

**DOBLE ENJUICIAMIENTO DISCIPLINARIO A LOS ABOGADOS-SERVIDORES
PÚBLICOS Y LA GARANTÍA DEL NON BIS IN ÍDEM EN EL SISTEMA
JURÍDICO COLOMBIANO**

CLAUDIA LORENA SALGADO LÓPEZ

**MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS
BOGOTÁ
MAYO 2016**

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
Introducción.....	4
<u>CAPITULO 1: Derecho disciplinario</u>	
1.1. Derecho disciplinario como potestad sancionadora del Estado...	7
1.2 Régimen disciplinario de los abogados	
1.2.1. Naturaleza jurídica y generalidades	21
1.2.2. Competencia.....	28
1.2.3. Procedimiento.....	29
1.2.4. Destinatarios.....	33
1.2.5. Deberes profesionales	34
1.2.6. Faltas.....	39
1.2.7. Sanciones.....	40
1.2.8. Rehabilitación	42
1.3 Régimen disciplinario de los funcionarios públicos	
1.3.1 Naturaleza jurídica y generalidades.....	43
1.3.2 Competencia.....	51
1.3.3. Procedimiento.....	52
1.3.4. Destinatarios.....	55
1.3.5. Deberes funcionales.....	56
1.3.6. Faltas.....	62
1.3.7. Sanciones.....	63

CAPÍTULO 2: Non Bis In Ídem

2.1 Concepto	65
2.2 origen	67
2.3 Presupuestos	68
2.4 Vertientes formal y material.....	71
2.5 Non bis in ídem en el derecho disciplinario.....	72
2.6 Non Bis in ídem y Cosa juzgada.....	74
2.7 Non Bis in ídem y Principio de Proporcionalidad	77
2.8 Non Bis in ídem y legalidad.....	79
2.9 Aplicación del Non Bis in ídem en las Relaciones de Especial Sujeción	81

CAPITULO 3: Análisis y conclusiones

3.1. Artículo 19 de la Ley 1123 de 2007. Destinatarios de la Potestad Disciplinaria en el Régimen de los Abogados.....	90
3.2. Sentencia C-899 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia....	91
3.3 Análisis de la decisión de la Corte Constitucional.....	98
3.4 Conclusiones.....	112

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCIÓN

En cualquier sociedad moderna, ostentar la condición de abogado o de servidor público es sinónimo de reconocimiento y prestigio social. Y cuando se tienen de forma simultánea dichas calidades, es mayor la reputación y responsabilidad social de la persona. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico colombiano tal hecho implica perder algunos de los derechos, tanto así que garantías reconocidas y protegidas universalmente, como el no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, virtualmente desaparecen.

En efecto, las personas que designa el Estado para que le ayuden a cumplir con sus fines, están atadas a través de una Relación Especial de Sujeción, lo que también ocurre con aquellos que desempeñan profesiones liberales que cumplen alguna función social, como es el caso de la abogacía. Dicha relación comporta la existencia de una serie de deberes que se deben acatar en ejercicio de la función pública y de la abogacía, respectivamente.

Tales servidores públicos y profesionales, son vigilados y disciplinados por el Estado a través de una potestad sancionadora que le ha sido conferida para auto regularse y sancionar a aquellas personas que desconocen los mandatos de comportamiento previamente señalados en la ley y que de una u otra forma, defraudan la confianza que la sociedad les ha conferido para desempeñar unas funciones que considera indispensables.

Hasta el año 2007 los abogados eran sancionados por la Jurisdicción Disciplinaria y los servidores públicos, por la Procuraduría General de la Nación o las oficinas de control interno disciplinario de cada entidad estatal, sin que existiera la posibilidad de que ambos diligenciamientos concurrieran simultáneamente sobre un abogado-servidor público por la misma conducta.

Sin embargo, la expedición de la Ley 1123 de 2007, específicamente de su artículo 19 que permite que las personas que tienen la doble condición, esto es, los abogados-servidores públicos, sean investigados disciplinariamente de forma simultánea por la jurisdicción disciplinaria por su condición de abogados y por la Procuraduría General de la Nación o las oficinas de control interno por su calidad de servidor público, implica que una misma persona sea investigada y sancionada disciplinariamente dos veces por un mismo hecho, lo cual, puede constituir una violación del Principio del Non Bis In Ídem.

Este dilema es el objeto de análisis de este trabajo, para cuyo desarrollo, es necesario realizar un recorrido por la Potestad sancionadora del Estado, por los procesos disciplinarios que se surten contra los abogados y los servidores públicos, la naturaleza de dichos regímenes, las autoridades que los adelantan, los deberes profesionales y funcionales señalados en la ley, así como las faltas y sanciones que pueden ser impuestas.

Luego de lo cual, se abarcará la conceptualización del Principio del Non Bis in ídem, característico del derecho sancionador, que incluye al derecho disciplinario, que es irrigado por todas las Garantías y derechos propios de esas potestades del Estado que se inmiscuyen en los derechos y libertades de los ciudadanos; en este caso, de sujetos pasivos calificados, como son los servidores públicos y los profesionales del derecho.

El análisis recaerá también sobre la jurisprudencia de la Corte Constitucional que como Guardiana de la Constitución Política de Colombia, es el intérprete autorizado de la Carta Política y ha definido el alcance de los derechos fundamentales, entre ellos, el Non Bis In Ídem.

Y con base en la decantación de los criterios jurisprudenciales, se hará un abordaje crítico de las posturas del Alto Tribunal sobre la materia, contrastándolos con las posturas doctrinales, que resultan, en la mayoría de los casos, más garantistas.

