

**EL FALLO DISCIPLINARIO. ¿DECISIÓN EN JUSTICIA O EN
ARBITRARIEDAD LEGITIMADA?**

LUIS HERNANDO CASTELLANOS

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA -
UNICOC**

COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES

BOGOTÁ, D.C.

2016

**EL FALLO DISCIPLINARIO. ¿DECISIÓN EN JUSTICIA O EN
ARBITRARIEDAD LEGITIMADA?**

LUIS HERNANDO CASTELLANOS

Monografía como requisito para obtener el título de ABOGADO

ASESOR TEMÁTICO:

Dra. OLGA ALEJANDRA ARAQUE SOLANO

**INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA COLEGIOS DE COLOMBIA -
UNICOC**

COLEGIO JURÍDICO Y DE CIENCIAS SOCIALES

BOGOTÁ, D.C.

2016

Nota de aceptación

Firma del jurado

Firma del jurado

Bogotá, D.C. 19 de diciembre de 2016

AGRADECIMIENTOS

A la Dra. Olga Alejandra, por su paciencia, dedicación y generosidad al compartir sus conocimientos con un noble propósito. ¡Sin su ayuda este trabajo no hubiese sido posible!!

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
JUSTIFICACIÓN	8
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	9
OBJETIVOS	10
Objetivo General	10
Objetivos Específicos.....	10
MARCOS REFERENCIALES	11
METODOLOGÍA	13
CAPÍTULO I.....	14
LA POTESTAD Y TITULARIDAD DISCIPLINARIA DEL ESTADO	14
1.1 La potestad punitiva del Estado	14
1.3 La facultad disciplinaria	34
CAPÍTULO II.....	41
DE LA ILICITUD SUSTANCIAL	41
2.1 Generalidades: Concepto, elementos y características.....	41
2.2 Elementos de la ilicitud sustancial	44
2.3 Formas de realización de la conducta	52
CAPÍTULO III.....	67
EI ROL DEL OPERADOR DISCIPLINARIO	67
3.1 Los números abiertos (Apertus).....	67
3.2 El poder exorbitante del operador disciplinario	72
CONCLUSIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA	99

INTRODUCCIÓN

El Derecho Disciplinario es la expresión del Estado, en uso de su potestad, a través del cual ejerce una acción preventiva y correctiva. Preventiva en cuanto pretende que los servidores públicos orienten su acción al cumplimiento del deber con apego a los reglamentos, la ley y la constitución, como una expresión ética de su comportamiento. Y correctiva porque a través de este medio sanciona las faltas al cumplimiento del deber funcional, imponiéndole sanciones que en unos casos tienen como objeto llamar la atención del sujeto disciplinable y requerir de él que ajuste su comportamiento a los parámetros esperados en el manual y el reglamento, y en otros toma como medida la expulsión del funcionario de la institución que lo acoge como servidor en cuyo caso el retiro del servicio se hace mediante un proceso.

En el derecho administrativo sancionador todo el proceso disciplinario descansa bajo la responsabilidad de un solo individuo denominado operador disciplinario, siendo facultados por la ley para ejercer esta función la Procuraduría General de La Nación, las personerías municipales y distritales, las oficinas de control interno de las instituciones y los funcionarios delegados para cumplir esta función; pero como la función disciplinaria se centra en todas sus etapas que comprenden la indagación e investigación, la formulación del pliego de cargos y la de juzgamiento e imposición de la sanción en un único funcionario, este, por esta y la facultad que la ley le otorga se convierte en un funcionario con unas facultades y poderes excepcionales, que ningún otro servidor público facultado para sancionar las tiene.

El poder de sancionar como potestad legítima del Estado, tiene unos límites que se traducen para los ciudadanos en general, en principios que tienen como propósito proteger los derechos fundamentales de estos. Los servidores públicos ante todo son ciudadanos y como tales gozan de los mismos derechos que sus coasociados. De otra parte en razón de la relación especial de sujeción el ciudadano que se vincula con el estado adquiere una serie de obligaciones adicionales a las contempladas en la Constitución y la ley, sin embargo esto no implica que pierda derechos, lo que significa es que adquiere unas nuevas obligaciones impuestas por el manual de funciones y los reglamentos internos de trabajo además de un comportamiento ético

y moral que lo obliga a comportarse y cumplir con su deber funcional acorde con los fines del Estado, orientados a satisfacer el bienestar general.

En el desarrollo de este trabajo, se pretende determinar, desde una definición legal, jurisprudencial y dogmática, si las actuaciones del operador disciplinario se encuentran enmarcadas dentro de una facultad otorgada por la ley, concretamente en lo atinente a la definición de la falta y la imposición de la sanción respectiva; es decir, si las faltas *graves* y *leves* están definidas con criterios claramente delimitados en la ley disciplinaria, por cuanto, para estas no existe una definición concreta respecto de que es una falta grave o leve; por lo que, el rol del operador se vuelve difuso y/o gaseoso, lo cual genera que haya en gran medida un alto margen en la interpretación subjetiva del operador disciplinario, lo cual a su vez se hace extensivo a la imposición de la sanción, en cuanto a la graduación de la misma.

Por lo anterior, se examinara lo referentes a los tipos de faltas, su calificación subjetiva, los criterios para determinar su gravedad o levedad y los criterios que aporta el Código Disciplinario para definir la falta y la graduación de la sanción.

El examen se hace desde un punto de vista crítico, pues el objetivo del trabajo no hacer un crítica apasionada basada en concepciones políticas o religiosas, ni mucho menos fundamentar la misma en opiniones subjetivas como las que se escuchan a diario en los medios de comunicación. Por eso el sentido crítico será el que surja del examen de la Ley 734 de 2002, específicamente en lo referente a las facultades que le da al operador disciplinario facultado para ejercer el poder sancionador a nombre del Estado.

JUSTIFICACIÓN

La subordinación que surge a partir de la relación especial de sujeción condiciona al servidor público a cumplir con los mandatos constitucionales, legales, y con las obligaciones del manual de funciones y reglamento interno de trabajo propio de cada institución, requiriendo que actúe con obediencia, eficiencia y celeridad, con un comportamiento ético y moral que dignifiquen y sobre todo legitimen la acción del Estado a través de sus instituciones.

De manera que cuando el funcionario infringe su deber funcional afecta al Estado, la institución y la comunidad, y esta infracción faculta a la institución para que lo indague y sancione cuando el comportamiento así lo amerite. A su vez la facultad sancionadora se ejerce a través de otro servidor público facultado para tal fin por el Código Disciplinario Único, siendo la acción reguladora de este código y el rol de juez del operador disciplinario el sustento y justificación de este trabajo, en la medida en que los criterios de definición de las sanciones que aporta la ley disciplinaria y la autonomía y subjetividad que esta permite al juez disciplinario puede conducir a sanciones injustas y al ejercicio arbitrario y exorbitante del poder del referido juez.

Actualmente la sociedad colombiana tiene una imagen negativa de sus instituciones asociando de manera directa a sus funcionarios con prácticas corruptas, por esto la acción disciplinaria es muy importante para adecuar la acción del servidor a la función institucional de prestar servicios, pues está llamada a corregir estas irregularidades legitimando la acción del Estado frente a la comunidad, pero ejerciendo esta facultad sancionadora con apego al debido proceso, al principio de proporcionalidad y el respeto a los derechos fundamentales de los servidores del Estado.

Por esto el desarrollo de este trabajo es un aporte a la discusión jurídica, con un ánimo crítico - constructivo, sobre la importancia que tiene para el Estado y la comunidad el ejercicio de la acción disciplinaria en la medida en que esta está llamada a coadyuvar en la construcción de una sociedad justa y respetuosa del derecho en el marco de la relación que se dan entre el Estado, sus servidores y la comunidad.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El ejercicio de la acción disciplinaria se da como consecuencia de la potestad legítima que tiene el Estado para someter a su imperio a sus ciudadanos y entre ellos a los servidores quienes se subordinan y aceptan como legítimo el ejercicio de este poder materializado en las instituciones facultadas para tal fin por de la ley 734 de 2002 para sancionar el incumplimiento del deber funcional consagrado en un conjunto normativo del orden constitucional, legal y funcional definido en los manuales y reglamentos internos de trabajo.

El incumplimiento del deber funcional con afectación sustancial del servicio institucional trae como consecuencia un proceso disciplinario. El problema surge cuando El Código Disciplinario establecido para regular estos proceso no establece unos lineamientos claros que delimiten y obliguen al operador disciplinario a ajustarse a los mandatos legales y a los límites establecidos para el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, en consecuencia esté queda facultado por la misma ley para calificar las faltas y definir los incrementos de las sanciones, por lo que puede proferir fallos disciplinarios con una fuerte influencia de su criterio personal , dando lugar a que el sujeto disciplinado reciba una sanción injusta a la vez que convierte al juez disciplinario en un servidor público con unos super poderes que desdibujan la acción legitima del derecho disciplinario.

Por esta situación la pregunta que fundamenta el desarrollo de este trabajo es la siguiente:

La determinación de la responsabilidad y de la sanción disciplinaria obedecen a criterios claramente establecidos en la ley, o en aspectos subjetivos a criterio del operador disciplinario igualmente permitidos por la norma disciplinaria?

OBJETIVOS

Objetivo General

Determinar si el rol del operador disciplinario, desde el marco legal, si las actuaciones del operador disciplinario se encuentran enmarcadas dentro de una facultad otorgada por la ley, concretamente en lo atinente a la definición de la falta y la imposición de la sanción respectiva; es decir, si las faltas *graves* y *leves* están definidas con criterios claramente delimitados en la ley disciplinaria.

Objetivos Específicos

1. Delimitar los conceptos de potestad y facultad, pues a partir de ellos el Estado ejerce la acción disciplinaria sobre sus funcionarios, dada por la subordinación del servidor público al Estado, que surge de la relación especial de sujeción en el marco de la función pública.
2. Concretar la actuación del operador disciplinario en su rol de juez, teniendo en cuenta su autonomía, su criterio subjetivo y las facultades que le da el Código Disciplinario en cuanto estas permiten aplicar con criterio flexible la definición de la falta y el rigor del respeto a los principios que regulan el desarrollo del proceso, en el entendido que una decisión injusta puede afectar los derechos fundamentales del sujeto disciplinable viciando de ilegalidad su actuación.

MARCOS REFERENCIALES

Estado del Arte

En la realización de la investigación se consultan diversas fuentes que van desde la parte dogmática, la Constitución, la Ley, la Jurisprudencia; revistas especializadas y otros documentos que pueden contribuir a la conceptualización del trabajo a realizar.

Teniendo en cuenta que el tema de investigación incluye aspectos muy diversos, se propone a continuación un primer listado de fuentes bibliográficas que puede variar con el desarrollo del trabajo de investigación.

- 1- Dogmática del Derecho Disciplinario, de Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Quinta Edición. Universidad Externado de Colombia.
- 2- Manual de Derecho Penal, Parte General, de Fernando Velásquez Velásquez. Quinta Edición. Ediciones Jurídicas Andres Morales.
- 3- El Proceso Verbal en el Código Disciplinario Único, de David Alonso Roa Salguero y Héctor Enrique Ferrer Leal. Ediciones Nueva Jurídica.
- 4- De la Ilícitud sustancial a lo sustancial de la Ilícitud. Justicia Disciplinaria. De Alejandro Ordoñez Maldonado, Procurador General de la Nación. Procuraduría General de la Nación.
- 5- El Derecho Disciplinario en Colombia. “Estado del Arte”. Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Revista Derecho Penal y Criminología. Volumen XXXII- Número 92. Enero – junio de 2011. “La Relación Especial de Sujeción” Pag. 127.
- 6- Código Disciplinario Único. Ley 734 de 2002. Notas de Vigencia 2014. Procuraduría General de la Nación – Relatoria.
- 7- Sentencia C-028 de 2006. M.P. Dr. Humberto Sierra Porto.

- 8- Sentencia C-736 de 2007. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- 9- Radicado 792 de 1996. Sala de Consulta y Servicio Civil.
- 10- Sentencia C-818 de 2005. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- 11- Sentencia C-818 de 2005. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.
- 12- Sentencia C-1193 de 2008. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

- 13- Sentencia C-341 de 1996. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonel. Citada por: Gómez Pajeau, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Quinta Edición. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2011.
- 14- Sentencia C-948-2002. M.P.Dr. Alvaro Tafur Galvis.
- 15- Sentencia C-427-94. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Citada en la Sentencia C-708-99. MP. Dr. Álvaro Tafur Galvis.
- 16- Sentencia C-030 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- 17-. Sentencia C-030 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Marco Conceptual:

En el trabajo de monografía se parte de establecer los conceptos fundamentales de potestad y facultad del Estado para sancionar la falta disciplinaria, la relación especial de sujeción, la ilicitud sustancial, la culpabilidad, el dolo, la autonomía del juez sustentados a partir de la dogmática del derecho disciplinario, la Constitución, la Ley y demás elementos normativos que permitan regular la función del servidor público cuando este con la falta afecta el deber funcional y como consecuencia el bienestar general, que tiene como propósito el Estado.

En este contexto, el de sancionar la falta al deber funcional, se trata de establecer si la función del juez disciplinario está enmarcada en la normatividad o si esta lo faculta para que interprete a su arbitrio el conjunto normativo y desde su criterio personal construya la falta y por ende su sanción.

METODOLOGÍA

La investigación se desarrolla a partir de conceptos descriptivos en los cuales se precisa el significado de los conceptos que sustentan el trabajo a partir de la dogmática, la ley y la jurisprudencia.

Es también importante una concepción explicativa con la pretensión de relacionar los conceptos que fundamentan el trabajo y de estos con el rol del juez disciplinario en su propósito de sancionar una falta a partir de una construcción de la antijuricidad de la falta disciplinaria.

La estrategia metodológica que se aplicará partirá de la recopilación, desde diversas fuentes, de las definiciones que estructuran el trabajo, con el objeto de precisarlas, interiorizar su significado y desde este punto examinar la función del juez disciplinario, en un sentido crítico - constructivo, con el propósito de valorar si este actúa ajustado al conjunto normativo o actúa desde su propio criterio y por ende puede ser injusto al sancionar.

CAPÍTULO I

LA POTESTAD Y TITULARIDAD DISCIPLINARIA DEL ESTADO

1.1 La potestad punitiva del Estado

El derecho disciplinario es una especie del género del derecho sancionador, del cual forman parte, además de este, el derecho penal, el derecho contravencional, el derecho correccional y el derecho de punición por Indignidad política (impeachment). Esta rama del derecho también se conoce como derecho administrativo sancionador, porque su campo de acción se encuentra en la administración pública o como derecho penal administrativo, porque toma del derecho penal su estructura.

La razón del derecho sancionador se encuentra en el *ius puniendi* o facultad sancionadora que tiene el Estado. Sobre este concepto, en un contexto más amplio, Fernando Velásquez V. dice:

“... es la potestad radicada en cabeza del Estado en virtud de la que este, revestido de su poderío e imperio, declara punibles determinados comportamientos que por su especial gravedad atentan contra la convivencia comunitaria...”¹

Este concepto lleva a pensar que el Estado goza de un poder absoluto frente al ciudadano y que este a su vez se puede ver avasallado por el poder de aquel, por lo que se hace indispensable que esta relación sea regulada por unos límites al ejercicio del poder legítimo del Estado y de la misma rama del derecho sancionador que se esté aplicando. En este sentido C.Roxín, citado por Fernando Velásquez V., afirma:

*“...el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también **ha de imponer límites a la potestad punitiva, para que el ciudadano no***

¹VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Quinta Edición. Bogotá. C.C. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2013. Pág. 34.

quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del “Estado Leviatan””².
Negrillas fuera del texto original.

Estos límites al *ius puniendi*, en el derecho penal se clasifican en materiales y formales. Su propósito es el de limitar el uso de la fuerza por el Estado y el de proteger los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Los límites materiales hacen referencia a la afectación del bien jurídico, a la materialidad de la conducta ocasionada por el sujeto activo, por tanto la sanción debe estar acorde a ese daño tomando en cuenta la dignidad del sancionado, la igualdad de este ante la ley, la finalidad de la sanción, entre otros.

Dentro de los límites materiales encontramos los siguientes:

- ✓ **El principio de dignidad humana:** En razón de este principio el individuo debe ser tratado por el Estado como persona y no como cosa, por eso las penas deben tener un límite en su duración.³
- ✓ **El principio de igualdad material ante la ley:** Es la igualdad jurídica de todos ante la ley; sin embargo, se debe tener en cuenta que hay un trato igualitario o análogo para los semejantes y uno diferenciado o desigual para los diferentes. Los ciudadanos pueden exigir un trato semejante al de los demás, el Estado está en la obligación de dar un trato uniforme en la aplicación de la ley.
- ✓ **El principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso:** El castigo debe ser idóneo y razonable. La intensidad de la sanción se limita de acuerdo con la gravedad de los hechos motivo de sanción. Debe haber un juicio de ponderación entre la carga de la pena y el fin perseguido.⁴

²Ibid. Pág. 34

³Ibid. Pag. 45.

⁴ Ibid. Pág. 48.

- ✓ **El principio de teología de las sanciones:** La sanción impuesta por el Estado debe velar por la readaptación, resocialización, la reeducación del infractor evitando la estigmatización. Debe orientarse a evitar la comisión de nuevos delitos y proteger la sociedad. Las sanciones crueles, inhumanas, degradantes y que solo buscan cosificar al ser humano deben ser rechazadas.⁵

- ✓ **El principio del acto:** No hay delito sin conducta humana, de este se deriva el principio del hecho o de la objetividad material, es decir que el hecho que se sanciona realmente haya ocurrido. Se castiga al hombre por lo que realmente realizó y no por lo pensado.⁶

- ✓ **El principio de lesividad:** No hay delito sin daño. La intervención punitiva solo es procedente cuando las conductas afectan lo social y las libertades ajenas.⁷

- ✓ **El principio de culpabilidad o de responsabilidad subjetiva:** Establece el axioma de que no hay pena sin culpabilidad pues se debe partir de la seguridad que el hecho puede serle exigido al sujeto implicado. Se caracteriza porque solo se le puede imputar a la persona que actúa, porque no se castiga a quien obra sin culpabilidad por lo que se excluye la responsabilidad por el mero resultado (responsabilidad objetiva), y porque la sanción no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad.⁸

Como límites formales se encuentran:

Los límites formales se aplican desde el contenido de la norma desde la prohibición que ésta establece. En ese entendido, el juez tomará en cuenta para llegar a la sanción los principios de legalidad, de taxatividad, entre otros.

