije la ley: 82,

- la prestación de servicios públicos no es únicamente del Estado, sino que puede dejarse en manos de particulares no obstante que la regulación, control y vigilancia le corresponde ejercerla directamente y con exclusividad: 46, 47,

- podrán ser prestados por el Estado directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares: 47,

- son inherentes a la finalidad social del Estado y es deber de éste asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional: 46,

- su prestación no implica necesariamente sometimiento a la ley disciplinaria: 48,

Servicios públicos domiciliarios

- y su responsabilidad disciplinaria: 49,

Sujeto activo

- como elemento del tipo disciplinario: 605,

Sujeto pasivo

- como elemento del tipo disciplinario: 609,

Superintendencia de Notariado y Registro

- como autoridad disciplinaria: 492,

- (ejercicio de la acción disciplinaria por parte de la): 492,

- T -

Teoría

- de la falta disciplinaria: 551,

Teoría de la culpabilidad

- (de dónde nace la): 723,
- en las codificaciones disciplinarias:723,
- (fundamentos de la): 724,
- (soporte de la): 723,

Teoría de la falta disciplinaria

- (la tipicidad como parte de la): 551,

Teoría de la norma

- (el derecho disciplinario y el derecho penal deben nutrirse de la): 169
- no es patrimonio propio y único del derecho penal: 169
- subjetiva de determinación: 169

Teoría de la norma subjetiva de determinación

- como soporte de la ilicitud sustancial: 168
- (una de las categorías fundantes del derecho disciplinario es la): 168

Teoría de los *numerus apertus*

- (jurisprudencia acerca de la): 571,
- que se confunde con los tipos abiertos o en blanco: 574,
- y el conceto de tipicidad: 570,

Teoría tripartita del dolo graduado y agravado

- en la Ley 1952 del 28 de enero de 2019: 371,

Tipicidad

- en materia disciplinaria: 551,
- (¿las causales de justificación desaparecen la): 567,
- particularidades: 551,
- y antijuridicidad o ilicitud sustancial: 567,
- y el principio de culpabilidad ante la creación de conductas culposas por parte del juez disciplinario: 570,
- y elementos del tipo: 605,
- y preservación del orden interno y correctivos o medios para encauzar la disciplina: 595,
- y el principio de legalidad con relación a los diferentes régimenes disciplinarios: 557,
- y faltas descritas en norma previa: 586,
- y la teoría de los *numerus apertus* – justificación jurisprudencial -: 570,

Tipo

- (elementos del): 605,
- (ingredientes especiales del): 610,

Tipos abiertos

- (el ordenamiento disciplinario puede administrarse con los): 167,

Tipos en blanco

- consisten "en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras": 578, 593,
- (el ordenamiento disciplinario puede administrarse con los): 167,
- o abiertos o remisivos en el derecho disciplinario: 167, 572, 574,
- o no autónomos: 197,
- remiten a un complemento normativo integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos: 573
- se ajustan al principio de tipicidad y son admisibles constitucionalmente en los casos en que el correspondiente reenvío normativo permita al operador jurídico establecer y determinar inequívocamente el alcance de la conducta reprochable y de la sanción correspondiente: 580, 594,

Titularidad

- de la acción disciplinaria en los eventos de los funcionarios judiciales: 438,
- de la acción disciplinaria radica en el Estado: 423, 424
- de la potestad disciplinaria: 161, 162, 179, 181

Titularidad de la acción disciplinaria

- (a quien corresponde la): 436,

Titularidad de la potestad disciplinaria

- explica de una manera categórica y seria la presencia de un mecanismo de autotutela estatal de un Control Interno del Estado: 165,

Transparencia

- como principio de la función pública: 34,

- U -

Ubicación

- del principio de contradicción: 290,
- del principio de favorabilidad: 250,
- del principio de ilicitud sustancial: 236,
- del principio de legalidad: 229,
- del principio del reconocimiento de la dignidad humana: 201,
- y generalidades del principio de celeridad: 342,
- y generalidades del principio de cláusula de exclusión: 407,
- y generalidades del principio de congruencia: 405,
- y generalidades del principio de culpabilidad: 371,
- y generalidades del principio de favorabilidad: 250,
- y generalidades del principio de gratuidad: 335,
- y generalidades del principio de igualdad: 2324,
- y generalidades del principio de ilicitud sustancial: 236,
- y generalidades del principio de interpretación de la Ley Disciplinaria: 359,
- y generalidades del principio de legalidad: 229,
- y generalidades del principio de motivación: 353,
- y generalidades del principio de presunción de inocencia: 293,
- y generalidades del principio del debido proceso: 301,
- y generalidades del principio del efecto general e inmediato de las normas procesales: 414,
- y generalidades del principio de la cosa juzgada: 362,
- y generalidades del principio de la investigación integral: 403,
- y generalidades del principio de la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción disciplinaria: 392,
- y generalidades de los fines o función de la sanción disciplinaria: 387,

Ultractividad

- y principio de favorabilidad: 254, 418,

- V -

Valoración

- de la ilicitud sustancial y autonomía: 167,
- de la norma disciplinaria en el campo de la antijuridicidad sustancial: 167,
- de la norma en el derecho disciplinario no escapa a la afectación de los principios, fines

Veeduría de la Procuraduría General de la Nación

- investiga a los funcionarios de la Procuraduría General de la Nación diferentes a los enunciados en el artículo 101 de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019: 491

Versión libre

- en cualquier etapa de la actuación: 105,
- es un derecho dentro de la ley disciplinaria: 105,

Viceprocurador General de la Nación

- como autoridad disciplinaria: 481,

Vocatio

- como elemento de la potestad disciplinaria: 164



Derecho Disciplinario Sustancial
ha sido compuesto con caracteres Acumin Variable Concept y
Source Serif Variable, e impreso en papel bond de 70 gr,
en los talleres de Ediciones Carrera 7 SAS, en noviembre de 2026.