Se culminará con el planteamiento de unas conclusiones para resolver si efectivamente el doble enjuiciamiento disciplinario a los abogados servidores públicos, por la misma conducta, constituye o no una violación al Principio del Non Bis In Ídem.

CAPÍTULO I

DERECHO DISCIPLINARIO

1.1 DERECHO DISCIPLINARIO COMO POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO

Claro es que si el Estado desea cumplir sus fines constitucionales¹, debe contar con las herramientas necesarias para reprimir conductas que vayan en contra de ello y sobre todo, cuando esas actuaciones irregulares, son desplegadas por agentes que cumplen un papel importante en dicha labor. Para ello está dotado de una potestad sancionadora.

De la Cuetara, resalta que las potestades constituyen un poder, el cual es concedido por el ordenamiento en interés de terceros y que implica una sujeción a otros sujetos². Por su parte García de Enterría y Fernández señalan que “La potestad disciplinaria es la que la administración ejerce normalmente sobre los agentes que están integrados en su organización”³.

Por otro lado, en el ámbito interno, Forero Salcedo, define potestad disciplinaria como la “capacidad que tiene el Estado a través de los órganos de control, la propia administración y la jurisdicción disciplinaria de exigir obediencia y disciplina en el ejercicio de la función pública, investigando las faltas administrativas e imponiendo

¹ Constitución Política de Colombia, artículo 2º: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo. Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

² DE LA CUETARA, Juan Miguel, *La actividad de la administración*, Editorial Tecnos, Madrid, 1983

³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo II*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1992.

las sanciones o correctivos a los servidores públicos y particulares disciplinables, con el fin de asegurar el correcto funcionamiento y prestación de los servicios a su cargo”⁴.

Una de las razones que fundamenta la existencia del derecho disciplinario, es la inamovilidad del funcionario público y la necesidad de la Administración para retirarlo del cargo, respetando un procedimiento previamente señalado en la ley.

En efecto, este elemento –la inamovilidad de los funcionarios-, es el que a juicio de Belén Marina Jalvo⁵, originó el derecho disciplinario, pues al existir la posibilidad de separar libremente del cargo, no existiría la necesidad de establecer un orden regulador de las causas, procedimientos y consecuencias de incumplir los deberes disciplinarios.

Trayter Jiménez y Jalvo coinciden en que el derecho disciplinario tuvo su fundamento en figuras tales como La Visita, el Juicio de Residencia, la Pesquisa y la Purga de Taula que constituyen una serie de instituciones cuya característica común es el fin que perseguían: “*asegurar una administración leal, justa y eficaz de los funcionarios*”⁶, exigiendo responsabilidad por los actos cometidos en el

⁴ FORERO SALCEDO, José Rory, *Manual de Derecho Disciplinario de los servidores públicos y particulares disciplinables*, Grupo Ecomedios, Primera Edición, Bogotá 2003.

⁵ JALVO, Belén Marina, *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos. Fundamentos y regulación sustantiva*, Segunda Edición, Editorial Lex Nova. 2001.

⁶ TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel, *Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Públicos*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A., Madrid, 1992. Explicaba cada una así: LA VISITA: Es sinónimo de inspección y se efectuaba tanto al gobernante o funcionario en concreto, como al organismo colegiado, con el fin de examinar su actuación administrativa. La sentencia no la dictaba el visitador. EL JUICIO DE RESIDENCIA: era la cuenta que se tomaba de los actos cumplidos por un funcionario público al terminar el desempeño de su cargo. Tuvo gran desarrollo en Castilla donde la Partidas obligaban a los jueces a permanecer 50 días en el lugar que habían efectuado su labor para “hacer derecho a todos aquéllos que de ellos había recibido tuerto”. Los jueces de Residencia nombrados por el Rey, eran de ordinario letrados que efectuaban una doble labor: Además de recibir la residencia de los oficiales cesantes, ejercían con carácter interino el cargo que hasta entonces había ostentado el residenciado y precisamente por eso se les sometía, a su vez, a residencia al posicionarse el oficial entrante. El juez de residencia era el que dictaba la

ejercicio de sus cargos. Y que tenían la mayoría de los rasgos que actualmente configuran el derecho disciplinario, pues a través de ellos se sancionaban los incumplimientos de los deberes oficiales, siguiendo un procedimiento que concluía con la imposición de sanciones⁷.

Luego entonces, el derecho disciplinario tiene como objetivo la protección del interés público, a través de la vigilancia del personal de la Administración que está al servicio de la sociedad.

Según la Corte Constitucional de nuestro país, el derecho disciplinario se configura como una de las potestades sancionatorias del Estado y tiene unas características propias⁸. En la sentencia C-818 de 2005⁹, sostuvo:

“... El derecho sancionador del Estado en ejercicio del ius puniendi, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador...”.

sentencia. LA PESQUISA: otra institución fiscalizadora y controladora de los oficiales reales utilizada por los Reyes Católicos era muy parecida a La Visita, pero se diferenciaba por:

- la pesquisa iniciaba por queja sobre cohechos o tiranías y por lo tanto se promovía con la finalidad de inquirir la comisión de actos individualizados, llevados a cabo por oficiales reales determinados y concretos.- generalmente era por conductas punibles y no irregularidades en el desempeño del oficio. - al oficial que quedaba sometido a pesquisa era suspendido inmediatamente en el desempeño de su oficio.- el objeto de la pesquisa se circunscribía a los cargos atribuidos. Por ello la doctrina considera que la pesquisa tenía primordialmente una misión punitiva frente a la revisión inspectora de la visita. El pesquisador es un juez de lo criminal, mientras el visitador actúa en lo civil y administrativo. LA PURGA DE TAULA: Era el procedimiento periódico de exigencia de responsabilidad peculiar del derecho catalán de los siglos XIII a XVII que, consistía en un juicio contradictorio, se aplicaba a los oficiales reales con jurisdicción ordinaria y carácter temporal y que se desarrolla a cargo de jueces elegidos por el Rey, que actúan casi exclusivamente a instancia de parte.