⁵ Ibid. Pág. 58

⁶ Ibid. Pág.60

⁷ Ibid. Pág.66

⁸ Ibid. Pág.74

- ✓ **El principio de legalidad:** Su objeto es controlar el poder punitivo del Estado y enmarcar su aplicación a límites excluyentes de cualquier arbitrariedad, con esto impone el imperio de la ley, por eso solo el poder legislativo puede imponer sanciones estipulándolas en normas producto de su actividad legislativa, así una persona solo puede ser juzgada con base en leyes pre existentes al acto que se le va a imputar y estas a su vez, no pueden ser indeterminadas respecto del hecho, pues este debe estar claramente contenido en la norma sancionadora.⁹

- ✓ **El principio de taxatividad:** Indica la claridad y objetividad en la descripción de la acción objeto de sanción, rechazando la posibilidad de interpretaciones subjetivas; enfatiza la certeza que debe existir en la norma penal respecto de la prohibición o mandato legal (supuesto de hecho) y de la consecuencia jurídica (sanción).¹⁰

- ✓ **El principio de prohibición de ultractividad de la ley penal:** Se fundamenta en que la ley penal se dicta para el futuro e impera desde su promulgación hasta su derogación. No cobija hechos anteriores ni posteriores, no hay retroactividad. No se pueden revivir normas penales derogadas para cobijar hechos ocurridos durante su vigencia. Es una norma de protección jurídica para el reo, se funda en la seguridad jurídica que debe imperar en el Estado de Derecho.¹¹

- ✓ **El principio de prohibición de la analogía:** No es posible crear figuras penales, ni imponer penas o medidas de seguridad con base en analogías jurídicas. No se pueden llenar vacíos jurídicos a partir de normas semejantes. El principio es aplicable cuando la norma es contraria al implicado pero cuando le resulta favorable se puede aplicar.¹²

- ✓ **El principio del juez natural:** Es el juez designado conforme a las reglas y garantías que señala la Constitución para el funcionario encargado de impartir justicia, en consecuencia no puede actuar como juez quien este investido por las normas aseguradoras de la función

⁹ Ibid. Pág. 75

¹⁰Ibid. Pág. 83.

¹¹ Ibid. Pág.87

¹² Ibid. Pág. 89

jurisdiccional del Estado. La función esencial del juez es la de asegurar el respeto a los principios fundamentales de manera independiente e imparcial.¹³

- ✓ **Principio de prohibición de la doble incriminación:** Con base en este principio se establece que el juicio sobre la litis es intocable e inmodificable, es definitivo y no puede ser tocado por el juez una vez que la decisión de fondo se encuentra en firme. Todas las partes deben acatar la decisión final y nadie puede reabrir el debate con los mismos elementos. Se resume en el non bis in ídem: nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo comportamiento.¹⁴

1.2 La potestad disciplinaria

Partiendo del hecho que la potestad de sancionar obedece al *ius puniendi*, es claro que el derecho disciplinario, como especie del derecho sancionador, también surge de esta potestad, así el Art. 1° de la Ley 734 de 2002, señala que: “*El Estado es el titular de la potestad disciplinaria.*”¹⁵ Este mandato de orden legal afirma la autoridad del Estado sobre sus subordinados, en este caso sus servidores públicos, con el propósito de imponer un control preventivo y sancionador, que le permita hacer efectivos los fines del Estado.

Estos fines, constitucionalmente se encuentran definidos en el Art. 2, que señala:

*“**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.**”*

¹³Ibid. Pág. 92

¹⁴ Ibid. Pág.93

¹⁵Ley 734 de 2002.Art. 1.Notas de vigencia 2014. Procuraduría General de la Nación. Bogotá D.C. Colombia.

*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 los particulares*¹⁶Negrillas fuera del texto original.

El artículo constitucional consagra el servicio a la comunidad como un fin esencial del Estado, a la vez que garantiza la efectividad de los principios, derechos y deberes facilitando, entre otros aspectos, las relaciones con la administración. De esta forma asigna a las autoridades el deber de proteger la vida, la honra, los bienes, creencias, los derechos y libertades de los ciudadanos, para asegurar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Así las cosas, el servicio es una función esencial del Estado orientada al bienestar general de sus ciudadanos y corresponde a las instituciones y sus servidores hacer efectivo su cumplimiento, rol en el cual el derecho disciplinario tiene cabida en cuanto a que es el encargado de prevenir y sancionar las conductas desviadas de los funcionarios, en especial aquellas que atenten contra el cumplimiento de los fines del Estado, haciendo uso de la facultad disciplinaria consagrada en el Código Disciplinario como norma protectora.

Respecto de la relación que surge entre el Estado y los ciudadanos con ocasión a la prestación de los servicios, Antonio Alejandro Barreto Moreno, señala:

“...el gobernante es el depositario de una función, cualificada como social, que no es otra distinta que gestionar, operar y administrar una serie de servicios públicos que pretenden garantizar el bienestar para los gobernados.”¹⁷

Respecto de la función social del Estado, señala el mismo autor referenciado que:

¹⁶Constitución Política de 1991. Art. 2. Vigésimo Novena Edición. Editorial Legis. Bogotá D.C. . Colombia. 2013.

¹⁷ BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la época de los treinta. Opinión Jurídica. Vol 10. N°20. Universidad de Medellín. Julio – diciembre 2011. P. 71

“La función social del Estado es la organización, administración y gestión del funcionamiento de los servicios públicos.”¹⁸

Con relación a la validez de la soberanía del Estado, continúa diciendo:

“En consecuencia, el Estado (personal) no obtiene su validez de la soberanía, sino de la función que le es inherente, la social. Con fundamento en esta concepción, el Estado soberano dejó de existir, lo que tuvo como resultado el surgimiento de un Estado soportado en la función social, que no es otra que prestar servicios públicos cuyo fin es el bienestar social.”¹⁹

De lo dicho en los fragmentos de texto citados, se comprende que la efectiva prestación de los servicios públicos cumple una función social primordial, pues con esta satisface las necesidades básicas que la población requiere, siendo una función retributiva pues al realizar la prestación de manera efectiva cumple con la razón de ser del Estado, reflejada en el bienestar general de la comunidad como fin primordial, a la vez que legitima su razón de ser. Es decir, que la relación que surge entre el Estado y sus asociados se perfecciona con la prestación de los servicios públicos como norma de cumplimiento para el primero y como necesidad primordial para los segundos, de cuyo cumplimiento depende la legitimidad estatal y la satisfacción o demanda de los asociados.

Una primera concepción jurídica del servicio público la da León Duguit, citado por Antonio Barreto Moreno, en la Revista Opinión jurídica, que se ha venido referenciando, así:

“toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable la realización y al desenvolvimiento de la interdependencia social, y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante”²⁰

¹⁸ Ibid. P. 73

¹⁹ Ibid. P. 73

²⁰ LEON DUGUIT. Citado por: BARRETO MORENO. Antonio Alejandro. La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la época de los treinta. Opinión Jurídica. Vol 10. N°20. Universidad de Medellín. Julio – diciembre 2011. P. 73

En la primera parte el autor establece unos parámetros en la prestación del servicio, como son: el cumplimiento, la regularidad, la seguridad y la fiscalización (regulación por el gobernante). El texto también hace referencia a la interdependencia social, entendiéndose que involucra a todo el grupo social, por lo tanto los servicios públicos se prestan de manera abierta a todos los habitantes. Sin ningún tipo de distinción ni restricción, su oferta se hace de manera general y corresponderá a los ciudadanos hacer uso de estos según su necesidad individual. Y como un tercer elemento le atribuye a la capacidad gobernante la ejecución y regulación puesto que solo este tiene la potestad para la prestación y normatización de las condiciones en que la comunidad accederá a dicho servicio

Los servicios públicos tienen como características: Una generalidad, pues permiten que todos los ciudadanos hagan uso de ellos, teniendo como límite únicamente la naturaleza del servicio, por lo tanto responde a una necesidad colectiva. La igualdad, entendida como el trato igualitario que la institución prestadora debe dar a todos los usuarios. La regularidad, entendida como el conjunto de normas jurídicas que regulan su prestación. La continuidad, como la disponibilidad permanente de acuerdo a la naturaleza del servicio, por ejemplo el servicio de acueducto requiere que la regularidad de su prestación sea permanente mientras que el de educación tiene unos ciclos de prestación y otros de descanso.

De otra parte, se tiene que los servidores públicos son el conjunto de personas vinculadas con las diversas entidades del Estado, cuyo objeto es la prestación de servicios públicos, como educación, salud, acueducto, seguridad, etc, en un contexto de la administración pública donde el ciudadano y el Estado concretan su relación, siendo el servidor público el encargado de materializar el servicio ofertado por el Estado a través de una institución específica acorde con la naturaleza del servicio requerido.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 123 señala quienes son servidores públicos y a quien está orientado su servicio, en los siguientes términos:

“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.”²¹

Del contexto del artículo referido se desprende que el carácter de servidor público se adquiere con la vinculación de un ciudadano con el Estado (relación especial de sujeción), en cualquiera de sus entidades, independientemente de la naturaleza que esta tenga o el servicio que preste, incluyendo entre las entidades a las descentralizadas territorialmente y por servicios. Desde el punto de vista del derecho disciplinario en un sentido extenso, cualquier servidor puede ser sujeto disciplinable independientemente de la entidad a la que este adscrito. Respecto de los *particulares* que ejercen funciones públicas, como en el caso de los notarios, asociaciones, entre otros, ellos son sujetos del derecho disciplinario.

Sobre estos particulares antes señalados, el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, dice:

“Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este Código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este código.

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.”²²

La definición del artículo en mención vincula de manera específica como sujetos disciplinables particulares (no servidores públicos) a los indígenas que administran recursos del Estado, a los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones en las que el Estado tenga una participación mayoritaria. Es decir que la nota que define quien puede ser objeto de la aplicación del derecho

²¹Constitución Política. Op. citArt. 123.

²²Ley 734 de 2002. Op. Cit. Art. 25.

disciplinario es el hecho de ser servidor público, en primer lugar y los particulares que administran recursos provenientes del Estado, en segundo lugar,

A su vez el artículo 53 de la misma ley 734 de 2002, modificado por el artículo 44 de la ley 1474 de 2011 – estatuto anticorrupción-, referido en el primer inciso de artículo 25 del mismo código, sobre los sujetos disciplinables dispone:

“Sujetos disciplinables: ... El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores e 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 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; 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 han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que prestan 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.”²³

Este artículo hace más específico el grupo de particulares que son sujetos disciplinables al incluir a los interventores, los que ejercen funciones públicas de manera transitoria o permanente y quienes administren recursos públicos u oficiales. Quienes administran recursos son aquellos ciudadanos que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales. Excluye a los particulares que prestan servicios públicos con la salvedad de que

²³Ibid. Art. 53.

estén desempeñando funciones públicas. Respecto de las personas jurídicas indica que será responsable el representante legal o los miembros de la junta directiva.

El otro elemento importante de esta relación lo constituye el hecho de que el servidor está obligado a servir al Estado y la comunidad, en el entendido que la función primordial del Estado y la administración pública es el bienestar general de la comunidad. Por ende la prestación del servicio en los términos establecidos en la Constitución, la ley el reglamento se convierten para el servidor en un imperativo de comportamiento, de allí que la inobservancia del deber funcional es motivo de falta disciplinaria y da lugar a la aplicación de las sanciones establecidas en el CDU, de acuerdo con la afectación funcional del servicio público.

Retomando el tema de la potestad disciplinaria, desde la jurisprudencia, la Corte Constitucional en su sentencia C-028 de 2006, señala como objetivos, el siguiente:

*“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”²⁴* Las negrillas y el subrayado no hacen parte del texto original.

En primer lugar es claro que la potestad disciplinaria se dirige contra los funcionarios públicos. En segundo lugar estos deben haber asumido conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes funcionales o haber obstaculizado la administración pública. En tercer lugar deja ver que la función principal es la de prevenir y sancionar dichas conductas. Y por último, esa conducta debe ser contraria a principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, orientadores de la actividad administrativa y por lo tanto fundamentos esenciales para la realización de los fines del Estado.

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006. M.P. Dr. Humberto Sierra Porto

La naturaleza constitucional de la potestad disciplinaria.

La Constitución Política contiene en su articulado diversas disposiciones que permiten vislumbrar la importancia que tiene para el Estado la acción disciplinaria y las garantías que debe tener el sujeto disciplinable a la hora de enfrentar un proceso en su contra, con el propósito de garantizar un procedimiento justo que corrija y prevenga las infracciones, para que el servidor asuma un comportamiento ético ante el deber funcional y de esta forma para garantizar el cumplimiento de los fines de la administración pública y el bienestar general como fin último del Estado.

Entre estas disposiciones se destacan:

- El Art. 6 de la Constitución Política que establece:

“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 extralimitación en el ejercicio de sus funciones.**”²⁵ Negrillas y subrayado fuera del texto original.

Deja claro el artículo constitucional el *sometimiento* de los servidores, en primer lugar a la Constitución y la ley, y por esa vía a la potestad que tiene el Estado para ejercer la fuerza legítima, y en segundo lugar que la responsabilidad que estos deben asumir, lo hacen por sus actos, cuando omiten o cuando se extralimitan en su deber funcional. Establece, entonces el artículo en mención, un grado de diferenciación entre los ciudadanos y los funcionarios, en razón de su cargo; pero esta norma superior no dice que los derechos del sujeto vinculado con el Estado, se vean disminuidos, se percibe que estos se mantienen en igualdad de condiciones y lo que si hace es establecer unas obligaciones adicionales, por el hecho de ser servidor público.

Frente a esto la ley 734 de 2002 en su artículo 27 regula la forma de realización del comportamiento así:

²⁵Constitución Política de 1991. Op. Cit. Art. 6.

*“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 sus funciones.*

Cuando se tiene el deber jurídico de impedir un resultado, no evitarlo, pudiendo hacerlo, equivale a producirlo.”²⁶

En desarrollo de la precitada norma constitucional el artículo ibídem establece tres formas de realización del comportamiento lesivo al deber funcional, así:

a- **Por Acción:** El diccionario de la lengua española, de la Real Academia Española, define el concepto de acción como: *“Resultado de hacer. Efecto que causa un agente sobre algo.”²⁷*, entre otros significados. Con una concepción jurídica la acción es la expresión exterior de la voluntad de una persona que se manifiesta en un resultado.

Fernando Velásquez V, al referirse a las conductas dolosas imprudentes, señala que:

“Así las cosas, a diferencia del tipo doloso, en el tipo imprudente la acción es – en principio- indefinida y solo es posible concretarla cuando se sabe con certeza cual conducta desencadenó el resultado penalmente relevante; los tipos imprudentes, pues, no contemplan acciones como tales, sino que ellas se prohíben en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción.”²⁸ Las negrillas y el subrayado están fuera del texto original.

Se trae a colación el texto referenciado, porque en él se trata el tema de una acción indefinida desde el punto de vista penal, es decir que no está tipificada, y que solo se puede concretar cuando se conoce el resultado. Este tipo de acción implica un accionar descuidado pudiendo ser evitable, el cual con la simple precaución, se podría evitar el resultado dañino. Sin embargo,

²⁶Ley 734 de 2002. Op. Cit. Art.27

²⁷ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. <http://dle.rae.es/?id=OKZwLbE>. Consultado el 06 – 10 – 2016.

²⁸ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Op. Cit. Pág. 437-438

para que se produzca el resultado reprochable se requiere la realización de una acción, que lleva consigo un actuar imprudente.

b- **Por Omisión:** Desde el derecho disciplinario el termino hace referencia a un actuar descuidado, a la desatención elemental, la negligencia, la impericia, al dejar de hacer; esta forma de actuar puede corresponder con una modalidad culposa.

c- **Por extralimitación:** Es ir más allá del deber impuesto de acuerdo al rol funcional, es realizar acciones para las cuales el servidor no tiene competencia. Es hacer un mal uso del poder o función conferido.

La acción y la omisión llegan a un mismo fin que constituye la afectación del deber funcional. Se diferencian en que la primera implica actuar imprudentemente mientras que en la segunda está presente el descuido. En este sentido Carlos Arturo Gómez Pavajeau se pronuncia diciendo:

“en derecho disciplinario poca o ninguna importancia tiene diferenciar entre acción y omisión, puesto que, como ha quedado explicitado, toda falta disciplinaria se reconduce a la infracción de un deber: el deber se desconoce tanto por acción como por omisión.”²⁹

Estas son los conceptos básicos definidos en la ley disciplinaria sobre la forma como se realiza la conducta que deriva en una afectación del deber funcional. Sin embargo, también se deben tener en cuenta las inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos, prohibiciones y conflicto de intereses como otras formas de infracción, aclarando desde una perspectiva formal que todas estas formas de infracción son prohibiciones propiamente dichas y se incurre en ellas a través de la acción y la omisión.

²⁹ GÓMEZ PAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Quinta Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. Colombia. 2011. Pág.340.

En cuanto a la acción, porque para materializar la conducta infractora, se debe realizar la acción, por una doble vía también constituye una omisión, pues el servidor público, pese a conocer la prohibición, omite dar cumplimiento a la ley que lo obliga a no ejecutar ciertas conductas.

Entonces la relación de sujeción, se establece entre dos partes: la primera representada por el Estado, quien crea el cargo, delimita las funciones a través de la ley, los reglamentos y manuales de las instituciones, y que se encarga de prevenir y sancionar el incumplimiento del deber funcional a través de la ley y la segunda, está dada por el ciudadano que ingresa al servicio público y que cuando lo hace debe someter su actuación funcional a la Constitución, a la ley y a los reglamentos, expresado este sometimiento bajo la gravedad del juramento.

La relación especial de sujeción subordina al servidor público al Estado, quien lo somete en razón de la potestad sancionadora que tiene, y que este acepta de manera voluntaria y libre; de tal forma que la subordinación se da por la necesidad del Estado de materializar el bienestar general a través de las instituciones creadas para cada fin específico y por el interés de los ciudadanos de acceder a dichos cargos.

- **El debido proceso:** Art. 29 C.N y Art. 6 CDU. Desde el ámbito constitucional obliga a que sea tenido en cuenta en todas las actuaciones judiciales y administrativas.³⁰ Disciplinariamente hace necesario que el funcionario sea investigado por funcionario competente con la observancia formal y material de las normas que determinan la ritualidad el proceso, en los términos del CDU.³¹

- **Derecho a la defensa:** Art. 29- 4 C.N. Art. 17 CDU. Es el derecho a defenderse ante la justicia por los cargos imputados acudiendo a un abogado que lo represente. Disciplinariamente se entiende que debe ser representado por un abogado. Si es procesado

³⁰Constitución Política de 1991. Op. Cit. Art.29.

³¹Ley 734 de 2002. Op. Cit Art.6

como persona ausente será representado por apoderado judicial o se le debe designar un defensor de oficio.³²

- **Presunción de inocencia:** Art. 29-4 C.N. Art. 9 CDU. Toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado judicialmente culpable.³³ Disciplinariamente se presume la inocencia hasta que se declare la responsabilidad mediante fallo ejecutoriado. Es importante destacar que en disciplinario toda duda razonable se resolverá en favor del investigado.³⁴

- **Derecho a la igualdad:** Art. 13 C.N. Art. 15 CDU. Dice la Constitución que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozaran 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.³⁵ Desde el principio de la ley disciplinaria esta tratará de igual modo a todos sus destinatarios.³⁶

- **Supremacía de la Constitución:** Art. 4 C.N. Art. 21 CDU. Los preceptos constitucionales prevalecerán cuando cuándo haya divergencia entre la Constitución y la ley.³⁷ Este principio es reconocido en el código Disciplinario cuando dice que en la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución y la ley.³⁸

La función pública

Sobre este aspecto, el artículo 122 Constitucional en sus incisos 1° y 2°, señala:

³² Ibid. Art. 17.

³³ Constitución Política de 1991. Op. Cit Art. 29 – 4..

³⁴ Ley 734 de 2002. Op. Cit. Art.9

³⁵ Constitución Política de 1991. Op. Cit. Art. 13.

³⁶ Ley 734 de 2002. Op. Cit. Art.15

³⁷ Constitución Política de 1991. Op. Cit. Art. 4

³⁸ Ley 734 de 2002. Op. Cit. Art.21

*“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta....”*³⁹Negrillas fuera del texto original.

*“Ningún servidor público entrara a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.”*⁴⁰Negrillas fuera del texto original.

El artículo constitucional precisa que las funciones deben estar detalladas en la ley o el reglamento, es decir, que le establece unos límites al funcionario para actuar en relación a su cargo y este debe estar contemplado en la planta de personal. Es claro que la materialización del servicio está regulado por la existencia del cargo en primer lugar y la delimitación de las funciones en segundo lugar. Entre tanto, el inciso segundo le exige al servidor comprometerse con el respeto a la Constitución y el cumplimiento de los deberes relativos a su cargo.

De otra parte, como el derecho disciplinario tiene aplicación en la administración pública, es necesario concretar que es “derecho administrativo”. En palabras de Libardo Rodríguez R., este es:

*“...el conjunto de principios y reglas jurídicas que tienen por objeto regular la organización de la administración pública y la actividad administrativa de las entidades públicas y de las personas privadas que participan en esa actividad o que son afectadas por ella.”*⁴¹. Negrillas fuera del texto original.

Al ser la administración pública el conjunto de acciones ejercidas por el Estado, todas las actividades que realizan sus instituciones están reglamentadas y los funcionarios encargados de materializarlas se encuentran sujetos a esa normatividad, incluida su función y desde luego las

³⁹Colombia. Constitución Política de 1991. Op. Cit. Art. 122-1

⁴⁰ Ibid. Art. 122-2

⁴¹ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Decimoséptima Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2011. P.26.

faltas disciplinarias que en su ejercicio pueda llegar a incurrir serán sancionadas a través del derecho penal, fiscal y disciplinario bajo la independencia de cada uno de ellos.

Sobre el concepto de administración pública se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia C-736-de 2007, precisando a que rama del Estado pertenece esta, así:

*“Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación en varias oportunidades ha analizado las posibles diferenciaciones, llegando a concluir que la expresión **Administración Pública Central** abarca todos los organismos de la Rama Ejecutiva Nacional, pero no comprende las demás ramas ni los órganos autónomos que fueron consagrados en la Constitución.”⁴²Las negrillas no hacen parte del texto original.*

Respecto de las actividades que hacen parte de la administración pública, el Consejo de Estado, en la Radicación 792 de 1996 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, dijo:

“Significó inicialmente el término Administración Pública, la actividad estatal que ejecuta la ley. Hoy en día su mayor dificultad radica en precisar su alcance de tal manera comprensivo que abarque toda la actividad del Estado desarrollada a través de sus distintas ramas y organismos.”⁴³

De los conceptos de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, se puede concretar que el término “administración pública” hace referencia a todas las instituciones del Estado adscritas a las distintas ramas del poder público, su actividad se enmarca dentro de la ley y está dirigida a organizar y materializar el concepto de servicio público como fin esencial del Estado para alcanzar el bienestar general.

Como elementos esenciales de este concepto se encuentra el Estado, sus instituciones, los servidores de estas, el servicio público y los ciudadanos, estableciendo entre todos estos

⁴² Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴³ Consejo de Estado. Radicado 792 de 1996. Sala de Consulta y Servicio Civil.

elementos una relación funcional que se enmarca en la legitimidad del Estado y la satisfacción de sus asociados materializada a través de la administración pública.

Sobre el ejercicio de la función pública el Art. 209 de la Carta Política, la regula así:

Inciso 1º: “*La función administrativa está al servicio del interés general...*”Negrillas fuera del texto original.⁴⁴

Inciso 2º: “... *La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.*”⁴⁵Negrillas fuera del texto original.

Se recalca entonces, que la finalidad de la administración es el interés general y que la actividad que se genera como consecuencia de esta, debe ser controlada al interior de cada institución, pues de esta forma el Estado garantiza el cumplimiento de manera efectiva de dicho interés.

Teniendo claro que la finalidad de la administración es el interés general, entonces los funcionarios públicos deben actuar en este sentido, por eso el inciso segundo del Art. 123 constitucional señala:

“*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.*”⁴⁶ (Negrillas fuera del texto original).

Los servidores públicos están al servicio del Estado porque este es la entidad a cargo de la prestación de los servicios públicos, y están al servicio de la comunidad porque es a ella a quien se dirige su prestación y por ende, es el beneficiario y en quien se materializa el principio funcional del bienestar general.

⁴⁴Colombia. Constitución Política de 1991. Op. Cit. Art. 209-1

⁴⁵Ibid. Art. 209-2.

⁴⁶Ibd. Art. 123.

Desde la realidad que hoy vivimos, se hace necesario hablar de la administración pública, haciendo referencia a la eficiencia en la administración de sus instituciones, a la efectividad del servicio público que estas ofertan desde los principios de eficacia, moralidad, economía y sobre todo, la satisfacción de necesidades de la población usuario de estos.

La institución hace efectiva la prestación del servicio a la comunidad a través de un grupo de personas que desempeñando roles administrativos, misionales y operativos, que llegan a ella por diversos medios como los concursos de méritos, contratos de prestación de servicios, y que no siempre la forma de vinculación es la más indicada, si se tienen en cuenta los principios de transparencia y moralidad.

Desde la óptica de la función pública, un servidor debe reunir requisitos para su postulación, concurso (de méritos), inscripción en la carrera y posesión en el cargo para el cual aplicó. Este debería ser el principio de vinculación, pero no siempre es así, porque en estos procesos intervienen agentes externos, entre los que se encuentran los políticos quienes tienen las instituciones públicas como una propiedad en la cual pueden disponer de su planta de personal con un claro propósito burocrático y de manejo de los recursos dirigidos al funcionamiento y desarrollo misional de la entidad estatal, teniendo como consecuencia la ineficiencia administrativa y la corrupción como elementos del fracaso institucional.

Por ello, es exigible del servidor público tener un conocimiento claro de su deber funcional, desarrollar su sentido de pertenencia, adecuar su comportamiento ético y moral a la importancia que tiene para la institución y el Estado su desempeño como servidor público, aunque en el terreno práctico en algunos eventos, el funcionario público ha incurrido en actos de corrupción desde su ámbito personal y desde una marcada influencia de los grupos políticos que manejan las instituciones o que las tienen como propias.

Estas son razones por las que se requiere que las leyes, los reglamentos y los manuales de funciones sean claros en la definición de las funciones y las responsabilidades que asumen el

funcionario cuando se posesiona, y estrictos en la definición y aplicación de las sanciones pertinentes cuando el empleado público incumple con su deber funcional. Pero la efectividad en la aplicación de la ley disciplinaria y los reglamentos depende primordialmente del operador disciplinario, funcionario que tampoco es ajeno a los vicios propios de la administración pública, al fin que su postulación y selección son también “propiedad” del estamento político.

1.3 La facultad disciplinaria

La facultad para sancionar disciplinariamente se deriva de la potestad que tiene el Estado para regular las actuaciones de sus funcionarios teniendo como propósito el logro del bienestar general como un fin primordial de la administración pública. En este sentido la sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional refiriéndose a la facultad para sancionar que tienen las entidades del Estado, ha precisado:

*“Ahora bien, en el terreno del derecho disciplinario, el derecho sancionador de la Administración se concreta en la facultad que se le 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”.*⁴⁷ Negrillas fuera del texto original.

A su vez la ley 734 de 2002 en su artículo 2°, ha señalado quienes tienen la potestad para ejercer la acción disciplinaria, así:

*“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*

⁴⁷Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil

*asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias.*⁴⁸ Negrillas fuera del texto original.

En este orden, el artículo disciplinario lo que hace es desglosar la facultad para ejercer la acción disciplinaria y a la vez señalar a quienes corresponde ejercerla. Así le corresponde a la Procuraduría General de la Nación el ejercicio del poder preferente, es decir que desplaza a los demás operadores; ejercen este mismo poder preferente las Personerías Distritales y Municipales, frente a las oficinas de control disciplinario interno, pero no ante la Procuraduría quien si las puede desplazar; finalmente estarán las oficinas de control disciplinario interno y los funcionarios facultados para tal fin.

El poder preferente es la facultad que tiene la Procuraduría General de la Nación para ejercer la acción disciplinaria sobre cualquier funcionario público. En razón de esta facultad la Procuraduría también puede asumir la acción disciplinaria en cualquier etapa en que se encuentre, desplazando a cualquier otro operador, es decir que puede asumir las acciones disciplinarias que estén adelantando las oficinas de control disciplinario interno, las personerías municipales y distritales o las que adelanten los funcionarios facultados para tal fin.

En el orden municipal este poder lo ejercen las personerías sobre las oficinas de control disciplinario interno y los funcionarios facultados para tal fin.

Para que la Procuraduría General de la Nación ejerza el poder preferente es necesario que el ilícito disciplinario tenga relación con hechos relacionados con derechos humanos, derecho internacional humanitario, contratación estatal, las normas presupuestales, fiscales, contables, carcelarias, el patrimonio público y la moralidad pública. También procede la aplicación de esta facultad cuando la idoneidad, eficacia, efectividad, transparencia e imparcialidad del órgano

⁴⁸Ley 734 de 2002. Op. Cit. Art.2

de control interno es cuestionable. Según se encuentra consignado en la página web de la entidad de control disciplinario.⁴⁹

De otra parte la nominación de estos funcionarios corresponde al Congreso de la República para el caso del Procurador General de la Nación, a los Consejos distritales y municipales para los personeros, al titular de control disciplinario interno lo hará el funcionario a cargo de la entidad, como los alcaldes y gerentes.

Se puede observar que la nominación del operador disciplinario tiene un alto contenido de intervención del estamento político, hecho que crea un vínculo entre el nominador y el operador, situación que conlleva a que las decisiones no sean necesariamente imparciales y justas.

El objetivo de la acción disciplinaria no es otro que el de iniciar, adelantar y fallar procesos disciplinarios cuando los servidores públicos transgreden el deber funcional. La sentencia C-818 de 2005 de la Corte Constitucional, se refiere a la finalidad de la acción disciplinaria, así:

“...resulta indiscutible que la finalidad del derecho disciplinario es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos. Es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables.”⁵⁰

La jurisprudencia enfatiza la finalidad del derecho disciplinario concretando que esta consiste en salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, convirtiendo estos principios en los parámetros de comportamiento del servidor, para que este

⁴⁹ Procuraduría General de la Nación. Poder preferente y supervigilancia administrativa. <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/poder-preferenteT-734.page>. Consultado: 06 – 10 - 2016

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

no incurra en omisión o extralimitación de sus funciones por la inobservancia de sus deberes funcionales cuando desacata los mandatos constitucionales, legales y los establecidos en los manuales de funciones, esto como un propósito preventivo, cuando es definitivamente sancionatorio se debe precisamente al incumplimiento de estos postulados, o por incurrir en vulneración al régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones, de esta manera, la sanción disciplinaria tiene como finalidad, de acuerdo al Art. 16 de la ley 734 de 2002, una órbita preventiva y otra correctiva.

La sanción disciplinaria surge como consecuencia del incumplimiento del deber funcional y en ese sentido la función correctiva se encarga de castigar la afectación del deber funcional apartando el servidor de su cargo e inhabilitándolo para que no pueda vincularse a las instituciones del Estado durante el tiempo que dure la sanción. A su vez la prevención está encaminada a encausar al funcionario para que actúe de acuerdo a los lineamientos que el manual de funciones, la Constitución y la ley, bien sea por el convencimiento o por el temor a la sanción.

La prevención y corrección son tratadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-1193 de 2008, en estos términos:

*“Las normas de derecho disciplinario cumplen finalísticamente un rol preventivo y correctivo, en orden a garantizar la efectividad de los principios y propósitos previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública. Dichas normas, según lo reconoce la jurisprudencia constitucional, constituyen una especie del derecho sancionador del Estado.”*⁵¹
Negrillas fuera del texto original.

Del texto citado se infiere que el fin primordial de la sanción y la prevención es la de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, en especial los principios y propósitos previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, por lo tanto la sanción como consecuencia

⁵¹Corte Constitucional. Sentencia C-1193 de 2008. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

de una infracción disciplinaria, no tiene como propósito la intimidación del funcionario, sino que pretende que este ajuste su actuar de acuerdo a las normas de derecho y este sea acorde con la realización de los fines del Estado, entendidos como el bienestar general de la comunidad.

La sanción disciplinaria, como función preventiva, tiene como fin que el servidor no repita los actos motivo de sanción en el futuro y que ajuste su actuar, a las normas de derecho. A su vez el derecho disciplinario tiene como fin que el servidor actúe con obediencia a la ley, de manera recta y eficiente.

Citando la sentencia C-341 de 1996, de la Corte Constitucional, Carlos Arturo Gómez Pavajeau, refiriéndose a la naturaleza del derecho disciplinario, textualmente cito:

“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 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 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.”⁵². Las negrillas y el subrayado están fuera del texto original.

En el mismo sentido ha venido tratando la acción disciplinaria la ley 734 de 2002 en su artículo 16, refiriéndose a la función de la sanción disciplinaria, establece:

“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.”

⁵² Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 1996. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonel. Citada por: Gómez Pajeau, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Quinta Edición. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2011. P.190.

Entonces, la acción disciplinaria se desarrolla en la administración pública, se aplica a los servidores públicos y a los particulares que presenten servicios a cargo del Estado, con un fin preventivo y sancionador, y su teleología está dada para lograr los fines del Estado, específicamente el bienestar general de la comunidad; comprendiendo que la administración se rige por unos imperativos de eficacia, eficiencia, transparencia, economía, celeridad y moralidad, a la vez que el servidor, como subordinado, debe actuar con obediencia, disciplina, rectitud y eficiencia.

Hasta aquí se entiende la importancia que tiene para el Estado y para la sociedad el ejercicio de la potestad sancionadora, como uso legítimo de la fuerza, teniendo como propósito la realización del bienestar general de la comunidad a través de la administración pública y sus instituciones encargadas de ello, como en el caso de la salud, la educación, la seguridad, la justicia, etc. Estando esta potestad reglamentada desde el orden constitucional, y por lo tanto permea a todas las instituciones y cada uno de los funcionarios que en ellas actúa en desarrollo de unas funciones específicas creadas y delimitadas conforme a la ley y al reglamento.

A su vez esta potestad se materializa a través de la facultad que le otorga la ley a las instituciones para que inicien, desarrollen y sancionen a los funcionarios que actúen en contra de la Constitución, la ley y los reglamentos, es decir que incumplan con el deber funcional. La facultad de sancionar la ejercen la procuraduría, las personerías municipales y distritales, las oficinas de control interno y los funcionarios facultados para tal fin.

La facultad disciplinaria tiene como fin primordial la prevención y la sanción de las conductas que transgredan el deber funcional, cuando el servidor actúa por omisión, acción o extralimitación de sus funciones, o cuando incumple con el régimen de inhabilidades, incompatibilidades o prohibiciones. El fin último de la acción disciplinaria se encuentra en la realización del bienestar general de la comunidad a través de la administración pública y se

concreta a través de los servidores de las instituciones que tienen un vínculo directo con los ciudadanos.

CAPÍTULO II

DE LA ILICITUD SUSTANCIAL

2.1 Generalidades: Concepto, elementos y características

La ilicitud sustancial.

Partiendo del precepto legal establecido en el artículo 5 del CDU, que dispone:

*“Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”.*⁵³Negrillas fuera del texto original.

De la lectura del artículo se pueden sustraer elementos esenciales respecto de la estructuración de la falta. Así se puede entender que solo hay falta cuando se afecta el deber funcional sin justificación alguna, en cuyo caso la conducta será antijurídica, es decir contraria a derecho, pero como no estamos hablando de bienes jurídicos tutelados, sino de deberes u obligaciones funcionales, entonces la falta debe ser contraria al deber funcional. Sin embargo el enunciado del artículo hace referencia a lo sustancial, como un primer elemento, los otros tres elementos son: la antijuricidad (contrariedad del deber funcional), el deber funcional y la justificación.

La administración pública se concreta a través del servicio público, entendiendo por *servicio público*, todas aquellas actividades que presta el Estado por la demanda que de ellas hace el conglomerado social para estructurar su funcionamiento como nación y Estado. A manera de ejemplo se puede citar el servicio de salud, de educación, de transporte, de justicia, de seguridad, etc. En este sentido Libardo Rodríguez R., dice que:

“... en la práctica la noción de servicio público presenta también un significado orgánico o formal, según el cual es el conjunto de personas y medios que están encargados de desarrollar la función denominada

⁵³Ley 734 de 2002. Op. Cit. Art. 5.

servicio público. Así, cuando hablamos de servicio público de transporte, de correos, de la enseñanza, de teléfonos, etc., nos estamos refiriendo a la actividad correspondiente (concepto material o funcional), como al conjunto de personas y medios que participan en el desarrollo de aquella actividad (concepto orgánico o formal).”⁵⁴ Negrillas y subrayado fuera del texto original.

Hay dos elementos esenciales en esta definición referidas al *conjunto de personas* y el hecho que estas están estén *encargadas de desarrollar la actividad*, es decir que al hablar de servicio público se está haciendo referencia al servicio como tal, como el bien ofrecido por el Estado, y también a los funcionarios encargados de hacer efectiva esa prestación. De otra parte se entiende que este servicio se presta a los ciudadanos como un bien al que tienen derecho en razón a la materialización de derechos fundamentales consagrados constitucionalmente, por ejemplo el derecho a la salud.

El concepto de “ilicitud sustancial”, tiene cabida en el hecho de que el servicio no sea prestado, que la prestación se haga de manera irregular, que en el proceso se violen derechos fundamentales, legales o reglamentarios, es decir que la esencia del servicio no se materialice en la forma debida y esperada por la institución y el usuario de la misma, es decir que es la falla en el servicio y la consecuencia que esta tiene para la institución y el ciudadano lo que se convierte en la **esencia** de la ilicitud.

Por ejemplo, cuando en la prestación del servicio de seguridad del Estado, uno de sus agentes retiene arbitrariamente a un ciudadano (afectación sustancial), a este se le está violando el derecho fundamental a la libertad y el “servicio de seguridad” no se está prestando en la debida forma (incumplimiento del deber funcional) porque el deber del agente es el de velar por la seguridad y bienestar de la comunidad.