⁷ JALVO, op cit. Esta autora hace alusión solo a la Residencia y la Visita.

⁸ República de Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-819 de octubre 4 de 2006, Magistrado Ponente Jaime Córdoba Triviño.

⁹ República de Colombia. Corte Constitucional, sentencia de Agosto 9 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Por lo tanto, el derecho disciplinario hace parte del *ius puniendi* del Estado¹⁰ y tiene como objetivo investigar y sancionar el comportamiento de aquellos ciudadanos que tienen con el Estado una Relación Especial de Sujeción¹¹, que es aquella “que se produce entre la propia administración y los administrados que se sitúan en una posición más vinculada a su organización que el resto de ciudadanos”¹². No es solo una relación de subordinación, sino que estas personas colaboran de forma especial en la materialización de los fines del Estado o también se presenta en aquellas profesiones liberales que cumplen alguna función social. Así, investigan servidores públicos, particulares que desempeñan funciones públicas y abogados, quienes por mandato Constitucional, son destinatarios de esa potestad, entre otros.

Constituyéndose entonces, la figura de la *Relación Especial de Sujeción*, no solo como fundamento y elemento legitimador de la existencia, funciones y fines del derecho disciplinario, sino que además fija los parámetros sobre los cuales se edifican sus mandatos y prohibiciones¹³.

Gómez Pavajeau considera que la Relación Especial de Sujeción es “el instrumento jurídico apto para el ejercicio de la intervención Estatal que debe servir para explicar

¹⁰ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan, *Derecho Penal Fundamental 1*, Tercera Edición, Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004. Define *ius puniendi* como “la potestad del Estado para dictar las leyes, imponerlas judicialmente y ejecutar las sanciones correspondientes. Lo característico de su problemática es la determinación de los límites éticos y políticos dentro de los cuales se puede considerar que esas potestades se ejercen o han ejercido legítimamente, en cada caso, en el contexto del Estado Social y democrático”.

¹¹ O también denominada de *Supremacía Especial* y que “son una vieja creación del derecho alemán imperial, mediante las cuales se justificaba una fuerte intervención sobre determinados sujetos - sin respeto a sus deberes fundamentales ni al principio de reserva legal- que resultaría intolerable para los ciudadanos que se encontraran en una relación de sujeción general”. NIETO GARCÍA ALEJANDRO, *Derecho administrativo sancionador*, Segunda edición ampliada, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1994.

¹² Así la define GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El Procedimiento Administrativo Sancionador*, Segunda edición ampliada y actualizada, Tirant lo blanch, Valencia, 1996

¹³ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Sobre los Orígenes de la Relación de Sujeción y sus repercusiones actuales. En: GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. *La Relación Especial de Sujeción*. Estudios. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición julio de 2007.

tanto la responsabilidad disciplinaria de servidores públicos, particulares que ejercen funciones públicas y miembros de profesiones liberales intervenidas”¹⁴.

Esta figura tiene sus orígenes en la Monarquía Constitucional Alemana en donde tuvo “como tarea dogmática la de sustraer de cualquier control al poder ilimitado que el Príncipe ejercía sobre el funcionariado, creando, como se puede entender, un sector de la “función pública” inmune al control, esto es, convirtiendo en “impermeable” al derecho la tarea de los poderes que se tenían por el Monarca sobre los funcionarios adscritos al naciente Estado... poderes absolutos en torno a la situación jurídica de los funcionarios que arrancaba de su designación y se extendía por todas las experiencias jurídicas posibles, incluyendo el procesamiento y la imposición de sanciones, como también y muy especialmente la desvinculación del cargo”¹⁵.

La Relación Especial de Sujeción implica el contacto directo entre el individuo y la administración; una relación de dependencia y como consecuencia, la existencia de potestades de la administración sobre estos individuos, y por ende, “se remonta a la búsqueda de la fidelidad de los funcionarios en Alemania a la Constituciones del siglo XIX como elemento de cohesión entre los fundamentos del Estado y la función pública. En donde el funcionario se entiende insertado dentro de la organización del Estado...”¹⁶.

Por lo tanto, en uso de esa facultad sancionadora, el Estado a través de su jurisdicción, en el caso de los abogados y funcionarios judiciales o de la

¹⁴ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Problemas centrales del derecho disciplinario*, Volumen I Ediciones Nueva Jurídica, Bogotá, 2009

¹⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Relación Especial de Sujeción como Categoría Dogmática Superior en el Derecho Disciplinario*, Colección Derecho Disciplinario No. 5, Instituto de Estudios del Ministerio Público- Procuraduría General de la Nación, 2003.

¹⁶ HERNÁNDEZ MESA, Nelson, *Nociones del Concepto de Relaciones de Sujeción Especial*, En: Ensayos Sobre Derecho Disciplinario, Tomo II, Colegio de Abogados en derecho disciplinario, Primera Edición, Ediciones Nueva jurídica, 2011.

administración o la Procuraduría General de la Nación, en el caso de los servidores públicos, investiga y sanciona por el desconocimiento de los deberes fijados para regular cada uno de esos roles que considera esenciales para su funcionamiento¹⁷.

En sus inicios, esto es, en el año 1993, la Guardiania de la Constitución resaltó que el derecho disciplinario es consustancial a la organización política, que tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas y que lo conforman todas las normas en las que se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan, razón por la cual responden por acción o por omisión de la infracción a su deber funcional¹⁸.

Lo cual fue reiterado en el año 2002, cuando dicha Corporación indicó que el derecho disciplinario es una rama esencial al funcionamiento del Estado “enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas”¹⁹.

¹⁷ En este sentido se ha indicado: “El derecho disciplinario, al pretender garantizar el adecuado cumplimiento de los fines y cometidos del Estado, concierne a la potestad sancionadora que se le reconoce a la administración frente a los servidores públicos cuando éstos se apartan del cumplimiento de las obligaciones derivadas de la función que desempeñan o del servicio que prestan...” . MORELLI RICO, Sandra, *Deberes y prohibiciones de carácter disciplinario creadas por reglamento, Viabilidad constitucional y legal*, Instituto de estudios del ministerio público, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 1998.

¹⁸ República de Colombia. Corte Constitucional. sentencia C- 417 de Octubre 4 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁹ República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C- 181 de marzo 12 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta misma providencia, señaló: “El derecho disciplinario valora la inobservancia de normas positivas en cuanto ello implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas. En este sentido también ha dicho la Corte que si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que -por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la

Y recientemente, esto es, en el año 2015 esta Corporación, resaltó que el Derecho disciplinario en un Estado Social de Derecho, no es un simple instrumento para controlar la conducta de los servidores públicos, “sino que constituye un instrumento que permite el establecimiento de deberes orientados constitucionalmente a garantizar el cumplimiento de los fines del Estado y el derecho de los ciudadanos al correcto funcionamiento de la administración pública”; y de esta manera, comprende: (i) el poder disciplinario, es decir, la facultad que hace parte del poder sancionador del Estado, en virtud de la cual aquél está legitimado para tipificar las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los servidores públicos y los particulares que cumplen funciones públicas y las sanciones correspondientes y (ii) el derecho disciplinario, en sentido positivo, comprende el conjunto de normas a través de las cuales se ejerce el poder disciplinario, mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan²⁰.

Osteau de Lafont, señala que el derecho disciplinario se fundamenta en el poder coercitivo que el derecho, como controlador social, le transfiere al Estado y que éste ejercita a través de sus instituciones, con el fin de vigilar la conducta de sus

imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia”.

²⁰ República de Colombia. Corte Constitucional, sentencia C-721 del 25 de noviembre de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Aquí también se indicó que: “El derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador, cuya concepción hoy en día debe estar orientada por los principios del Estado social y Democrático de Derecho previstos en el artículo 1º de la Constitución, garantizando el respeto a las garantías individuales pero también los fines del Estado determinados en el artículo 2º Superior y para los cuales han sido instituidas las autoridades públicas.

En este sentido, la realización de los fines del Estado demanda tanto la existencia de unos presupuestos institucionales mínimos como la disponibilidad de múltiples instrumentos y medios de orden jurídico y fáctico. Entre los primeros se encuentra la noción de función pública en sus diferentes ámbitos, y entre los segundos es pertinente destacar las medidas de estímulo, al lado de los mecanismos de prevención y corrección de conductas oficiales contrarias a derecho y al servicio mismo”.

servidores a los que les reconoce derechos, establece deberes y prohibiciones e impone sanciones. Considera que el fundamento del poder disciplinario está en el artículo 1º Superior que hace alusión a la defensa de los valores fundamentales de la sociedad, lo que hace más exigente el control a los servidores públicos, colaboradores en alcanzar los fines del Estado²¹.

En consonancia con lo anterior, Fernando Rodríguez Castro, asevera que el derecho disciplinario es la herramienta idónea para luchar contra la corrupción y tiene como uno de sus fines “garantizar la marcha efectiva y buen nombre de la administración, asegurando el cumplimiento de la función pública en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados (arts. 2 y 209 CP). Es entonces una modalidad del derecho sancionador, orientada por los principios del Estado Social y Democrático de derecho previstos en el artículo 1º de la Constitución Política, garantizando el cumplimiento de las garantías y fines del Estado para las cuales han sido instituidas las autoridades públicas”²².

De otra parte, debe tenerse en cuenta que Disciplina es definida como “Doctrina, instrucción de una persona, especialmente en lo moral”²³. Dicho concepto explica entonces por qué, se relaciona el derecho disciplinario como una forma de restaurar o preservar la ética y la moral como valores fundantes de la sociedad y no solamente como un instrumento de represión o castigo a la desobediencia²⁴.

Teniendo cuidado, como lo pregona Belén Marina Jalvo, en no revivir la superada distinción entre derecho y moral, al aclarar que ni la función pública ni el derecho

²¹ OSTEAU DE LAFONT PIANETA, Rafael E, *Naturaleza jurídica del derecho disciplinario*, Instituto de estudios del ministerio público, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 1998

²² RODRÍGUEZ CASTRO, Fernando, *Fines y bases del derecho disciplinario*, En: Colección Jurídica Disciplinaria ICDD -obra colectiva- Volumen V. Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva jurídica, Bogotá, 2014.

²³ www.rae.es

²⁴ FORERO SALCEDO, op cit.

disciplinario presentan un carácter eminentemente moral, cosa distinta es que el derecho disciplinario haya incorporado valores morales. Por ello, prefiere hablar de ética profesional o deontología propia de los funcionarios, la cual debe entenderse “estrechamente relacionada con el servicio a los ciudadanos que ella realiza. La referencia a la ética lo es al sentido de responsabilidad que debe presidir el ánimo de los funcionarios, en tanto que servidores de los intereses generales. Por tanto, la ética profesional de los funcionarios públicos y de quienes desempeñan funciones públicas en general, no puede entenderse sino por relación a los principios de imparcialidad, eficacia, respeto al ordenamiento y realización efectiva de los derechos fundamentales. La conclusión no puede ser otra en atención a la función que corresponde a la administración y a la garantía de los servicios que los ciudadanos tienen derecho a percibir”²⁵.