Refiriéndose al concepto de ilicitud sustancial, el ex Procurador General de la Nación, afirma:

*“...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,*

⁵⁴ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Op. Cit. Pág. 593

entendiéndose por tal la *antijuricidad sustancial* del comportamiento.”⁵⁵ Las negrillas son propias del texto original.

El ex Procurador, hace énfasis en el comportamiento del servidor cuando el actuar de este implique el desconocimiento de “*los principios que rigen la función pública*” anteponiendo que haya “...*prescindido del deber exigible al disciplinado...*”.

El concepto del ex procurador está más orientado a vincular el concepto “*sustancial*” en el incumplimiento del deber y no en la grave afectación del servicio, situación que no necesariamente es cierta, pues el deber se puede incumplir por diversas razones como la sobre carga laboral, el estrés y la falta de pericia, mientras que con la afectación del servicio se está privando al ciudadano de manera directa de un beneficio que él está demandando y que por derecho le corresponde. Desde este punto de vista tiene mayor peso la clara afectación del servicio y menos el incumplimiento del deber porque este último, incluso, podría cumplirse parcialmente como cuando un médico le receta a un paciente, solo ateniéndose a su experiencia, sin haberlo examinado y tomado en cuenta su situación particular, o no cumplirse y sin embargo no afectar el servicio o a la comunidad, en cuyo caso se puede afirmar objetivamente que existió una falta pero no se puede decir que haya ilicitud sustancial.

Cabe señalar que el desconocimiento de los principios de la función pública por sí mismo, no implica la comisión de la falta ni le da sustento a la misma, pues el reclamo que un ciudadano haría no estaría orientado a cuestionar la falta de conocimiento del servidor, sino al hecho que NO se le haya prestado el servicio que él requería, en los términos de eficiencia, celeridad, transparencia, economía, moralidad, independientemente de que el funcionario haya actuado dolosa o culposamente, y eso es lo que le da la sustancialidad a la transgresión del deber funcional.

⁵⁵ ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. Justicia Disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. Procuraduría General de la Nación. IEMP Ediciones. 2009. Pág, 28

Sin embargo se debe hacer claridad que dejar de cumplir con las obligaciones que establece el manual de funciones, el reglamento, la Constitución y la ley, es un actuar antijurídico, pero la afectación que produce el dejar de actuar conforme a estos mandatos y cuyo perjuicio recae directamente en el ciudadano y la institución es lo que constituye la ilicitud sustancial.

En este mismo sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado, a través de la sentencia C-948 de 2002, donde señaló:

*“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 de la conducta.”*⁵⁶ Las negrillas y el subrayando no hacen parte del texto original.

A partir de esta precisión, se comienza a definir la falta disciplinaria y la estructuración de la misma, en los términos del Art. 5 del CDU.

2.2 Elementos de la ilicitud sustancial

La Antijuricidad:

Fernando Velásquez Velásquez define que la antijuricidad en los siguientes términos:

*“...la antijuricidad es la característica de contrariedad del derecho presentada por un comportamiento consistente en la inobservancia de la prohibición o el mandato contenido en la norma...”*⁵⁷.

Aquí la definición permitiría que la norma disciplinaria se ajustara a esta concepción, pero como el funcionario está sometido, además de la Constitución y la ley, al manual de funciones

⁵⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-948-2002. M.P.Dr. Alvaro Tafur Galvis.

⁵⁷ VELÁSQUEZ VELÁSZQUEZ. Fernando. Op. Cit.. Pág. 461

y a los reglamentos internos, cualquier infracción a los mismos podría constituir falta disciplinaria.

Y más adelante precisa:

*“...si la conducta típica es al mismo tiempo antijurídica, se conforma un injusto penal...”*⁵⁸

Cabe señalar que la conducta del funcionario no es típica, porque en el derecho disciplinario las conductas no están tipificadas de manera taxativa como en el derecho penal, por el contrario la concreción como falta al deber funcional de la conducta se hace de manera subjetiva a partir de la interpretación que hace el operador disciplinario de los hechos que la motivaron y de lo sustancial en la afectación del servicio.

Desde esta definición, en el ámbito disciplinario se debe hacer referencia a una infracción al deber funcional como concepto de antijuridicidad, es decir que cuando el servidor público actúa contra el deber que establece la Constitución, la ley o el reglamento están actuando anti jurídicamente.

En este sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-948 de 2002, que se refirió al respecto así:

*“El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria”*⁵⁹. (Negrillas fuera del texto original).

De esta definición que da la Corte Constitucional se desprende que la conducta es contraria al deber funcional cuando hay incumplimiento de este, es decir cuando el servidor con su conducta

⁵⁸ Ibid. Pág.461

⁵⁹ Corte Constitucional. Op. Cit. Sentencia C-948-2002.

afectó el servicio y por esa vía incurrió en un desacato al manual de funciones, al reglamento, a la Constitución o a la ley, se convierte en un sujeto disciplinable.

En cuanto a la antijuridicidad debemos señalar que en materia disciplinaria de acuerdo a lo preceptuado por el artículo 5 de la ley 734 de 2002, se puede interpretar que condiciona la misma a la obligatoriedad de la concreción de la falta, afirmación que no es cierta pues solo se puede predicar la contrariedad a la norma en la medida en que la conducta sea contraria al deber funcional lo que conlleva a que solo en dicho caso se pueda concebir la reprochabilidad disciplinaria.

En estos términos, en toda falta pese a ser antijurídica no se puede predicar ilícita, pues la ilicitud se sujeta a que se afecte el servicio de manera sustancial sin que exista justificación alguna. Dado el caso que se dé la falta, que esta sea antijurídica, si media en la ejecución de la conducta alguna de las causales de exclusión de responsabilidad establecidas en el artículo 28 de la ley 734 de 2002 se rompe el nexo causal que da origen a la responsabilidad.

Esta situación se puede representar en las siguientes ecuaciones definidas en los cuadros, así:

Cuadro N°1

Tabla de convenciones	
I.S.	Ilícitud sustancial.
F.D.	Falta disciplinaria.
A.D.F.	Afectación al deber funcional.
C.E.R.	Causal de exclusión de responsabilidad.

Fuente: Autoría propia

Cuadro N°2

Ecuación N°1

Ecuación positiva	
$I.S. = F.D + A.D.F. - C.E.R.$	\longrightarrow Hay responsabilidad y sanción.

Fuente: Autoría propia.

Cuadro N°3

Ecuación N°2

Ecuación negativa	
$I.S. = F.D - A.D.F.$	\longrightarrow No hay responsabilidad ni sanción.

Fuente: Autoría propia.

Cuadro N°4

Ecuación N°3

Ecuación negativa	
$F.D + A.D.F. - C.E.R$	\longrightarrow No hay responsabilidad ni sanción.

Fuente: Autoría propia.

Cuadro N°5

Ecuación N°4

Ecuación negativa	
Conducta = No es F.D.	\longrightarrow No hay responsabilidad ni sanción.

Fuente: Autoría propia.

Las cláusulas de exclusión de responsabilidad son las que taxativamente están señaladas en el Art. 28 del CDU, como se aprecia en el siguiente cuadro.

Cuadro N°6

Art. 28 CDU. Causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria⁶⁰. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:
1. Por fuerza mayor o caso fortuito.
2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
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.
5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.
6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.
7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes. No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere pre ordenado su comportamiento.

Fuente: Autoría propia.

⁶⁰Ley 734 de 2002. Op. Cit Art. 28.

Llama la atención el numeral 7° del citado artículo, pues hace referencia a la inimputabilidad como causal de exclusión, pero se desprende de lo dicho que esta afectación a la salud del funcionario se debe presentarse posterior a su vinculación; o por lo menos sus efectos, pues en el proceso de ingreso a la institución debió haber sido sometido a una valoración médica, y en este entendido la inhabilidad sobreviene como consecuencia de su enfermedad y no de una sanción. Por lo demás, cualquiera de las situaciones enumeradas tiene como consecuencia la exclusión de la responsabilidad.

La Conducta

Desde lo antes descrito la conducta del servidor público se convierte en el medio que lleva implícito el cumplimiento o afectación del deber funcional.

Fernando Velásquez Velásquez, define la conducta, como:

“...la forma de actuar del ser humano o el comportamiento por él observado; o, el modo en que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones.”⁶¹.

A renglón seguido afirma que:

“...existen dos maneras de comportarse: una, si se lleva a cabo un hacer, mediante el ejercicio de una potencia (acción); otra, si se deja de hacer una cosa, absteniéndose de hacer o decir (omisión).”⁶²

Ahora, para que una conducta se materialice tiene que haber un resultado, de lo contrario sería apenas un ejercicio psicológico que no pasa al terreno de lo práctico, es decir que el sujeto no hizo lo que pensaba, y por lo tanto no hay una conducta de la cual se pueda predicar que fue buena o mala.

⁶¹ VELÁSQUEZ VELÁSZQUEZ. Fernando Op. Cit. Pág. 314

⁶² Ibid.. Pág. 314

En derecho penal hay conductas que son de resultado y otras que son de mero acto. Las de resultado son aquellas en las que la acción desplegada con la conducta produce un resultado concreto, por ejemplo el sujeto A saca su arma y dispara al sujeto B causándole la muerte, este resultado “muerte” se convierte en un hecho medible, palpable, es objetivo, y en consecuencia del acontecer factico se pueden realizar actos concretos, como examinar el cuerpo del sujeto B, medirlo, pesarlo, fotografiarlo, identificarlo, etc., con el propósito de establecer de manera objetiva las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se produjo la muerte, es decir examinar el hecho en todo su contexto.

A diferencia en las conductas de resultado, en las de mero acto, no hay un objeto palpable, medible, son subjetivas. Un ejemplo de estas se puede encontrar en el delito de injuria, donde la acción de la conducta se concreta en la ofensa a la dignidad de la persona agraviada. Su concreción fáctica se basa en la descripción que haga el sujeto pasivo de la conducta, en la posible presencia de testigos o de medios a través de los cuales se promueva la ofensa.

Aterrizando el tema en el derecho disciplinario, se puede afirmar que la mayoría de conductas son de mero acto, como ejemplo se pueden referir el hecho de llegar tarde al trabajo, el irrespeto al superior o al subordinado, no responder dentro del término el derecho de petición, responder de forma grosera el teléfono, obstaculizar el ejercicio de la acción disciplinaria.

Estas conductas que se concretan en la afectación al deber funcional, para ser consideradas como lesivas a un deber, tienen que ser valoradas por el operador disciplinario, quien en su criterio determinará si existió la falta, si la infracción es leve, grave o gravísima, y si se cometió a título de dolo o culpa.

En este sentido, en la revista Lecciones de Derecho Disciplinario, Volumen I, artículo “*La Culpabilidad en el Derecho Disciplinario*”, señaló que:

“Adviértase que en la Ley Disciplinaria, es la conducta el referente de verificación, para efecto de edificar el reproche: Así se infiere, entre otras disposiciones, de los artículos 23, 26 y 28 de la Ley 734 de 2002. Surge de ello, el que a la Ley Disciplinaria le interesa es la conducta de quienes están puestos bajo su

égida (servidores públicos y, excepcionalmente, los particulares) y no los simples procesos causales desvinculados del elemento volitivo, en cuanto afecten un deber funcional, sin justificación valedera.”⁶³

Las negrillas y el subrayado están fuera del texto original.

Se aprecia, entonces, que todo este proceso se desarrolla en lo subjetivo del sujeto disciplinable, pues la falta como tal no ofrece un resultado que permita ser medible, y el operador, atendiendo a que no hay un listado taxativo de las faltas, debe acudir a su conocimiento jurídico y práctico de la función que realiza el servidor para poder ejercer la acción disciplinaria.

En los términos del artículo 23 del Código Disciplinario Único, se considera que hay falta disciplinaria cuando:

*“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.”*⁶⁴Negrillas fuera del texto original.

También desde una concepción dogmática, el tema de la conducta, como elemento de la ilicitud sustancial, es tratado por Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en la Revista Lecciones de Derecho Disciplinario, Volumen I, así:

*“Por tanto todo deber cuyo quebrantamiento comporte el ilícito disciplinario, **impone la constatación** que con **la conducta indebida** se han cuestionado las funciones del Estado social y democrático de derecho. Esto es, la persona no ha obrado conforme a la función social que le compete al servidor público.”*⁶⁵.

Negrillas y subrayado fuera del texto original.

⁶³TORRES. Flor Alba. MAYA. Cesar Augusto. CARO. Manuel Dagoberto. Revista Lecciones de Derecho Disciplinario. vol I. Artículo: La Culpabilidad en el Derecho Disciplinario. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Pág.61.

⁶⁴Ley 734 de 2002. Op. Cit. Art. 23.

⁶⁵GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos Arturo. Revista Lecciones de Derecho Disciplinario. vol I. Artículo: La Ilicitud Sustancial. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Pág. 22.

Hay dos elementos importantes en esta definición: El primero, es que se impone la constatación, indicando con esto que el hecho que fue realizado por un funcionario debe ser valorado, es decir probar que efectivamente se produjo, y el segundo, hace referencia a que la conducta debió ser indebida y por lo tanto contraria al deber funcional. En estos términos se comienza a fundamentar el concepto de culpabilidad, pues se está hablando de examinar la conducta de un sujeto, y en ese caso se tratará de establecer si el acto se realizó con culpa (omisión de cuidado) o con dolo (conocimiento e intención de obtener un resultado).

2.3 Formas de realización de la conducta

La culpabilidad

La *culpabilidad* es un concepto jurídico que implica el actuar consciente y voluntario en contra de la norma, se da por la autodeterminación del individuo frente a un hecho que le exige una respuesta conforme a derecho, y él lo hace en contra, menoscabando los principios de la función público y transgrediendo la ley, entendiendo esta última como la norma de comportamiento a la que todos deben respeto, obediencia y sometimiento, y dando lugar, en consecuencia, a un juicio de reproche en razón de lo antijurídico de su conducta.

En los términos de Fernando Velásquez Velásquez, la culpabilidad se fundamenta en cuatro premisas:

1. *“...afirma la existencia de la culpabilidad humana, pues el delincuente puede autodeterminarse libremente (libre albedrío).”⁶⁶*
2. *“... en conexión con lo anterior, postula la legitimidad del Estado para adoptar la culpabilidad humana como fundamento que permite censurar al transgresor de la norma de la comisión de comportamientos antijurídicos (culpabilidad es reprochabilidad).”⁶⁷*

⁶⁶ VELÁSQUEZ VELÁSZQUEZ. Fernando. Op. Cit. Pag. 519.

⁶⁷ Ibid.

3. “...Asegura que esto último autoriza al Estado a ejercer la potestad de la retribución judicial, y se le puede ocasionar al infractor un mal (la pena) correspondiente al grado de culpabilidad (derecho a la retribución judicial).”⁶⁸

4. “...estima que la pena retributiva es el medio más eficaz para reprimir los comportamientos delictivos (función retributiva de la pena).”⁶⁹

Si bien el autor aborda el tema desde el punto de vista del derecho penal, también lo es que estas mismas premisas tienen cabida en la norma disciplinaria, solo que el juez no impondrá una pena sino una sanción de índole disciplinaria por el actuar contrario al deber funcional de un servidor público.

Del contenido de los conceptos se desprende que los actos antijurídicos realizados por un individuo, atendiendo a su autodeterminación, legitiman al Estado para que este imponga una sanción como retribución *judicial*, es decir dentro del marco del principio de legalidad, para reprimir el comportamiento desviado de la norma.

Ya decíamos que en el ámbito del derecho disciplinario se habla de infracción al deber funcional y no de antijuricidad; por lo tanto, la acción disciplinaria se ejercerá con fundamento en la potestad del Estado y la facultad del funcionario competente, como un medio para prevenir y sancionar las conductas desviadas del deber funcional, con ocasión de la voluntad, conocimiento y autodeterminación del servidor público que incurra en ellas, estructurando de esta forma el concepto de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador.

Para Carlos Arturo Gómez Pavajeau, la culpabilidad implica:

*“..la culpabilidad en derecho disciplinario comporta la presencia de capacidad de culpabilidad (imputabilidad), dolo o culpa, conciencia de la antijuridicidad y exigibilidad de otra conducta.”*⁷⁰

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos Arturo. Op. Cit.. Pág. 438.

La imputabilidad hace referencia a la *capacidad* y el conocimiento que debe tener un sujeto para que sea responsable de una conducta. Por lo tanto, para poder imputar responsabilidad a un servidor este debe haber tenido capacidad para conocer la obligación que le imponía su deber funcional, a la vez que reconocer (aceptar) que podía actuar de modo diferente (no haber infringido el deber funcional), es decir tener conciencia de lo antijurídico de su conducta por el conocimiento que le impone el desempeño de su rol funcional acorde a su manual de funciones.

A las personas que no tienen capacidad de comprensión como los impúberes, las personas con discapacidad cognitiva, los sordomudos que no se pueden comunicar por escrito, no se les puede imputar y en estos casos se definen como sujetos inimputables por su incapacidad para comprender su accionar o las consecuencias de sus actos.

Otro aspecto importante se encuentra en que la *imputabilidad*, la *conciencia de la antijuricidad* y la *exigibilidad de otra conducta*, deben darse simultáneamente para poder predicar la culpabilidad de un individuo, por lo tanto estos elementos se integran en un mismo momento y en un sujeto individualmente definido, no cabe una pluralidad.

A su vez el Código Disciplinario Único, sobre la culpabilidad, en su artículo 13, señala que:

*“En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa.”*⁷¹

La responsabilidad objetiva es aquella que establece que cuando exista un daño producido por una persona, esta debe responder, sin considerar que su actuación haya sido culposa o dolosa, simplemente por existir un hecho dañoso se establece la responsabilidad.

Entonces, cuando la ley disciplinariamente dice que *“las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa”*, está imponiendo al operador disciplinario la obligación de examinar la conducta del

⁷¹Ley 734 de 2002. Op. Cit. Art. 13.

sujeto disciplinado en su área cognitiva y volitiva para determinar el dolo o la culpa de su acto, descartando que la falta, por si misma, no es objeto de sanción.

Además de lo anterior, el examen de culpabilidad, por parte del operador disciplinario, resulta de vital importancia para determinar la gravedad o levedad de la falta al igual que para la imposición de las sanciones. A este respecto Gómez Pavajeau, se refiere en los siguientes términos:

“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...”⁷²

Así las cosas, el examen de culpabilidad se centra en el funcionario disciplinado para determinar si su acto fue consciente y voluntario, si existió autodeterminación frente al hecho reprochable, si tenía capacidad para conocer y comprender la obligación que le imponía el deber funcional; a la vez que le resulta útil al juez disciplinario para determinar la gravedad o levedad de la falta y en razón de esta calificación establecer la sanción.