El derecho disciplinario busca que el comportamiento de ciertas personas que tienen un rol importante o especial en la sociedad, se adecúe a ciertos parámetros fijados por ésta, que estén acordes con sus costumbres y valores y por ello se han expedido códigos de conducta, que consagra el comportamiento éticamente exigible a los funcionarios y contribuyen a fortalecer la confianza que la sociedad deposita en ellos.

Para Gómez Pavajeau, en el derecho disciplinario el ofendido es la administración que impone, a través del Estado, los mandatos de actuación, y a su vez funge de juez. Y en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, el derecho disciplinario es “como un medio racionalizado de obtener por parte de quienes se encuentran vinculados a él por virtud de una relación especial de sujeción unos comportamientos ajustados a unos parámetros éticos objetivamente contruidos. Se busca con los mismos encauzar el comportamiento de sus destinatarios por intermedio de la imposición de deberes, fundados en las relaciones especiales de

²⁵ JALVO, op cit.

sujeción, que contienen la relación obligacional en orden a obtener los cometidos de la función social institucionalmente implicada por la razón de existir el Estado. Ello comporta todo un desarrollo “deontológico” del derecho disciplinario”²⁶.

En este mismo sentido, la Guardiania de la Constitución²⁷ señala que la disciplina “sujeta a los individuos a unas determinadas reglas de conducta” y es un elemento necesario en toda comunidad organizada, para que pueda funcionar de forma eficiente, lo que justifica la existencia de regímenes disciplinarios en todas las instituciones, no solo las públicas. Y el Estado no es ajeno a ello, pues no podría alcanzar sus fines, en palabras de la Corte, “si careciera de un sistema jurídico enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, las faltas, las sanciones correspondientes y los procedimientos para aplicarlas”²⁸.

Por su parte, Jalvo, señala que el bien jurídico protegido por la disciplina es el ordenado funcionamiento de la organización, toda vez que “en cualquier organización, la disciplina resulta esencial para mantener el orden y, en última instancia, para alcanzar los fines asignados. En otras palabras, el poder disciplinario representa un pilar fundamental sobre el que reposa la organización de cualquier institución pública o privada. Afirmación que adquiere más fuerza, si cabe, cuando nos referimos a la Administración, habida cuenta de su naturaleza y funciones”²⁹.

Es por esto que Gómez Pavajeau concluye que el derecho disciplinario es “ética juridizada”. “Ética en cuanto a que el objeto regulado, la conducta, se dota de contenido y sentido a partir de ella, y en su virtud se determinan la estructura y la forma en que funcionan la relación obligacional –deber- y el tipo de reproche que se

²⁶ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Dogmática del derecho disciplinario*, Cuarta Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

²⁷ sentencia C-417 de 1993 op cit.

²⁸ sentencia C-417 de 1993 op cit.

²⁹ JALVO, op cit.

deriva de su infracción; juridizada, en tanto la conducta regulada es la externa y la forma de regulación a través de la norma jurídica le suministra una naturaleza heterónoma –ética intersubjetiva-, cuyo cumplimiento trasuntado en un tipo específico de comportamiento se reclama a través de su carácter imperativo por medio de la coacción de la sanción disciplinaria”³⁰.

Por lo tanto, el derecho disciplinario, en aras de lograr la buena marcha de la gestión pública³¹, busca regular el comportamiento del servidor público, del particular que cumple funciones públicas y del abogado a través de la imposición de deberes, evidenciando así su naturaleza deóntica.

Recordemos que la Deontología es la ciencia del deber ser³², aunque según Monroy Cabra, es más común utilizar el término ética, que la define como “la parte de la filosofía que tiene por objeto la valoración moral de los actos humanos”, etimológicamente es derivada del vocablo ethos, que significa costumbre. Por lo tanto, las normas deontológicas o éticas, “son normas de carácter moral que tienden a convertirse en jurídicas” y son normas que tienen contacto con “normas de costumbre y su contenido es finalista e instrumental”. Resalta que “la deontología en general está influida por la moral, las reglas de la costumbre y responde a las exigencias humanas y a la función social de la profesión”³³.

Tan es así, que según Ruiz Orejuela, “El derecho disciplinario busca la obediencia, rectitud en el quehacer del servidor público y el cumplimiento de sus deberes

³⁰ GÓMEZ PAVAJEAU, op cit.

³¹ REYES ALVARADO, Yesid, *Bien Jurídico y Derecho disciplinario*, Instituto de Estudios del ministerio público, 1998. A su juicio, el bien jurídico tutelado por las normas disciplinarias es la garantía de la buena marcha de la gestión pública.

³² MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Ética del abogado*, Librería jurídica Wilches, Bogotá, 1985. Señala además que “la deontología es la ciencia del deber ser... Etimológicamente deriva del griego deon-tos: el deber y logos (logia): razonamiento, ciencia. Esto significa que es la ciencia del deber” y resaltó el vínculo entre la deontología y las “profesiones intelectuales”.

³³ MONROY CABRA, op cit.

funcionales”³⁴.

Deberes funcionales en el caso de los empleados que contrata para que le ayuden a cumplir sus fines; y deberes profesionales, en el caso de los abogados que cumplen un papel preponderante en el ordenamiento jurídico, al tener como tarea principal la de ayudar a materializar el principio superior de la Justicia.