La culpa

La ley 599 de 2000 define la culpa en el artículo 23, de la siguiente manera:

“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.”⁷³

⁷² GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos Arturo. Op. Cit. . Pág. 439

⁷³ Código Penal. Art.23. Doceava Edición. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2013.

La culpa se asume respecto del cumplimiento de un deber, por la inobservancia del mismo y porque la razón le dice al infractor que hay un riesgo evitable, que de asumir la ocurrencia del riesgo tiene que asumir las consecuencias de la ocurrencia del mismo.

Para Pedro Alfonso Pabón Parra, la culpa se fundamenta en el hecho de que en el sujeto activo no existe voluntariedad ni conciencia respecto del hecho dañino pero de la ocurrencia de este hay una posibilidad de elección, entonces estos actos deben ser sancionados porque el agente es la causa del resultado delictivo previsible, en el entendido que el autor tomó una decisión voluntaria inicial, teniendo como consecuencia que estos actos atacan el orden social, razón por la cual se hacen acreedores a una sanción.⁷⁴

Señala Pabón Parra, que la naturaleza de la culpa está en la previsibilidad, por esto la culpa surge de la omisión de los deberes de prevención, depende de la voluntaria omisión del deber de cuidado que toda persona debe observar, debido a esto el resultado final se produce por la falta de control de la finalidad perseguida por un error del agente.⁷⁵

El mismo autor clasifica los hechos culposos como: culpa inconsciente, donde el agente por error no prevé las consecuencias de su propia conducta o no conoce las condiciones en que su propia acción se desenvuelve, y como culpa consciente señalando en este caso que el agente prevé mal los resultados de su acción.⁷⁶

Respecto de los elementos de la culpa, enseña Pedro Pabón que un primer elemento es la acción y la omisión pues el hecho debe ser positivo o negativo, el acto del agente debe ser la causa objetiva de un resultado dañoso, ante lo cual la imprudencia, la impericia o la negligencia se pueden manifestar en conductas omisivas. En segundo lugar, señala la vulneración de un interés

⁷⁴ PABÓN PARRA. Pedro Alfonso. Manual de Derecho Penal. Parte General y Especial. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá. 1995. Pág.197.

⁷⁵ Ibid. Pág. 198.

⁷⁶ Ibid. Pág. 199.

jurídico tutelado y que este debe estar protegido en la modalidad culposa. Y en tercer lugar, refiere que debe haber una relación de causalidad entre la conducta del agente y la vulneración del interés jurídico. ⁷⁷

Señala Pabón, que las clases de culpa son: la culpa sin previsión, según la cual el agente realiza el hecho por falta de previsión del resultado previsible, y la culpa con previsión, en esta el agente realiza el hecho habiendo previsto el resultado previsible. ⁷⁸

Podemos concretar, refiriéndonos al derecho disciplinario, que la culpa es la imputación (reacción institucional) que se hace a un sujeto disciplinable ante un acto realizado por este, que sea: omisivo del deber, que extralimite sus funciones o que decididamente su actuar sea descuidado, frente a un deber funcional impuesto en razón de su subordinación a los reglamentos, la Constitución y la ley.

Esto nos indica que las circunstancias del acto culposo descansan en el interior del individuo y por lo tanto responde a su voluntad, lo que hace indispensable que el despliegue hecho por el operador disciplinario, para demostrar la falta, examinen los actos del funcionario disciplinado desde su componente volitivo y cognitivo; si este actuó con conocimiento, si intervino su voluntad en la realización del acto, si hay agentes externos a él que hayan influido, como la falta de entrenamiento, la sobrecarga de trabajo, el estrés, entre otros factores.

Bulla Romero hablando de la culpa y el servidor público, aporta un concepto al decir que:

“... la definición 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.”⁷⁹

⁷⁷ Ibid. Pág. 200

⁷⁸ Ibid. Pág. 200.

⁷⁹ BULLA ROMERO. Jairo Enrique. Manual de Derecho Disciplinario. 4ta. Edición, Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2014. Pág. 212

Este aporte es muy importante en el sentido que vincula la culpa con un deber ético y moral que deben ser formas de comportamientos propias del servidor público en razón de su deber de conocer y cumplir con sus obligaciones funcionales definidas en los reglamentos de su institución y que llevan consigo la materialización del bienestar general de la comunidad como un fin propio del Estado.

El dolo

En los términos del Art. 22 del Código Penal, la conducta es dolosa cuando:

“La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su producción se deja librada al azar.”⁸⁰ (Negrillas fuera del texto original).

De la primera parte del texto legal, se comprende que el sujeto activo tiene que tener conocimiento de los hechos que constituyen la infracción y además querer su realización. El conocimiento y la voluntad son subjetivos y por lo tanto hacen parte del área psicológica del individuo.

Para Fernando Velásquez Velásquez, el “*dolo comporta el conocimiento (saber)*”, siendo el conocimiento algo propio del individuo, “*y los elementos constitutivos de la infracción penal*”, que es lo definido en el tipo penal; así, se comprende que el sujeto activo tiene conocimiento (conciencia) que con su acto está contrariando el contenido de la ley.⁸¹ Pero, para endilgar una conducta como dolosa, no basta con el solo conocimiento, se requiere que del acto también haga parte el querer, el desear el resultado, lo que implica que tenga voluntad de realizar el hecho.

⁸⁰ Código Penal. Op. Cit. Art. 22.

⁸¹ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ. Fernando. Op. Cit. . Pag. 388.

Más adelante, el mismo autor, indica que el dolo se realiza en dos momentos: uno cognoscitivo y el otro voluntario. Los explica así:

a- *“El primer momento del dolo, esto es, el intelectual, comprende no solo el conocimiento de las circunstancias del hecho, sino también la previsión del desarrollo del suceso mismo incluida la imputación objetiva y el resultado, lo que la ley denomina “los hechos constitutivos de la infracción penal”.”*⁸²

b- *“...el segundo, es además indispensable tener conciencia de que la propia acción está en posibilidad de realizar el aspecto objetivo del tipo.”*⁸³

Y a continuación ilustra la explicación con un ejemplo:

*“Así, por ejemplo, cuando “P” dispara sobre “J” y le causa la muerte, no solo debe querer hacerlo (momento volitivo...), sino además conocer y ser consciente de que con su actuar realiza la conducta de darle muerte a otro ser humano, así como prever el desarrollo de ese suceso en el mundo fenoménico, comprendidos el resultado y el nexo de causalidad (más que ello, la imputación objetiva)”*⁸⁴

Hace claridad sobre el concepto del *conocimiento*, señalando que hay:

*“... un conocimiento potencial, que equivale a la mera posibilidad de advertir algo, o de un conocimiento efectivo, esto es, el poseído por el agente de verdad, sea por estarlo pensando al momento del hecho (actual), o sea porque a pesar de poseerlo y tenerlo disponible, no lo considera al instante de actuar (actualizable).”*⁸⁵

En cuanto al componente *volitivo* (voluntad), explica Velásquez:

“Como no basta con el conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción penal (aspecto objetivo del tipo) y con la previsión del desarrollo del suceso, es indispensable, además, que el agente se decida a

⁸²Ibid. Pag. 389

⁸³ Ibid.Pag. 389.

⁸⁴Ibid. Pag. 389.

⁸⁵Ibid. . Pag. 390.

*realizar la conducta tipificada; por ello se exige un segundo momento en el dolo, denominado también voluntario, voluntativo, e, incluso, conativo; un querer como dice la ley.*⁸⁶

Sobre la forma de realización de la voluntad, explica Velásquez, que hay tres maneras de realizar el fin: la primera es el dolo directo o de primer grado, que es la realización del tipo perseguida de manera directa por la voluntad del agente; la segunda es el dolo directo de segundo grado o indirecto, que implica exceder el resultado esperado y como consecuencia el actor asume los efectos concomitantes derivados de manera inevitable por la puesta en marcha de la acción; y en tercer lugar está el dolo eventual, que se da cuando el agente asume como probable la realización del tipo penal, afectando el bien jurídico tutelado, y a pesar de considerar la posibilidad, continua con el accionar para alcanzar el fin deseado, se destaca que hay un mayor grado de decisión en la aplicación de la voluntad en el dolo directo y en el de segundo grado que en el eventual, pues este último espera el resultado como algo probable, es decir sin la certeza que se produzca.⁸⁷

Este concepto de dolo, tomado del derecho penal y la doctrina que lo sustenta, tienen por objeto ilustrar el contenido esencial de la definición del “dolo”, en sus componentes de conocimiento, voluntad y la forma de actuar que tiene la voluntad, para la realizar una acción contraria a la ley, es decir antijurídica.

A diferencia del derecho penal, donde el acto doloso afecta un bien jurídicamente tutelado, como la vida, la integridad física o el patrimonio económico, en el derecho disciplinario la actuación dolosa afecta el deber funcional, es decir que va en contra de la obligación que impone al funcionario público el manual de funciones, el reglamento, la Constitución y la ley, en razón de la supremacía del estado y la subordinación del servidor.

⁸⁶ Ibid. Pag. 390.

⁸⁷Ibid.. Pag. 392.

Desde el punto de vista de Oscar Julián Guerrero Peralta, citado por Carlos Arturo Gómez P., la concepción del actuar doloso se define de la manera siguiente:

*“...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 de previsión efectiva.”⁸⁸*
(Negrillas y subrayado fuera del texto original).

La previsión, como tercer elemento en la estructuración del dolo disciplinario, evoca la idea de precaución, de cuidado, de atención, *entonces su irrealización sería falta de cuidado, falta de precaución y falta de atención; entonces no estaríamos hablando de un actuar culposo por falta de atención elemental?*, si nos atenemos a que el dolo es conocer, querer, y realizar los actos ejecutivos necesarios para obtener el resultado querido, es decir que no queda un margen de duda frente al conocimiento y deseo de obtener un resultado dañino al interés general.

Siguiendo al mismo autor, él continúa explicando la previsibilidad, con la siguiente concepción:

“La previsibilidad se considera si está presente el antecedente lógico y psicológico de la evitabilidad de un resultado contrario a derecho y no deseado.”⁸⁹ Las negrillas y el subrayado están fuera del texto original.

Entendemos de lo expuesto por el autor, que la previsión, como condición estructural del dolo, está sujeta a la evitabilidad, y que esta última debe estar precedida por un componente lógico y psicológico, que están a cargo del sujeto disciplinable. Pero, reiteramos, en nuestro entender, este concepto de evitabilidad también hace parte de la falta de cuidado, pues de por sí mismo no significa acción, más bien sugiere precaución en el actuar.

⁸⁸GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos Arturo. Op. Cit.. Pág. 439

⁸⁹ Ibid. Pág.439

Termina, el precitado autor, haciendo referencia al desarrollo de la previsibilidad, en los siguientes términos:

*“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.”*⁹⁰ (Negrillas fuera del texto original).

Si la previsibilidad *“se desarrolla a través de la capacidad intelectual propia de la gente”*,⁹¹ entonces prever las consecuencias de los actos es un hábito, una costumbre aprehendida, y su no realización no puede ser necesariamente un ingrediente que permita la concreción de un acto doloso, si se comprende que el dolo nace de *querer* un resultado por acción u omisión de la conducta y la falta de previsión es por si misma descuido o negligencia, conceptos propios de la culpa.

Estos conceptos de *previsibilidad* y *evitabilidad*, si bien implican directamente el funcionario público, en su forma de actuar frente al deber funcional, en cuando obedecen “al deber ser”, su aplicabilidad respecto del dolo, entendido este como una afectación al deber funcional producto de una acción hecha con conocimiento y voluntad (elementos cognitivo y volitivo) no encajan claramente en la estructuración del mismo, pues los verbos prever y evitar, no tienen de por si un significado que apunte a la obtención de un resultado, su significado está ligado a acciones que impliquen cuidado, precaución, planeación, si se quiere; por el contrario, el dolo se concreta en el resultado, entonces estos conceptos pueden resultar más útiles en la definición de la culpa, pues esta si implica en su resultado la falta de cuidado, la improvisación, el desconocimiento.

De otra parte el penalista Enrique Bacigalupo, citado por Carlos Arturo Gómez P., refiriéndose a los delitos de omisión, enseña:

“en el delito de omisión la característica básica del dolo es la falta de decisión, de emprender la acción jurídicamente impuesta al omitente [...]. El dolo de la omisión se debe apreciar cuando el omitente, a pesar

⁹⁰ Ibid. Pag. 439

⁹¹ Ibid. Pag. 439

de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realización, no actúa.”⁹²

Desde esta perspectiva del dolo por omisión, el autor se está refiriendo a aquellos casos en los que el sujeto activo teniendo la obligación de impedir un resultado dañoso para un bien jurídico tutelado, no lo hace, incurriendo en consecuencia en una acción por omisión. Esta idea es la contenida en el inciso segundo del Art. 25 del Código Penal, que literalmente dice:

*“Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevara a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”*⁹³

En el actuar omisivo también están presentes el conocimiento y la voluntad, la diferencia radica en que esta última no se expresa en la realización de unos actos tendientes a lograr un resultado jurídicamente correcto, sino que precisamente la expresión de voluntad se orienta a la inacción, a la omisión del deber como medio de consolidación del acto criminal. Un ejemplo sería aquel en que una enfermera encargada del cuidado de un anciano en delicado estado de salud, a quien debe dedicar una especial atención, no ejecuta los actos de cuidado debidos, no suministra los medicamentos, esperando que con esto él muera, y por esa forma de inacción se produce la muerte, es decir, su conocimiento y voluntad se expresan en un incumplimiento del deber, y con esta obtiene el resultado “muerte” querido por ella.

El dolo por omisión, indicado en el inciso primero del artículo penal ya referido, se ajusta de mejor manera a la pretensión del derecho disciplinario, pues estaríamos diciendo que la omisión en el cumplimiento del deber, expresada con conocimiento y voluntad daría lugar a una conducta dolosa para el servidor público que incurra en esta forma de actuar.

⁹²Ibid Pág. 442.

⁹³Código Penal. Op. Cit Art. 25-2.

Aventurando un concepto de dolo por omisión, en el deber funcional, si tendrían cabida los conceptos de previsibilidad y evitabilidad planteados por Oscar Julián Guerrero Peralta, como complemento al conocimiento y la voluntad. Entonces una concepción del dolo, implicaría que el funcionario no actúe, debiendo hacerlo, teniendo conocimiento (sobre el daño que ocasiona su inacción) y voluntad (para omitir el cumplimiento del deber) al no realizar las acciones previsibles para evitar la producción de un daño en el servicio (ilicitud sustancial).

Sobre la comisión de un acto doloso, en el ámbito penal, escribe Raguez Vallez I., citado por Carlos Arturo Gómez Pavajeau:

*“Cuando un sujeto ha llevado a cabo una conducta especialmente apta para producir un determinado resultado 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.”*⁹⁴Negrillas y subrayado fuera del texto original.

Se aprecia en el texto citado, como el autor se refiere a la acción *ya realizada* cuando dice “*Cuando un sujeto ha llevado...*” ubica el hecho en un tiempo pasado lo que también trae consigo una expresión de la voluntad del infractor al haber realizado la acción, y cuando dice “y *lo ha hecho siendo conocedor*” está afirmando el conocimiento que debió tener el sujeto activo de la conducta ilícita, de sus consecuencias y los medios para lograr el resultado, los cuales, volviendo al concepto de dolo por omisión, es precisamente el no hacer, el no actuar, pero con un propósito criminal. La inacción se vuelve el medio para lograr el resultado.

Gómez Pavajeau, aterriza el concepto del dolo en el derecho disciplinario, en los siguientes términos:

“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 comportamiento 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 aún entendido en términos

⁹⁴RAGUEZ I. Valles. El dolo y su prueba en el derecho penal, cit. P.523. Citado por GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. 5ª Edición. Universidad Externado de Colombia. 2011. Pág. 443.

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.”⁹⁵

El autor es claro al afirmar la situación particular del derecho disciplinario, en el sentido que esta rama del derecho se orienta a sancionar actos de mera conducta, por el hecho que estos se refieren a la infracción de un deber funcional y no a la protección de un bien jurídicamente tutelado y que la estructuración del ilícito disciplinario se hace a partir de la subjetividad, valorando el conocimiento y la voluntad como nexo psicológico entre el sujeto disciplinable y la afectación al deber funcional.

Seguidamente Gómez Pavajeau, respalda su tesis de definición del dolo disciplinario y su estructuración, citando a Sánchez Herrera, con el siguiente concepto:

“los elementos fundamentales y suficientes son el conocimiento del hecho que se realiza y el conocimiento de la exigencia del deber.”⁹⁶

Gómez Pavajeau concreta por qué el *resultados* puede excluir al momento de hacer una imputación subjetiva, bajo los siguientes argumentos:

“Como prueba irrefutable que el resultado en términos generales no cumple ningún papel como referente psíquico del dolo y la culpa, en punto de la imputación subjetiva, se tiene que ni la ley 200 de 1995, ni el NCDU consagraron la figura de la preterintencionalidad, la cual necesariamente y sin posibilidad alguna se funda en la presencia de un resultado (así los arts. 38 C.P. de 1980 y 24 C.P. de 2000). Las imputaciones a título de dolo y culpa son las únicas posibles en derecho disciplinario – arts. 14 y 13, respectivamente, de las leyes mencionadas-, pues son las únicas que se pueden construir y fundar sobre el conocimiento y la cognoscibilidad; pero además se pueden soportar sobre referentes psíquicos diferentes al resultado, no así la preterintencionalidad?⁹⁷

⁹⁵ GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos Arturo. Op. Cit. Pág. 444.

⁹⁶ SÁNCHEZ HERRERA. Citado por GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. 5° Edición. Universidad Externado de Colombia. 2011. Pág. 444.

⁹⁷ Ibid. Pág. 444.

Queda claro porque no es necesario el *resultado* para imputar una responsabilidad disciplinaria ante una infracción sustancial al deber funcional, entendiendo de igual manera, que para valorar la comisión de una falta disciplinaria a título de dolo, siempre se debe tener en cuenta el conocimiento, la voluntad y la capacidad de imputación presentes en el sujeto disciplinable al momento de infringir el deber funcional.

El hacer un recorrido por los diversos conceptos que estructuran la falta disciplinaria permite tener una concepción amplia sobre su significado e importancia para el derecho disciplinario. Es así como, los actos humanos desarrollados por un servidor del Estado cuando este por acción, omisión o extralimitación afectan sustancialmente el servicio da lugar al inicio de un proceso disciplinario en su contra.

En el examen de esa conducta desplegada se deben tener en cuenta factores como el descuido, la falta de interés, el desconocimiento, la intención de causar un daño o de obtener un resultado, obligando al operador disciplinario a examinar cuidadosamente el hecho que está endilgando al funcionario como falta disciplinaria.

Este examen no se hace considerando solamente el acto, sino que debe centrar su interés en el componente subjetivo para poder establecer si el acto se realizó a título de dolo o culpa, entendiendo que la culpa es sinónimo de descuido, de imprudencia y el dolo es el querer un resultado con conocimiento, entendimiento y voluntad para realizarlo.