Por lo tanto, para Gómez Pavajeau, “El derecho disciplinario en general tiene como fin o función encauzar o dirigir la conducta de sus destinatarios específicos, vinculados por las relaciones especiales de sujeción dentro de un marco de parámetros éticos que aseguren la función social que cumplen dentro de un Estado Social y democrático de derecho”.

Y de forma contundente, la Corte en la citada sentencia C-417 de 1993, preceptuó que **“El derecho disciplinario es uno solo, su naturaleza es la misma**, bien que se aplique al personal que se encuentra al servicio de las cámaras legislativas o de las corporaciones administrativas, ya sea que se haga valer frente a los servidores públicos que pertenecen a la Rama Ejecutiva en cualquiera de sus niveles, o respecto de los funcionarios o empleados de la Rama Judicial. Y se ejerce también por servidores públicos que pueden pertenecer a cualquiera de las ramas u órganos, según lo que determine la Constitución o la ley, en diversas formas e instancias, tanto interna como externamente... En síntesis, las normas anteriores, interpretadas armónicamente, deben ser entendidas en el sentido de que, **no siendo admisible que a una misma persona la puedan investigar y sancionar disciplinariamente dos organismos distintos**, salvo expreso mandato de la Constitución...”.

³⁴ RUIZ OREJUELA, Wilson, *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, Eco ediciones, Bogotá, 2012.

De otro lado, se ha dicho que al derecho disciplinario por hacer parte del *ius puniendi* del Estado, se le aplican los derechos y garantías que han sido ampliamente desarrollados por el derecho penal, sin que nos vayamos a introducir en la discusión sobre si el derecho disciplinario hace parte del derecho penal o del derecho administrativo, pues ello no es relevante en este trabajo.

Lo que importa aquí es señalar que en el marco de la potestad sancionadora de la administración, las sanciones disciplinarias tienen cierta singularidad ya que por su especial finalidad, naturaleza o significado se hacen acreedoras de aplicación menos rígida de los principios que presiden el derecho penal³⁵.

Pero lo cierto es que en éstas, dichos principios sí son aplicables, es decir, el Derecho Disciplinario debe someterse a los mismos principios y reglas que limitan el derecho del Estado a sancionar, por lo que debe consagrar unas garantías procesales a los sujetos disciplinables y es en este caso, en el que se ha dejado sentado por la Corte Constitucional, que las garantías del derecho sancionador por excelencia – el penal-, deben ser aplicables a este derecho, que aunque está especializado en la conducta de unos sujetos cualificados, es igualmente sancionador³⁶.

Por lo tanto, principios como el de legalidad, tipicidad y reserva de ley así como los derechos de defensa, debido proceso, entre otros, no pueden ser ajenos al derecho disciplinario.

Menos aún puede ser ajena la Garantía del Non bis in ídem según el cual, nadie puede ser perseguido judicialmente más de una vez por el mismo hecho, es decir,

³⁵ VÁSQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, *Los delitos contra la administración pública. Teoría general*, Instituto Nacional de Administración Pública –INAP-, Madrid, 2003.

³⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional, Sentencia T-438 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo comportamiento, se reputa como aquella figura que reúne tres identidades: sujeto, objeto y causa.

Ciertamente, la inclusión en las Relaciones Especiales de Sujeción que tienen los servidores públicos y los abogados, entre otros, con el Estado, es voluntaria y que además se hacen acreedores de una serie de prerrogativas, tales como estabilidad, un buen salario, reconocimiento público, etc., pero ello no implica que estos sujetos queden desprovistos de los derechos y garantías reconocidas en un Estado Social y Democrático de Derecho como el nuestro.

1.2 RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS ABOGADOS

1.2.1. Naturaleza y generalidades

La profesión de abogado se encuentra regulada estrictamente en nuestro ordenamiento jurídico, en atención al papel que desempeña en la Sociedad. Para ello se ha estipulado un régimen disciplinario de deberes, faltas y sanciones, por medio de las cuales, el Estado hace uso de su potestad punitiva al vigilar una de las profesiones que considera indispensables para materializar aquellos postulados básicos propios de un Estado Social de derecho.

Se considera que entre el abogado y el Estado existe una Relación Especial de Sujeción, en atención a la función social que desempeña en la sociedad y que justifica entonces que de forma directa y a través de un proceso jurisdiccional, se discipline a aquellos togados que desconocen sus deberes y se apartan así de los postulados éticos³⁷ que rigen su profesión y que fracturan la confianza que los demás ciudadanos depositaron en ellos.

A diferencia de otros países en los que el Estado delega la función de disciplinar a los abogados, tornándose en una actuación administrativa en cabeza de órganos colegiados, en Colombia, el proceso disciplinario es jurisdiccional y está adelantado por una jurisdicción especializada en disciplinar no solo a los togados sino también a los funcionarios judiciales, lo que denota la importancia que tiene la abogacía para nuestro sistema jurídico.

³⁷ La Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-060 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, estimó que “El abogado, en el ejercicio de su profesión está sujeto a imperiosas reglas éticas, que han ganado, además, el sello de la juridicidad al ser acogidas por el legislador en el Decreto Extraordinario 196 de 1971, denominado "Estatuto de la Abogacía", dentro del cual se contemplan los deberes, las prohibiciones, las faltas y sanciones a que están sometidos quienes violen dichas normas. Igualmente se establecen -en tal decreto- los procedimientos que deben observarse en el desarrollo de los procesos disciplinarios correspondientes, los funcionarios competentes para tramitarlos, etc...” .

Para ahondar en lo anterior, es necesario traer a colación que según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define *abogar* como “defender en juicio, por escrito o de palabra”, *abogacía* es “profesión y ejercicio del abogado” y *abogado* es la “persona legalmente autorizada para defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos e intereses de los litigantes, y también para dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan”³⁸.

La palabra abogado proviene del latín *advocatus*, que significa: llamado a o para.

Monroy Cabra señala que “la abogacía tiene una función social y los abogados deben ejercerla con honradez y moralidad necesarias para la existencia y perfeccionamiento de la sociedad” y aclara que el abogado debe observar una conducta digna y acorde con la moral frente a la sociedad. Agrega que los togados deben poseer “altas calidades culturales y principalmente morales”. Resalta además que no son meros intérpretes de la ley “sino luchadores de la justicia”³⁹.

En consonancia con lo anterior Raúl Horacio Viñas, considera que ciertamente el título de abogado confiere una “jerarquía intelectual y una dignidad social”, pero que es deber del abogado, actuar conforme a esa dignidad, “luchando por afianzar el derecho, la justicia, el progreso, la libertad y la paz social”, toda vez que el derecho no es el fin sino el medio, siendo el fin último, la justicia. Este autor no habla de función social, sino de la abogacía como “función o servicio público auxiliar de la justicia”⁴⁰.

Por su parte, Martínez Val especifica que la función social del abogado se manifiesta en los que denomina principios fundamentales, así:

³⁸ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima primera edición, Madrid 1992

³⁹ MONROY CABRA, Marco Gerardo. op cit.

⁴⁰ VIÑAS, Raúl Horacio, *Ética y derecho de la abogacía y procuración*, Ediciones Pannedille, Buenos Aires, 1972.

1. Libertad e independencia en el ejercicio de la profesión
2. Sentido de responsabilidad ante los clientes, la sociedad y los órganos jurisdiccionales
3. Defensor de la justicia con sujeción a leyes justas
4. Patrocinador de derechos, libertades e intereses de las personas y,
5. Conducta honorable y digna, orientada por el cuidado, el estudio y la lealtad⁴¹.

Existe consenso entonces en que la abogacía se ejerce en beneficio de los demás y que tiene como fin último la justicia, usando como medio la norma jurídica, materializando así una función social al servicio de la sociedad, o en palabras de Campillo Sainz, “el abogado debe ser un servidor de la justicia a través del derecho”⁴².

Se itera, el ejercicio de la abogacía lleva consigo unas responsabilidades, en razón a la importancia de su papel en la sociedad, el cual es tan preponderante en atención al fin que busca. El último autor citado, indica que “el derecho persigue fines enlazados entre sí; la justicia, el orden, la seguridad, la libertad, la paz y el bien común...”, que contribuyen a la realización plena del hombre.

De La Torre Díaz recalca por su lado que “el abogado se convierte en servidor de los derechos fundamentales de la persona humana y en pieza clave para crear unas condiciones para que este mundo, conforme al deseo de todos los pueblos y de todas las personas de buena voluntad se haga más justo. Por eso, el fundamento de su actividad está en un “tú-necesitado” que reclama nuestra ayuda profesional, en “prójimo próximo” que ha sufrido una injusticia y que llama a nuestra puerta para que restituyamos el “orden de la justicia”; y hace énfasis además en la

⁴¹ MARTÍNEZ VAL, José María, *Ética de la Abogacía*, Segunda Edición ampliada y actualizada, Bosch Casa Editorial S.A, 1996

⁴² CAMPILLO SAINZ, José, *Introducción a la ética profesional del abogado*, Editorial Porrúa S.A., México, 1992.

necesidad pública de mediación que existe entre el que juzga y el que es juzgado, y que es ahí donde entra el abogado⁴³.

Nuestro ordenamiento jurídico no es ajeno a esa visión, tanto así que el Decreto 196 de 1971, anterior Estatuto Deontológico de los Abogados, señala que la abogacía tiene una función social, consistente en “colaborar con las autoridades en la conservación y perfeccionamiento del orden jurídico del país y en la realización de una recta y cumplida administración de justicia”⁴⁴ (art. 1º). Asimismo, el canon 2º de dicha normatividad, consagra que la principal misión del abogado es “defender en justicia los derechos de la sociedad y de los particulares... asesorar, patrocinar y asistir a las personas en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas”.

Acorde con lo anterior, la Corte Constitucional ha señalado que los abogados tienen la misión principal de colaborar con la justicia, que es el fin esencial del Estado Social de derecho⁴⁵.

Por lo tanto, los abogados tienen frente a la sociedad, la obligación y el compromiso de actuar como agentes de prevención y resolución de los conflictos en aras de restaurar los valores para lograr una convivencia pacífica y justa. Según Campillo Sainz, “sin orden y sin seguridad, una sociedad no podría existir, y por ello, se dice que el derecho es instrumento indispensable de la convivencia humana”⁴⁶.

En consecuencia, al desempeñar una función social y un papel trascendental en la

⁴³ DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier, *Ética y Deontología Jurídica*, Dykinson, Madrid, 2000

⁴⁴ República de Colombia, Decreto 196 de 1971, artículo 1º

⁴⁵ República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-060 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁶ CAMPILLO SAINZ, José, *Dignidad del Abogado. Algunas consideraciones sobre ética profesional*, Tercera Edición, Editorial Porrúa S.A, México, 1992.

administración de justicia, su comportamiento debe ceñirse a normas éticas que rigen su desempeño profesional, so pena de enfrentar la acción disciplinaria a que haya lugar, por dicho comportamiento inapropiado no sólo para el cliente sino también para el aparato judicial y la sociedad.