A partir de este conjunto de elementos, acto, infracción, culpa y dolo, se establece la antijuricidad del hecho reprochable como infracción al deber funcional, sustentando el deber de actuar conforme a un conjunto de normas que subordinan al servidor a un superior jerárquico que está facultado por la potestad del Estado para sancionarlo. Ahora, esa conducta antijurídica es de la que se establece la culpabilidad como factor subjetivo determinante del hecho reprochable.

CAPÍTULO III

EL ROL DEL OPERADOR DISCIPLINARIO

3.1 Los números abiertos (Apertus)

Hemos venido diciendo que el derecho disciplinario no contempla un listado taxativo para las infracciones al deber funcional, exceptuando las faltas gravísimas enumeradas en el Art. 48 del NCDU, por lo tanto, quedan bajo el concepto de números en blanco o números abiertos las infracciones señaladas como leves y graves, para cuya definición el operador disciplinario debe contemplar diversos criterios, entre los que se destacan:

Sobre los tipos abiertos la Corte Constitucional en la Sentencia C-708 de 1999, citando la sentencia C-427/94, se refiere a la razón por la que las conductas disciplinarias se encuadran en estos, veamos:

“...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,...”⁹⁸Las negrillas y el subrayado no hacen parte del texto original.

La sentencia hace la diferenciación que hay entre el derecho penal y el disciplinario respecto a la definición de las faltas, en razón de la “*diversidad de comportamientos*”, y también se resalta que “*el fallador cuente con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables*”.⁹⁹

La diversidad de comportamientos es entendible desde la multiplicidad de servicios que ofrece el Estado a través de un sin número de instituciones creadas para tal fin en las que los servidores públicos, desde diversos campos del conocimiento, se encargan de materializar los servicios

⁹⁸ Sentencia C-427-94. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Citada en la Sentencia C-708-99. MP. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

⁹⁹ Ibid. Sentencia C-427-94.

ofertados por la institución en representación del Estado. Esta diversidad de funciones administrativas, especializadas y operativas es la que hace imposible establecer una tipicidad de la infracción al deber funcional, pues de hacerlo sería tanto como establecer un código para cada área de prestación de servicios.

De otra parte, el funcionario público está subordinado a los mandatos de orden constitucional, legal y a los lineamientos propios establecidos en los reglamentos y en el manual de funciones, de ahí que su deber funcional se enmarca en el respeto a los derechos fundamentales, a los mandatos de prohibición o aprobación, y a la reglamentación de su actividad funcional a la cual debe especial atención, porque el reglamento y el manual de funciones le dicen *el que, el cómo y el cuándo*, respecto de la realización de su actividad como servidor. Esta diversidad normativa es la que le permite al operador disciplinario contar con “*un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables*” pues tiene que valorar la infracción al deber funcional en un contexto normativo amplio que implique el bien jurídico afectado pero también los derechos fundamentales del sujeto disciplinable.

Seguidamente la misma sentencia referida, hace una diferenciación entre la razón de ser de la tipificación del derecho penal y el derecho administrativo sancionador, dejando ver la razón que justifica la flexibilidad y el mayor margen de apreciación del superior jerárquico al momento de ejercer la acción disciplinaria, con estos conceptos:

*“La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación...”*¹⁰⁰

Es claro que el derecho penal exige claridad y precisión en todos los elementos que estructuran un proceso en esta rama del derecho, situación que es diferente en el derecho disciplinario donde la definición de las faltas obedece a una política institucional de exigencia en el cumplimiento

¹⁰⁰ Ibid. Citada en la Sentencia C-708-99

del deber funcional que persigue la realización del bienestar general a través de la prestación de servicios, razón que *justifica la existencia de una flexibilidad* en la apreciación respecto del acto que constituye la falta disciplinaria

Como el sujeto sobre quien recae la acción disciplinaria, en los términos de flexibilidad, amplitud y complementariedad de las normas que le son aplicables, es necesario tener en cuenta que su proceso se debe adelantar respetando los principios de legalidad, tipicidad, reserva de ley y proporcionalidad, elementos rectores del debido proceso. Así lo hace ver la Corte Constitucional en la sentencia C-030 de 2012, cuando dice:

*“...la jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho administrativo sancionador, se encuentra, igual que el derecho penal, sujeto a los principios constitucionales de legalidad, tipicidad y reserva de ley, principios rectores del debido proceso consagrado en el artículo 29 Superior, pero que no obstante lo anterior, tales principios consagrados en la Carta Política adquieren matices de flexibilidad y menor rigurosidad para el caso del derecho sancionador disciplinario”*¹⁰¹ Las negrillas y el subrayado están fuera del texto original.

La sentencia referida hace mención a los principios constitucionales de legalidad, tipicidad y reserva de ley como sustratos esenciales del debido proceso. Sin embargo, a continuación señala que estos *adquieren matices de flexibilidad* y de menor rigurosidad.

Si en un primer momento se asume que para que el operador disciplinario determine la falta catalogada como antijurídica, debe hacer una *interpretación flexible* de las obligaciones funcionales señaladas en el manual y el reglamento de la institución, al igual que del mandato legal y constitucional, para poder clasificarla como falta gravísima, grave o leve y poder predicar que esta se cometió a título de dolo o culpa, luego se hace necesario también decir, en un segundo momento, que cuando se está adelantando el proceso disciplinario, los principios que deben gobernar su desarrollo como la legalidad, tipicidad y reserva de ley también se hacen flexibles y menos rigurosos, según lo dicho en la sentencia arriba referida.

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Esta flexibilidad a nuestro entender, no le da seguridad jurídica al sujeto disciplinable, por el contrario lo deja en desventaja ante el operador disciplinario pues no hay un criterio claro para poder decir hasta dónde va la flexibilidad cual es límite que esta tiene con qué criterio se aplica, dejando todo en la interpretación subjetiva del juez de la causa.

A este panorama de incertidumbre para el funcionario investigado, se empiezan a vislumbrar otros aspectos que le dan al juez disciplinario un poder exorbitante desde el ámbito de la ley.

Así las cosas, la ley 734 de 2002 clasifica las faltas disciplinarias a través de su artículo 42 como gravísimas, graves y leves. De igual manera, en el artículo 43 establece los criterios que deben ser tenidos en cuenta por el operador disciplinario para determinar la gravedad o levedad de la falta. Estos son:

- “1. El grado de culpabilidad.*
- 2. La naturaleza esencial del servicio.*
- 3. El grado de perturbación del servicio.*
- 4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.*
- 5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.*
- 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.”¹⁰²*

Paralelo a esto y en virtud del principio de proporcionalidad, la misma ley se encarga de definir las clases de faltas y las sanciones que se deben aplicar a cada una de ellas. Sin embargo, se complejiza la norma tanto para su análisis como para su aplicación, en cuanto tan solo se regulan taxativamente aquellas faltas que se consideran como gravísimas, sin señalar con precisión cuales deben ser consideradas como graves y cuales como leves, entendiéndose que la adecuación de las conductas investigadas frente a la clase de falta, tratándose de graves y leves

¹⁰² Ley 734 de 2002 . Op Cit. Art. 43.

se deja a libre disposición del operador disciplinario, limitándolo únicamente a los criterios de gravedad antes referidos.

Pero la problemática en cuestión no reside únicamente en lo antes expuesto, pues ante eventos específicos de faltas gravísimas como la contemplada en el numeral 1º. del artículo 48 de la norma ibídem, se le concede al operador disciplinario la posibilidad incluso de calificar una conducta como tipo penal y tipificarla como falta gravísima. Veamos:

“Artículo 48. 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.....”¹⁰³

De acuerdo a esto, encontramos que en lo que atañe a faltas gravísimas, la ley le ha concedido de igual manera potestades casi que excepcionalísimas al operador disciplinario de ejercer labores de fiscal y juez penal al disponer de la capacidad de determinar si una conducta disciplinaria se constituye como tipo penal, en aras de que la misma sea tratada como falta gravísima.

En casos como estos, el investigador disciplinario viene convirtiéndose prácticamente en juez penal, pues teniendo en cuenta que dado que la acción disciplinaria es independiente de cualquier otra, incluyendo la fiscal y la penal, puede darse que dentro de un proceso disciplinario una conducta adquiera el calificativo de delito, pero que en el desarrollo de un proceso penal, la decisión sea contraria.

Por último en cuanto a esta justificación pero solo como enunciativa para efectos de la presente investigación, podemos mencionar de igual manera como potestades extraordinarias del operador disciplinario, la que goza al momento de imponer la sanción, pues su criterio es casi que omnipotente en cuanto a la duración de las sanciones.

¹⁰³ Ibid. Art. 48

Por ejemplo, la ley disciplinaria para faltas graves se ha encargado únicamente de señalar que frente a estas procede la aplicación de una suspensión de 1 a 12 meses, término este del que puede disponer el operador disciplinario a su arbitrio ya que no existe artículo alguno que coadyuve en la graduación exacta y “justa” de la sanción. Igual sucede con la inhabilidad de la sanción, ya que de manera independiente de tratarse de especial o general, el único criterio a aplicar es el que en virtud de la sana crítica considere el fallador, pues se reitera, la ley disciplinaria no dispone de elementos para graduar una sanción en real consonancia con los hechos y la naturaleza y gravedad de la conducta.

Situaciones como estas, nos llevan a considerar que el ejercicio de la facultad y de la potestad disciplinaria del Estado se encuentra investido de una clara connotación peligrosista en la medida en que la acción disciplinaria se vuelve injusta al violentar derechos fundamentales, pues el operador disciplinario puede disponer prácticamente a su arbitrio tanto de la calificación de la conducta, así como de la graduación y aplicación de la sanción sin límites específicos, lo que puede conllevar a que no se cumpla con los objetivos propios de la sanción disciplinaria y con las decisiones de fondo dentro de esta clase de procesos, se pueda construir un oscuro manto de poder a través del cual la misma ley disciplinaria le otorga al investigador la posibilidad de archivar o sancionar bajo los argumentos que beneficien o afecten a quien goce de sus afectos. Es decir, esta clase de normas, muy contrario a reducir los índices de corrupción del Estado, los puede disparar casi que sin un efectivo control.

De lo dicho en este apartado se puede ver el enorme poder que tiene el operador disciplinario por las facultades extraordinarias que le entrega la ley pero al mismo tiempo por los criterios de flexibilidad con los que se construye la falta y se relajan los principios rectores del debido proceso.

3.2 El poder exorbitante del operador disciplinario

En cuanto a los criterios de graduación de la falta

Previo a definir los criterios para graduar las faltas, es necesario hablar de la clasificación de las mismas, las que según el Art. 42 del CDU son gravísimas, graves y leves.

Jairo Enrique Bulla Romero las define como:

*“... toda conducta, comportamiento, hecho, acción, u omisión prevista en el C.D.U., como tal afecta negativamente el servicio público. Según su impacto, su magnitud, su trascendencia, la afectación del servicio, o el autor que la realice, se clasifica en una cualquiera de las establecidas.”*¹⁰⁴

El autor establece los parámetros para considerar una conducta como falta atendiendo a la forma de realización de la conducta, hecho acción u omisión, al impacto que causa en la afectación del servicio y el autor que la realice, parámetros que deben ser tenidos en cuenta a la hora de clasificarlas en cualquiera de los tres niveles de intensidad definidos en el artículo 42 del CDU.

El contenido del artículo 43 del Código Disciplinario establece un total de 9 criterios que debe tomar en cuenta por el operador disciplinario a la hora de determinar si una falta es leve o grave. Sin embargo, el enunciado de cada uno de los numerales da lugar a que se haga una interpretación subjetiva del mismo, por ejemplo no dice cómo se puede medir “*el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función*”. Estos criterios no son en sí mismos un límite a la hora de calificar la falta, por el contrario son laxos en su significado, lo que permite al operador que los interprete desde una perspectiva subjetiva y no desde la objetividad del hecho sancionable.

De otra parte, si bien es cierto que en el enunciado del artículo se lee “*criterios para determinar...*”, estos tienen más bien una función orientadora y no determinante, así el numeral primero señala *el grado de culpabilidad*, entonces este criterio servirá para orientar la calificación de la falta como leve o grave, pero no para afirmar, de manera inequívoca, que sea grave o leve.

Esta falta de certeza y claridad que el artículo 43 de la ley disciplinaria faculta al operador disciplinario para que éste haga una interpretación, desde su perspectiva, de estos criterios,

¹⁰⁴BULLA ROMERO. Jairo Enrique. Op. Ctt. Pág. 211.

hecho que también contribuye a la incertidumbre jurídica del sujeto disciplinado, pues no tendrá claridad con que criterios precisos se definió la falta que se le endilgará como leve o grave. De otra parte esta situación contribuye de manera decidida a que el juez disciplinario tenga un poder enorme por la capacidad que tiene para decidir desde su interpretación y desde la libertad que la misma ley le permite a la hora de calificar la falta.

La función práctica de los criterios es la de servir de lineamientos conceptuales para determinar o ubicar la gravedad o levedad de un comportamiento o conducta por parte de un servidor público, según lo dicho por Bulla Romero.¹⁰⁵

Cuadro N°7

CRITERIOS PARA DETERMINAR LA GRAVEDAD O LEVEDAD DE LA FALTA Art. 43 CDU.¹⁰⁶	
Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. <u>Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:</u>	
1. El grado de culpabilidad.	
2. La naturaleza esencial del servicio.	
3. El grado de perturbación del servicio.	
4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.	
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.	
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. →(Causales de exclusión de responsabilidad disciplinaria. Art.28 CDU)
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.	

¹⁰⁵ Ibid.. Pág. 213

¹⁰⁶Ley 734 de 2002. Op. Cit. Art. 43.

Fuente: Autoría propia.

En complemento del artículo 43 del CDU, detallado en el anterior cuadro, el mismo código señala en el artículo 50 cuales faltas pueden ser consideradas como graves y leves, conforme se puede ver a continuación.

Cuadro N°8

Faltas graves y leves. Art. 50 CDU.¹⁰⁷
Constituye falta grave o leve,
El incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la constitución o en la ley
La gravedad o levedad de la falta se establecerá de conformidad con los criterios señalados en el artículo 43 de este código.
Los comportamientos previstos en normas constitucionales o legales como causales de mala conducta constituyen falta disciplinaria grave o leve si fueren cometidos a título diferente de dolo o culpa gravísima.

Fuente: Autoría propia.

El artículo en mención concreta que pueden constituir en faltas graves o leves el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos y la extralimitación de las funciones, es decir que cuando la falta se comete por acción, omisión o extralimitación esta se debe calificar como grave o leve.

También señala que están en esta categoría de faltas graves y leves la violación al régimen de prohibiciones, los impedimentos, las inhabilidades, las incompatibilidades o los conflictos de intereses, los cuales se sancionarán de igual forma que los anteriores.

¹⁰⁷. Ibid. Art.50.

El mismo artículo en estudio dice que la calificación de gravedad o levedad se debe establecer con los criterios que señala el artículo 43 del CDU, del cual ya se indicó como opera.

Respecto de las clases de sanciones y sus límites estas se pueden ver apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro N°9

CLASES DE SANCIONES Y LÍMITES	
Destitución e inhabilidad	Para faltas gravísimas dolosas
Suspensión e inhabilidad	Graves dolosas y gravísimas culposas
Suspensión	Graves culposas
Multa	Faltas leves dolosas
Amonestación escrita	Faltas leves culposas
Destitución e inhabilidad	De 10 a 20 años
Inhabilidad especial	De 30 días a 12 meses
Inhabilidad permanente	Por afectación al patrimonio económico
Suspensión	No menor a un mes ni superior a 12
Multa	Entre 10 a 180 días de SMMLV
LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL NO ES SANCIÓN	

Fuente: BULLA ROMERO. Jairo Enrique. Op- Cit. Pág. 216

En cuanto a la facultad de determinar un tipo penal

Las faltas gravísimas se encuentran señaladas taxativamente en un listado definido en el artículo 48 del Código Disciplinario. Como se señaló en la justificación del anteproyecto, la situación prevista en el numeral 1 ibídem, faculta al operador disciplinario para que decida, bajo el criterio

propio de un fiscal, que una falta disciplinaria puede ser una conducta penal, sin haber sometido dicho acto reprochable disciplinariamente al riguroso examen de la ley penal.

El Artículo 48-1 del CDU, dice:

“Artículo 48. 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.....”*¹⁰⁸

El numeral se refiere a la realización *objetiva de una descripción típica*, es decir a cualquier conducta que esté tipificada en el código penal, sancionable a título de dolo y que se haya cometido con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, ó abusando del mismo, será una falta gravísima, que en consecuencia lleva consigo su correspondiente destitución e inhabilidad general que va de los 10 a los 20 años, desconociendo que hay tipos penales cuyas sanciones son mínimas, como en el caso de los delitos querellables que pueden ser solucionados amigablemente y donde la intervención del funcionario penal se limita a ser un tercero imparcial.

En este sentido, se puede traer a colación el caso del daño en bien ajeno tipificado en el Art. 265 del C.P. que puede ser conciliado con la víctima, cubrir el costo del daño y en consecuencia dar por terminado el proceso; en contraposición se puede referir el contenido del art. 48 N° 43 del CDU que dice “*Causar daño a los equipos estatales informáticos, ...*” en cuyo caso el funcionario, por ser una falta gravísima, se verá irremediabilmente sometido a un proceso que lo terminará destituyendo e inhabilitando por un término no menor de 10 años

Pero, la decisión de calificar la falta como gravísima finalmente esta es en cabeza del operador disciplinario, de cuya interpretación de los hechos que dieron lugar al proceso disciplinario depende el destino del sujeto disciplinado, en primero lugar porque es a este funcionario a quien le corresponde calificar la falta y en segundo lugar porque efectivamente el numeral 43 ibídem

¹⁰⁸Ley 734 de 2002. Op. Cit.Art. 48.1 .

define la falta como gravísima; pero la cuestión es que la infracción debió haber sido cometida a título de dolo, y para poder endilgar que una conducta fue dolosa es necesario haber examinado el componente cognitivo y volitivo del sujeto activo en el ámbito penal o del sujeto disciplinable para el caso del derecho disciplinario.

La situación es que como se está examinando una conducta, en un contexto del derecho administrativo sancionador, cometida con dolo, vale decir con el conocimiento y la voluntad de causar el daño, como es el caso previsto en la primera parte del numeral 43 del artículo en estudio, el juez disciplinario se toma para sí la facultad de tipificar la conducta al decidir que el acto encaja en el tipo penal, por la facultad que la da la misma ley, es decir encajarla en el contenido del artículo 265 del C.P. y endilgar una imputación penal a un sujeto disciplinable, cuando su función no es esa, no es la de ser fiscal ni tampoco juez penal, porque su ámbito de acción se encuentra en la administración pública y no en la jurisdiccional.

Este caso trae consigo una situación muy particular que depende de la dualidad de procesos que se generan, puesto que en disciplinario se ve afectado un deber funcional y en penal un bien jurídico, situación perfectamente definida y permitida en la ley disciplinaria y que no implica que el operador esté actuando contra derecho, tampoco que se esté juzgando dos veces a la misma persona

Pero como en cada uno de estos procesos debe necesariamente tomarse una decisión la situación del sujeto disciplinado se puede volver muy gravosa. Suponiendo que en ambos procesos el fallo sea contrario al implicado, este tendrá que enfrentar dos sanciones, es decir a la destitución e inhabilidad de 10 años se le acumulara la pena (de detención) mínima de 16 meses y la multa de 5 SMLMV, pensando solo en los topes mínimos; Esta dualidad de procesos deja ver como el principio de proporcionalidad y de la teleología de las sanciones se ven gravemente afectados cuando las decisiones se acumulan.

De otra parte, si en penal se absolviera y en disciplinario se sancionara, el disciplinado se vería sometido a una situación también injusta, porque en el proceso penal se estaría diciendo que no existió una conducta reprochable y por tanto lo exonera de culpa.

Por lo tanto esta facultad que el Código Disciplinario le está otorgando al operador disciplinario al permitirle asumir facultades que no son propias de su competencia, pues en Colombia quien tiene la facultad para investigar y acusar es el Fiscal General de la Nación y sus fiscales delegados al tiempo que quien debe decidir sobre el caso puesto en conocimiento es el juez penal, facultades que como se ha venido diciendo, en el caso del derecho disciplinario, las está asumiendo una sola persona que por lo demás también actúa como investigador, lo que conlleva a la apertura de procesos de naturaleza diferente aunque atados aun mismo hecho y a un mismo sujeto

La situación se origina en la descripción que hace el numeral 1 del Art. 48 del CDU, que faculta al operador disciplinario para que tome la decisión de remitir el caso para que se adelante el proceso penal cuando haya lugar a este procedimiento. Los criterios que el operador valora para tomar su decisión son que la falta se haya cometido *“en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo...”*, de tal forma que si **“con ocasión”** del desempeño del cargo un servidor público daña un computador porque estaba estresado por la sobre carga laboral y decide golpear el equipo, indefectiblemente el juez disciplinario **puede** calificar esta falta desde una concepción penal y remitir el caso para que el sujeto disciplinable sea procesado penalmente, porque está claro que causo un daño a un bien ajeno, en este caso propiedad del Estado.

En el siguiente cuadro, se propone a modo de ejemplo, otro caso en el que se puede apreciar claramente las circunstancias que rodean una falta disciplinaria cuando esta también está definida como conducta penal.

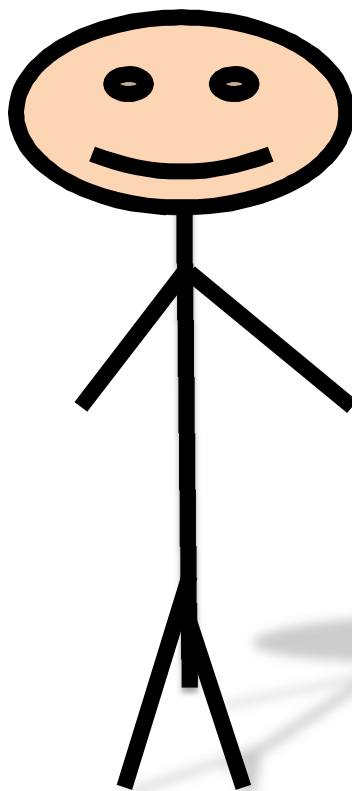
En él se mencionan las consecuencias jurídicas, disciplinarias y penales que trae una conducta en la que se agrede a un superior jerárquico, evento que en disciplinario es una prohibición contenida en el Art. 35 N°6 del CDU y en penal unas lesiones personales dolosas tipificadas en el Art. 112 y subsiguientes del Código Penal.

Del lado disciplinario se puede apreciar que el juez puede tomar por dos alternativas: calificar la falta como gravísima en atención al numeral primero del artículo 48 del CDU y destituir e inhabilitar por el término de 10 a 20 años al infractor, o calificar la falta como grave y en atención a los criterios de graduación de la sanción contenidos en el Art. 43 del CDU ser benevolente y aplicar una suspensión de entre 1 y 12 meses e inhabilitación por el mismo término.

En el escenario penal la conducta se sanciona a partir de la valoración objetiva por el médico forense de las lesiones ocasionadas a Pedro Pérez. A partir de este resultado incuestionable el código penal comienza a definir la sanción principal y la accesoria, dependiendo del número de días de incapacidad, de la presencia de secuelas, del área anatómica que estas afecten y de la circunstancia que estas sean de carácter provisional o permanente.

Cuadro N°10

CUADRO COMPARATIVO: SANCIÓN DISCIPLINARIA Vs. SANCIÓN PENAL		
<p>José agredió físicamente a su superior Pedro Pérez, en el lugar de trabajo, porque quería vengarse por un llamado de atención que le hizo de manera grosera y humillante ante los compañeros de la oficina. Valorado por medicina legal le dan 35 días de incapacidad y deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente.</p>		
Proceso disciplinario		Proceso penal
PROHIBICIONES	<p>Art. 35 Num.6. CDU. Ejecutar actos de violencia contra superiores....</p>	PENA PRINC. Y ACC.
FALTAS GRAVISIMAS	<p>Art. 48 CDU N°1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, o con ocasión, o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.</p>	<p>Art. 112 C.P. Pena de 12 a 36 meses.</p> <p>Art. 112 Inc.2. Pena de 16 a 54 meses. Multa de 13.33 a 30 SMMLV.</p> <p>Art. 112 Inc.3 Pena 32 a 90 meses. Multa 13.33 a 30 SMMLV.</p>
IMP. SUBJETIVA	<p>Culpa Gravísima con dolo. Sanción: Destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años.</p> <p>-----</p> <p>Culpa grave con dolo. Art. 43 CDU N° 3: El grado de perturbación de la falta. N°5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado. Sanción: Suspensión e inhabilidad especial de 1 a 12 meses</p>	SECUELAS
		PERTURBACIÓN
		<p>Art. 114 – Transitoria. Pena 32 a 126 meses. Multa 15 a 25 SMLMV.</p> <p>Art. 114 Inc.2 Permanente. Pena 48 a 144 meses. Multa 34.66 a 54 SMLMV.</p> <p>Art. 115. Perturbación Psíquica</p> <p>Art- 116 Pérdida anatómica o funcional de un órgano.</p>



Fuente: Autoría propia.

En cuanto a la graduación de la sanción

Los criterios para graduar las sanciones se detallan en el siguiente cuadro.

Cuadro N°11

CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN Art. 47 CDU.¹⁰⁹	
1) La cuantía de la multa y el término de duración de la suspensión e inhabilidad se fijarán de acuerdo con los siguientes criterios:	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) Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga;	a) Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;
b) La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función;	b) Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial, se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;
c) Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;	c) Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;
d) La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;	d) Si las sanciones son de multa se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el máximo legal;
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) Pertener el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.	

Fuente: Autoría propia.

¹⁰⁹Ley 734 de 2002. Op. Cit Art. 47.

El artículo 47 de la ley disciplinaria se divide en dos partes fundamentales las que a su vez se subdividen en varios literales.

La división número 1, se dirige a graduar la multa, el término de la suspensión y la inhabilidad. Para esto establece criterios que pueden hacer la situación más o menos gravosa dependiendo de hechos concretos como haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente en los cinco años anteriores.

Hay unos criterios que exacerban la gravedad de la sanción o hacen que esta sea menos benévola, como el caso de atribuir la responsabilidad a un tercero, el grave daño social de la conducta, el conocimiento de la ilicitud, o pertenecer al nivel directivo o ejecutivo de la entidad. Y otros que buscan hacer que la sanción sea menos gravosa o más benévola, como la diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo, la confesión de la falta antes de la formulación de cargos, haber resarcido el daño por iniciativa propia, haber devuelto, restituido o reparado el bien afectado.

La división número 2, se dirige a graduar las sanciones a quienes infrinjan varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición.

En los tres primeros literales se incrementa la inhabilidad general, la inhabilidad especial y la suspensión, hasta en otro tanto sin exceder el máximo legal. Y en el último literal se establece que cuando las sanciones son múltiples se impondrá la más grave hasta en otro tanto.

En la primera parte, la gravedad o levedad de la sanción depende de las circunstancias que rodean el acto calificado como falta, teniendo en cuenta que la graduación de la sanción depende de la interpretación subjetiva que haga el operador disciplinario de estos criterios. Para el segundo caso, el agravante de la sanción está ligado a la existencia de fallos sancionatorios anteriores con la condición de que sean “varios”, sin especificar cuantos o durante qué periodo

de tiempo se debieron cometer, como tampoco la gravedad o levedad de la falta como posible criterio para graduar la sanción.

De este segundo grupo se puede ver en el literal “a” que *“Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal.”*¹¹⁰ (Negrillas fuera del texto original).

Este literal crea una situación que es muy peligrosa para el funcionario público, pues dada la situación en que un servidor que haya sido sancionado dos veces por infracciones leves como llegar tarde, contestar mal el teléfono y que enfrente una destitución e inhabilidad general de 10 años podría llegar a ser inhabilitado hasta por 20 años según el contenido del literal mencionado y el criterio del juez, evento que además de peligrosista es violatorio del principio de proporcionalidad, pues al decir la ley que se “incrementará hasta en otro tanto” automáticamente el término de la inhabilidad se puede llegar a duplicar, porque no da ninguna otra alternativa.

Calificación del procedimiento verbal

El procedimiento disciplinario verbal se encuentra reglamentado en el artículo 175 del CDU, que dice:

“Artículo 175. Aplicación del procedimiento verbal. El procedimiento verbal se adelantará contra los servidores públicos en los casos en que el sujeto disciplinable sea sorprendido en el momento de la comisión de la falta o con elementos, efectos o instrumentos que provengan de la ejecución de la conducta, cuando haya confesión y en todo caso cuando la falta sea leve.

También se aplicará el procedimiento verbal para las faltas gravísimas contempladas en el artículo 48 numerales 2, 4, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 32, 33, 35, 36, 39, 46, 47, 48, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59 y 62 de esta ley.

¹¹⁰Ley 734 de 2002. Op. Cit Art. 47. N°2 Lit. a. .

En todo caso, y cualquiera que fuere el sujeto disciplinable, si al momento de valorar sobre la decisión de apertura de investigación estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.”¹¹¹ Las negrillas y el subrayado no son parte del texto original.

El artículo nos señala tres circunstancias específicas por las que se puede iniciar un proceso verbal. La primera de ellas se da cuando hay flagrancia, confesión o cuando la falta sea leve. La segunda está relacionada directamente con la comisión de faltas gravísimas. Y la Tercera cuando el operador disciplinario, al valorar las pruebas en el momento de apertura de investigación, si estuvieren dados los requisitos para proferir el pliego de cargos puede citar a audiencia.

En los dos primeros eventos el proceso verbal es bastante claro en cuanto a la motivación que da inicio a este, pero en el inciso tercero el artículo está dejando que el operador, en su criterio, decida si se va por un proceso ordinario o por uno verbal.

El inciso tercero le da la oportunidad al operador para que este pueda optar por el proceso verbal, cuando dice “*en todo caso, [...] si al momento de valorar sobre la apertura de investigación*”, crea una disyuntiva que le da la oportunidad de interpretar subjetivamente sobre cual proceso iniciar. El inciso finaliza diciendo “*...estuvieren dados los requisitos sustanciales para proferir pliego de cargos se citará a audiencia.*”, sin concretar cuáles son los requisitos sustanciales, porque si descartamos los del inciso primero referentes a la flagrancia, la confesión, la presencia de elementos, efectos o instrumentos y las faltas leves, y en el inciso segundo las faltas gravísimas solo quedarían elementos sustanciales referentes a faltas graves.

Como se puede ver el inciso tercero está orientado a permitir que sea el operador disciplinario quien decida porque proceso iniciar la acción disciplinaria, es decir que el código disciplinario no es tajante a la hora de señalar de manera específica y categórica cuales proceso se llevaran como verbales y cuales como ordinarios, o en qué circunstancias específicas se debe iniciar.

¹¹¹ Ibid.. Art.175.

Esto para el sujeto disciplinable se traduce en inseguridad jurídica, pues no podrá tener certeza con cual proceso se iniciará la acción disciplinaria, porque una cosa es tener los tiempos que se dan en el proceso ordinario y otra los del proceso verbal donde los términos son más cortos.

De otra parte, el proceso verbal tiene como propósito fortalecer la oralidad en materia disciplinaria con el fin de evitar la dilación de los términos del proceso ordinario y buscar por esta vía la prescripción del mismo, sin embargo lo que el tercer inciso del Art. 175 del CDU hace es permitir que el operador pueda llevar el proceso con el procedimiento ordinario lo que va en contravía del propósito de la eficiencia, la oportunidad y la celeridad. En este sentido David A. Roa Salguero y Héctor E. Ferrer Leal, le hacen una crítica al proceso verbal, afirmando lo siguiente:

*“Si lo verdaderamente importante era fortalecer la oralidad en materia disciplinaria con el proceso verbal, no debió ampliarse los términos de la actuación disciplinaria ordinaria, **sino más bien establecerlo como regla general**, pero no cambiando de una clase de procedimiento a otro como ocurre en el supuesto del tercer inciso del Art. 57 de la Ley 1474 de 2011, en el sentido de permitir en los eventos contemplados en los incisos anteriores (de ese mismo artículo), **el funcionario de conocimiento cite audiencia** en cualquier estado de la actuación, hasta antes de proferir pliego de cargos.”*¹¹² Negrillas y subrayado fuera del texto original.

Lo ideal hubiese sido que el proceso verbal se siguiera como regla general y no como una opción, pues esto fortalecería la oralidad y por ende se haría más eficiente aplicación de los procedimientos disciplinarios que conllevaría a combatir la corrupción al no permitir la prescripción de los procesos por vencimiento de términos y por maniobras dilatorias, hecho que no sucede porque el inciso tercero permite citar a audiencia en cualquier momento hasta antes de formular el pliego de cargos. Esto además de hacer ineficiente el desarrollo del proceso

¹¹² ROSA SALGUERO. David Alonso; FERRER LEAL. Héctor Enrique. El proceso verbal en el código disciplinario. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. D.C. 2012. Pág. 272.

disciplinario genera inseguridad jurídica para el sujeto disciplinado al no permitirle tener certeza sobre cuál de los procesos será el que le aplicaran en su asunto disciplinario.

La autonomía y e independencia del juez

La Constitución política de 1991, en su artículo 228, refiriéndose a la administración de justicia dice lo siguiente:

*“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.”*¹¹³ Las negrillas y el subrayado están fuera del texto original.

De otra parte la misma norma superior en su artículo 230, señala:

*“Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”*¹¹⁴ Las negrillas y el subrayado están fuera del texto original.

De lo dicho por la Constitución se resalta que las decisiones judiciales sean independientes en la medida en que las otras ramas del poder público no pueden intervenir en las decisiones de los jueces y en las actuaciones de este debe prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal, quedando sometidas sus decisiones solo al imperio de la ley.

Estos principios de autonomía e independencia son tratados en la sentencia T-238 de 2011 de la Corte Constitucional, que citando el Art. 5 de la Ley 270 de 1996 (ley estatutaria de la administración de justicia), señala lo siguiente:

*“La cardinal trascendencia de este mandato fue también reconocida por el legislador estatutario, que en el artículo 5° de la Ley 270 de 1996 incluyó como uno de los principios de la administración de justicia la autonomía e independencia de la Rama Judicial, precisando además que en desarrollo del mismo “**Ningún***

¹¹³Colombia. Constitución Política de 1991. Op. Cit. Art.228

¹¹⁴ Ibid. Art. 230

superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba adoptar en sus providencias””.¹¹⁵

Llama la atención el hecho de que “*Ningún superior jerárquico en el orden administrativo*” podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar¹¹⁶, vale decir que para el caso del operador disciplinario, cuando actúa como juez, el fundamento de su decisión debe estar sujeto por completo a la ley, a la interpretación que él haga de ella con fundamento en su autonomía, excluyendo en su actuación la intervención de su superior jerárquico. Sin embargo, como anteriormente lo decíamos, los operadores disciplinarios están fuertemente condicionados por el poder político, específicamente por el congreso, los consejos municipales y distritales para los casos de elección del procurador general y los personeros, y en el ámbito de las oficinas de control interno, estos funcionarios son de libre nombramiento y remoción siendo en consecuencia nominados por el superior jerárquico quien puede interferir en sus decisiones y restarles objetividad.

Desde esta perspectiva la decisión del juez disciplinario puede verse viciada por los intereses políticos de los partidos que apoyaron su postulación y elección, por los intereses que estos mismos partidos tienen en las instituciones de “su propiedad” que normalmente apuntan al manejo clientelista y el control de los recursos económicos. Este es un panorama no muy claro para el juez disciplinario pues sus actos se están desarrollando en un medio fuertemente permeado por la corrupción, lo cual atenta decididamente contra el bienestar general, como propósito del Estado, y deja en entredicho la razón de ser del derecho disciplinario en la medida que su función preventiva y correctiva se desnaturaliza al no poder cumplir con su propósito, con su razón de ser.

Ahora, en el rigor con que debe actuar el operador disciplinario respecto de la interpretación de la ley, el mandato constitucional contenido en el Art. 230 le permite acudir a la jurisprudencia,

¹¹⁵ Colombia. Ley 270 de 1996. Artículo 5. Congreso de la República. Diario Oficial No. 42.745, de 15 de marzo de 1996. Citada en la sentencia T-238 de 2011. Corte Constitucional. MP. Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

¹¹⁶ Ibid. Art. 5.

los principios generales del derecho y la doctrina con un criterio auxiliar, es decir que puede prescindir de ellos si así lo quiere o si no los estima necesarios, pues su decisión solo está sometida al imperio de la ley.

Pero en el caso del derecho disciplinario donde las infracciones al deber funcional no están definidas taxativamente en la norma como es el caso de las faltas graves y leves, cómo puede el juez disciplinario interpretar esta ley, si no es acudiendo a la jurisprudencia que bajo los conceptos de números abiertos y la remisión normativa le permiten establecer la antijuricidad de la infracción funcional, clasificarla y señalar la correspondiente sanción, tal como lo define la Sentencia C-708 de 1999 referida al comienzo de este capítulo.

En esta función de definición da la falta el operador debe, necesariamente, acudir al manual de funciones para poder afirmar objetivamente cual fue el deber funcional omitido y examinando los criterios de la ilicitud sustancial entendida como la grave afectación del servicio, decidir si existo o no existe un acto antijurídico realizado por el servidor. Este ejercicio está enteramente en cabeza del operador y es de carácter subjetivo pues le corresponde valorar un acto, interpretar un manual, y en el caso de ser necesario acudir a la ley y la constitución para completar la definición de la falta sancionable. Este debería ser el desarrollo normal del proceso de definición de la falta, sin embargo lo que la jurisprudencia ha dicho es que el superior jerárquico puede evaluar con mayor flexibilidad y un amplio margen de apreciación.

Los criterios de flexibilidad y mayor margen de apreciación no es claro cómo se aplican, pues dependiendo del criterio del operador disciplinario podrían hacer más gravosa la situación del sujeto disciplinado al calificar una falta objetivamente leve como grave o por el contrario beneficiarlo al definir una falta grave como leve, porque la sentencia no señala como se debe orientar su aplicación, tampoco hasta donde se puede ser flexible, convirtiendo en todo caso la definición de la falta en un hecho incierto dependiente del criterio subjetivo del juez lo que estaría contrariando los principios de tipicidad y claridad de la norma.

Puede ser que el pliego de cargos que se le imputa al funcionario público contenga claramente definida la falta que se le endilga al sujeto disciplinable y la posible sanción aplicable, conforme

lo reclama el principio de tipicidad y la precisión que este conlleva, pero si en el criterio subjetivo del operador disciplinario no se definió de manera justa la consecuencia para el sancionado será una injusticia, una arbitrariedad.

Pero la flexibilidad no solo tiene cabida en la definición de la falta, este concepto también se hace extensivo a los principios, al establecer la jurisprudencia en la sentencia C-030 de 2012, al hablar de los principios de legalidad, tipicidad y reserva de ley que “...tales principios consagrados en la Carta Política adquieren matices de flexibilidad y menor rigurosidad para el caso del derecho sancionador disciplinario”¹¹⁷.

Si los principios son la base y fundamento del derecho, no es claro porqué estos deben ser tratados con un criterio de flexibilidad, cuando una sanción disciplinaria podría significarle a un servidor público, en el peor de los casos, una suspensión de 20 años y una inhabilidad permanente cuando afecte el patrimonio del Estado. En estos casos la afectación a derechos fundamentales es muy grande pues significa la muerte política al no poderse postular a cargos de elección popular, no poder volver a laborar con el Estado y de paso si el Estado lo tiene sancionado difícilmente podrá conseguir trabajo en el sector privado pues allí las exigencias suelen ser más minuciosas y una sanción tan extensa de cuenta del sector público no puede ser una buena carta de presentación para el privado.

Pero no solo se estaría afectando el derecho al trabajo o a participar en política, la sanción también estaría afectando la dignidad del servidor público, contraviniendo uno de los límites materiales del derecho sancionador, pues estaría menoscabando su calidad de vida, la de su familia, su salud, la educación de sus hijos. El debido proceso sería otro de los principios sacrificados por este concepto de flexibilidad, puesto que el juez en lugar de garantizar los principios de legalidad, tipicidad, reserva de ley y proporcionalidad los estaría vulnerando.

En el cuadro contenido en la siguiente página, se agrupan los artículos que definen las faltas, la forma de culpabilidad, la sanción y el límite de la sanción, con el objeto de mostrar las relaciones que surgen entre ellas y la afectación al servidor disciplinado como consecuencia de la interpretación que haga el juez disciplinario.

¹¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Cuadro N°12

		CULPABILIDAD Art. 13 CDU¹¹⁸ (Imputación subjetiva)	SANCIÓN Art. 44 CDU	LÍMITE DE LA SANCIÓN Art. 46 CDU.
CLASIFICACIÓN DE LAS FALTAS Art. 42	Gravísima Art.48 CDU	Dolo	Destitución e inhabilidad general. →Excluye al servidor	De 10 a 20 años
	Gravísima Art.48 CDU	Culpa gravísima	Destitución e inhabilidad general. →Excluye al servidor	De 10 a 20 años
	Gravísima Art.48 CDU	Culpa grave	Suspensión e inhabilidad especial	1 a 12 meses. →Si afecta patrimonio: Inhabilidad permanente
	Grave	Dolo	Suspensión e inhabilidad especial / (Multa)	1 a 12 meses. →Si afecta patrimonio: Inhabilidad permanente
	Grave	Culpa	Suspensión / (Multa)	1 a 12 meses.
	Leve	Dolo	Multa	De 10 a 180 días de salario básico mensual devengado al momento de la falta.
	Leve	Culposa	Amonestación escrita	
Parágrafo. Art. 44	Culpa gravísima	Cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento		
	Culpa grave	Cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.		

Fuente: Autoría propia

¹¹⁸Ley 734 de 2002. Op. Cit.. Art. 13, 42, 44, 46.

En primer lugar, de la observación de los cuadros se puede apreciar que hay unos límites fijos en el Art.46 del CDU para establecer las sanciones, bien sea para faltas gravísimas, graves o leves, pero no hay un señalamiento claro de qué criterios se deben tener en cuenta para ir incrementando del tope mínimo al máximo, solo estarían los aspectos circunstanciales de interpretación general de los artículos 43 y 47 de la ley 734 de 2002 para establecer la clasificación de las faltas como graves y leves al igual que la sanción, dejando esta decisión en manos del juez.

En segundo lugar, llama la atención la primera parte del párrafo del Art. 44 del CDU, al considerar que habrá culpa gravísima, por ignorancia supina (que tiene un completo desconocimiento), la desatención elemental (falta de cuidado necesario) o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. Esto significa que el servidor que cometa una falta que pueda ser considerada bajo estos tres argumentos puede ser destituido e inhabilitado entre 10 y 20 años, cosa que no es justa pues la desatención elemental puede ser considerada por faltas leves o graves como equivocar el envío de la correspondencia, el olvido de una notificación, no citar a un interviniente en un proceso entre muchas otras, pero que por el criterio de “desatención” se vuelven gravísimas.

Estos conceptos de “culpa gravísima” definido en el párrafo del artículo 44 del CDU, atribuidos a la desatención elemental, la ignorancia supina o el incumplimiento de reglas de obligatorio cumplimiento, crea realmente una cuarta forma de calificar las faltas que no está contenida en el artículo 42 del CDU, y lo hace basado en la interpretación que haga el operador respecto de faltas que se relacionen con estos conceptos, de tal manera que el juez a un grado de sanción máximo la comisión de una falta solo por su criterio sin ningún lineamiento claro y preciso que delimite ese ejercicio interpretativo.

Y en tercer lugar, al observar el numeral segundo del Art.47 del CDU, vemos como el monto de la multa y el término de las sanciones e inhabilidades se duplican cuando con una o varias acciones u omisiones se afecten varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la

misma disposición; esto parece claro, pero entonces volvemos a los dos primeros puntos, en el sentido de que no hay unos criterios claros que regulen el incremento de las multas, solo la interpretación y el criterio del juez.

Otro aspecto claro que se evidencia es la indeterminación en la norma por su falta de establecer claramente los criterios de calificación de las faltas, graduación de las sanción e incrementos de las multas pues las está dejando claramente a criterio del juez, en una clara atribución de poderes exorbitantes que lo convierten en la práctica en un ser temerario por la capacidad que tiene para decidir sobre el derecho al trabajo de un servidor público sancionado pues en los casos en que decide, por la atribución de la ley, imponer una sanción de destitución e inhabilidad general cuando la falta objetivamente no corresponde a este grado de sanción está desvinculando al servidor de su empleo, cosa bien distinta a la que se presenta cuando la falta se sanciona con suspensión e inhabilidad especial.

Es que las diferencias entre estas dos formas de sanción son abismales, en la suspensión el funcionario se aparta de su cargo por el periodo que dure la sanción, mientras que en la destitución está perdiendo sus derechos de carrera, cuando pertenece a esta, pero además se le está impidiendo que labore en otra institución al estar inhabilitado, lo que de manera muy grave se traduce en que su derecho al trabajo se le ha negado, por razón y con ocasión de un fallo injusto y arbitrario, tomado por las atribuciones que le da la ley al operador disciplinario, por la falta de definición en los criterios que debe aplicar a la hora de calificar las faltas y graduar la sanción.

Pero a esta situación no solo contribuye la ley disciplinaria, también lo hace la jurisprudencia al permitir que los procesos se adelanten con un criterio flexible de los principios que hacen parte del debido proceso como el de tipicidad y claridad en la definición de la ley que se va a dar sustento al reproche disciplinario. Es que si bien es cierto que la flexibilidad se puede predicar al momento de construir la falta sancionable por la infracción al deber funcional, por la inexistencia de una codificación específica para cada institución, esta no se puede extender a los principios, por el hecho de que se está sancionando es una falta, exigible como comportamiento ético del servidor y como protección a los fines del Estado. La protección de

los principios se debe exigir y aplicar con el mismo rigor que se tiene en el derecho penal, donde se protege como bien supremo la libertad del individuo.

Se podría preguntar si el derecho al trabajo es menos valioso que el derecho a la libertad. Pues bien, una persona puede ir a la cárcel y con ello pierde su libertad, su derecho a desplazarse libremente por donde quiera, su derecho para estar con su familia, su derecho a trabajar, pero cuando se pierde el derecho al trabajo por una sanción disciplinaria injusta o no, se está privando al individuo de otros derechos fundamentales como la salud y la dignidad, el derecho a dar a sus hijos y familia alimentos, vestuario, educación por la privación del ingreso salarial. Entonces no es justo que los principios que rigen el derecho disciplinario sean tratados con un criterio de flexibilidad, porque las consecuencias que se derivan de esta situación afectan de manera significativa la vida de los servidores públicos cuando son sancionados.

Por lo anterior, ante la pregunta:

La determinación de la responsabilidad y de la sanción disciplinaria obedecen a criterios claramente establecidos en la ley, o en aspectos subjetivos a criterio del operador disciplinario igualmente permitidos por la norma disciplinaria?

Respondemos que la determinación de la responsabilidad disciplinaria y de la sanción disciplinaria, obedecen a aspectos subjetivos del criterio del operador disciplinario permitidos en la norma disciplinaria, por las siguientes circunstancias:

Primero, porque los criterios definidos en el artículo 43 del CDU para determinar la gravedad de la falta al igual que los definidos en el artículo 47 de la misma ley establecidos para definir la gravedad de la sanción, no establecen parámetros claros

que permitan determinar la gravedad o levedad de la falta ni que obliguen al operador disciplinario a ajustarse a lo establecido en la norma, por el contrario estos tienen más bien una función orientadora que no establece cuales son los límites entre una y otra forma de calificación, de igual forma tampoco hay unos lineamientos claros en el caso del numeral segundo del artículo 47 del CDU, pues el artículo solo se remite a decir que cuando se infrinja “varias veces la misma disposición” se graduara la sanción de acuerdo con los siguientes

criterios y los enumera, pero no aclara cuantas veces se debe haber infringido la disposición, pues varias veces podría ser dos o diez.

De esta forma la calificación de la falta y la graduación de la sanción obedecen realmente a la interpretación subjetiva que el operador disciplinario tenga sobre la comisión de la falta y la sanción que en su criterio esta merece.

Segundo, porque circunstancias de iguales características a la anterior se pueden ver cuando el operador está calificando una falta gravísima, definida así en el Art. 48 del CDU, y en la imputación subjetiva la califica con culpa grave, no hay unos parámetros definidos para hacer este tránsito entre la falta gravísima y la culpa grave, si se tiene en cuenta que precisamente las faltas gravísimas son las que taxativamente están contenidas en el listado del artículo 48, por lo tanto el calificativo de “grave” también le corresponde establecerlo al operador.

De otra parte el tránsito entre una imputación gravísima y una grave o al contrario entre una grave y una gravísima, tiene unas diferencias grandísimas y un profundo significado para la vinculación laboral del operador sancionado, pues mientras con la primera lo pueden destituir por no menos de 10 años perdiendo sus derechos en la segunda solo lo pueden suspender por uno o varios meses conservando sus derechos de carrera, la situación se vuelve inversa si se califica de grave a gravísima. Este límite es muy tenue, es muy difícil de establecer pues la ley es ambigua al respecto ya que en el artículo 49 del CDU, solo se dice que es falta grave o leve el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, entre otros, y estos resultando siendo criterios subjetivos de valoración a cargo del operador.

Tercero, porque al calificar y definir las sanciones para las faltas establecidas en el párrafo del artículo 44 del CDU, señaladas como ignorancia supina, falta de atención elemental y violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento, la norma las define como culpas gravísimas, nuevamente quedando a criterio del operador disciplinario la determinación de que es, por ejemplo, desatención elemental, sin regular en que circunstancias se debe dar esa desatención, porque en el trabajo son múltiples los actos que involucran falta de atención y

cuidado, como no colgar bien el teléfono, dejar de pagar la póliza de un seguro, hechos que no necesariamente son faltas gravísimas.

Y en cuarto lugar, porque en la tasación de las multas tampoco hay claridad de como se hace el incremento o a que criterios debe obedecer el juez disciplinario para estimar el número de días que tomará como base para calcular el monto de la sanción, pues el artículo 48 del CDU, solo se limita a decir que va de 10 a 180 días.

CONCLUSIONES

El Derecho Disciplinario en sus definiciones y estructura permite que el operador disciplinario actúe investido de unas facultades excepcionales que le confieren un poder exorbitante en comparación con los jueces jurisdiccionales.

Esto porque la ley es ambigua en sus definiciones y en consecuencia le traslada al operador la facultad para interpretarla de una manera subjetiva resultando en consecuencia que este tome decisiones, respecto de la calificación de la falta y la graduación de la sanción, que en muchos casos pueden resultar arbitrarias, claramente violatorias de derechos fundamentales y de los principios que rigen el debido proceso.

Pero no es solamente la interpretación subjetiva de la ley disciplinaria es la que lleva al operador a establecer una sanción sobredimensionada o muy leve con relación a una falta objetivamente grave o gravísima, hay otros factores que también contribuyen de manera significativa a esta situación.

El hecho que un operador disciplinario sea investigador le da facultades de policía judicial y en consecuencia puede adelantar la indagación e investigación pertinentes con la conducta que está siendo objeto de posible sanción disciplinaria, en consecuencia con esto él puede recaudar pruebas, hacer allanamientos, interrogar, entrevistar testigos, circunstancia particular que le permite conocer los elementos probatorios con antelación, es decir que como además de ser investigador también es acusador y juez, puede desde un comienzo proyectar una posible sanción porque las circunstancias particulares del derecho disciplinario se lo permiten, situación que sumada a la interpretación subjetiva que él da a la calificación de las faltas y sus posibles sanciones en un juez dotado de facultades excepcionales.

Otra situación particular del derecho disciplinario proviene de la jurisprudencia cuando permite que los principios que rigen el derecho disciplinario sean aplicados de manera flexible en el

proceso, esto le da al juez disciplinario posibilidades para que su actuación no sea rigurosa cuando tiene que medir las consecuencias de sus actos a la vez que para el servidor público investigado se traduce en inseguridad jurídica pues sus derechos no se miran con la misma consideración y rigor a como se les trata en el derecho penal, teniendo como consecuencia que una decisión justa y razonable pueda depender de la interpretación subjetiva del juez, de su grado de amistad o enemistad con este, de la vinculación el partido político “dueño” de la institución donde labora.

Así las cosas, el poder exorbitante del operador disciplinario se nutre de diversos insumos que lo justifican, unos provenientes de la ley, otros de la jurisprudencia y otros de la naturaleza misma del rol propio de su cargo.

Además de estos elementos circunstanciales, no se puede decir que el juez disciplinario sea precisamente autónomo, como lo pretende la Constitución y la ley, pues su nominación y elección están fuertemente vinculadas al poder legislativo y ejecutivo y esto en términos prácticos se traduce en manejo político, de tal forma que la imparcialidad, el equilibrio de la sanción. La defensa de los derechos humanos y la lucha contra la corrupción como formas de materialización del deber funcional del operador disciplinario pueden ser seriamente cuestionadas por estar viciados por la influencia de elementos externo de carácter político que menguan la razón de ser del derecho disciplinario.

BIBLIOGRAFÍA

BARRETO MORENO, Antonio Alejandro. La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la época de los treinta. Opinión Jurídica. Vol 10. N°20. Universidad de Medellín. Julio – diciembre 2011.

BULLA ROMERO. Jairo Enrique. Manual de Derecho Disciplinario. 4ta. Edición, Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2014.

GÓMEZ PAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Quinta Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. Colombia.

GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos Arturo. Revista Lecciones de Derecho Disciplinario. vol I. Artículo: La Ilícitud Sustancial. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

LEON DUGUIT. Citado por: **BARRETO MORENO**. Antonio Alejandro. La teoría del servicio público y su aplicación real en materia de acueducto durante la época de los treinta. Opinión Jurídica. Vol 10. N°20. Universidad de Medellín. Julio – diciembre 2011.

PABÓN PARRA. Pedro Alfonso. Manual de Derecho Penal. Parte General y Especial. Segunda Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Santa Fe de Bogotá.

ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. Justicia Disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. Procuraduría General de la Nación. IEMP Ediciones. 2009.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Derecho Administrativo General y Colombiano. Decimoséptima Edición. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2011.

RAGUEZ I. Valles. El dolo y su prueba en el derecho penal, cit. P.523. Citado por GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. 5° Edición. Universidad Externado de Colombia. 2011.

ROSA SALGUERO, David Alonso; **FERRER LEAL,** Héctor Enrique. El proceso verbal en el código disciplinario. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. D.C. 2012.

TORRES, Flor Alba. **MAYA,** Cesar Augusto. **CARO,** Manuel Dagoberto. Revista Lecciones de Derecho Disciplinario. vol I. Artículo: La Culpabilidad en el Derecho Disciplinario. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

SÁNCHEZ HERRERA. Citado por GÓMEZ PAVAJEAU. Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. 5° Edición. Universidad Externado de Colombia. 2011.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Quinta Edición. Bogotá. C.C. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. 2013.

Constitución Política de 1991. Vigésimo Novena Edición. Editorial Legis. Bogotá D.C. . Colombia. 2013.

Código Penal. Doceava Edición. Editorial Legis. Bogotá D.C. 2013.

Ley 734 de 2002. Notas de vigencia 2014. Procuraduría General de la Nación. Bogotá D.C. Colombia.

Webgrafía

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. <http://dle.rae.es/?id=0KZwLbE>. Consultado el 06 – 10 – 2016.

Procuraduría General de la Nación. Poder preferente y supervigilancia administrativa. <http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/poder-preferenteT-734.page>. Consultado: 06 – 10 – 2016.

Jurisprudencia

Corte Constitucional. Sentencia C-028 de 2006. M.P. Dr. Humberto Sierra Porto.

Corte Constitucional. Sentencia C-736 de 2007. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Consejo de Estado. Radicado 792 de 1996. Sala de Consulta y Servicio Civil.

Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-818 de 2005. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional. Sentencia C-1193 de 2008. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería.

Corte Constitucional. Sentencia C-341 de 1996. M.P. Dr. Antonio Barrera Carbonel. Citada por: Gómez Pajeau, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Quinta Edición. Bogotá D.C. Universidad Externado de Colombia. 2011.

Corte Constitucional. Sentencia C-948-2002. M.P.Dr. Alvaro Tafur Galvis.

Sentencia C-427-94. M.P. Dr. Fabio Morón Díaz. Citada en la Sentencia C-708-99. MP. Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2012. M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.