Cuando el abogado deja a un lado la honradez y moralidad en su profesión, dicha conducta deber ser sancionada por el Estado, para tal efecto, se encuentran instituidos, una serie de deberes profesionales que rigen el comportamiento de los togados y que, en caso de ser desconocidos se incurre en falta disciplinaria y el Estado, a través de la jurisdicción Disciplinaria, impone una sanción.

Se deduce entonces, que el ejercicio de la abogacía, a diferencia de otras profesiones, admite la exigencia de un mayor rigor en cuanto su comportamiento en todos los órdenes, en atención a la trascendental misión que realizan y que crea una especial Relación de Sujeción con el Estado, ya sea como depositario de la confianza de sus clientes o como defensor del derecho y la justicia, lo cual conlleva a que, ante el incumplimiento de los deberes profesionales, sea necesaria la consecuente sanción.

Entiéndase la abogacía como una profesión libre, entendiendo la libertad como la facultad que tiene el ser humano de hacer o no hacer una cosa, de obrar o decidirse según su voluntad o libre albedrío.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política consagra en su artículo 26, el derecho fundamental de la libertad que tiene toda persona de escoger profesión u oficio. Sin embargo, debe entenderse que esas condiciones de libertad, que a su vez se enlazan con el derecho a la igualdad, se ejercen dentro de los parámetros fijados por la Constitución y la ley.

Desde sus inicios, la Corte Constitucional en la sentencia C-540 de 1993⁴⁷ resaltó la libertad profesional del abogado, señalando que las libertades no pueden ejercerse en contra del interés general, por tal razón, es deber del Estado, regular la conducta profesional de los abogados en el aspecto ético y en lo relacionado a la responsabilidad exigible frente a sus relaciones con los clientes, la sociedad y la administración de justicia. Y además, señaló:

“Por lo tanto, el ejercicio de la abogacía requiere ser controlado con la finalidad de lograr la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, si se tiene en cuenta que la práctica desmedida, irregular y dolosa de la profesión del derecho, puede resultar atentatoria contra tales principios, la buena fe, la economía y la eficacia procesales.

Síguese de lo expuesto, que los profesionales del derecho deben dar ejemplo de idoneidad, eficiencia y moralidad en el desempeño de sus actividades y estar comprometidos en los ideales y el valor de la justicia, los cuales constituyen la esencia y el fundamento para la vigencia del orden político, económico y social justo que preconiza la actual Constitución Política”.

Para el alto Tribunal, la crisis de la administración de justicia, se debe en gran parte a la insuficiencia moral que padecen, no sólo sus usuarios, sino algunos jueces y abogados que representan los intereses en conflicto. Siendo ésta la justificación, para expedir normas de carácter ético que regulen su comportamiento y estipulen sanciones aplicables en caso de que se desconozcan dichos preceptos, ello en aras de proteger y salvaguardar los intereses colectivos y de materializar los deberes de estos profesionales frente a la sociedad.

Entonces, esa libertad de los profesionales del derecho, no es absoluta, se encuentra limitada por los títulos de idoneidad que se exigen y demás requisitos

⁴⁷ República de Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-540 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

establecidos en la ley para poder ejercer⁴⁸ y por la Función que tiene el Estado de vigilar su ejercicio, en aras de proteger el interés general, la realización efectiva de la justicia y el enaltecimiento de la abogacía.

Así las cosas y teniendo en cuenta lo anterior, se tiene que el proceso disciplinario de los abogados es un proceso Deontológico, toda vez que tiene como núcleo central investigar y sancionar a abogados por el desconocimiento de deberes, en este caso, deberes profesionales fijados previamente por el Estado para regular una profesión, que como dije anteriormente, considera crucial para materializar sus fines.

Por lo tanto, al ser la abogacía una profesión liberal, está regulada por la ética –que pretende orientar la acción humana⁴⁹- y atendiendo esa necesidad casi universal que las profesiones se ciñan a imperativos éticos o morales, en nuestro ordenamiento jurídico, se estatuyó un Código Deontológico, en el cual se enlistaron una serie de deberes morales obligatorios. Tan evidente es esto, que se le pide al abogado no robar –deber de honradez-; hacer lo que tiene que hacer –deber de diligencia-; decir la verdad –deber de lealtad con el cliente o la administración de justicia-, etc.; es decir, los deberes buscan proteger las buenas costumbres de la sociedad, y si el abogado los desconoce se le impone una sanción disciplinaria como rechazo social a esa conducta, que además, defrauda la confianza que se ha depositado en él como agente buscador de la justicia.

Lo anterior es descrito por Viñas así: “la deontología jurídica, impregnada de contenidos ius-filosóficos y éticos, pero muy especialmente como particularización de la moral general, se ocupa del estudio y de la exigibilidad del cumplimiento de

⁴⁸ En efecto, el citado Decreto 196 de 1971 en su artículo 4 y siguientes, indica que para poder ejercer la profesión, se requiere además del título correspondiente, “*estar inscrito como abogado*”, y para ello se debe seguir un trámite previsto en dicha normatividad.

⁴⁹ DE LA TORRE DÍAZ, op cit.

los deberes morales inherentes a las profesiones jurídicas”⁵⁰.

En este orden de ideas, el estar establecida la naturaleza del proceso disciplinario contra abogados, como un proceso ético, jurisdiccional⁵¹ que sanciona a los togados en ejercicio por el desconocimiento de los deberes profesionales fijados previamente por el Estado, procederé a hacer una reseña de la forma en que ese procedimiento funciona al interior del sistema jurídico colombiano.

1.2.2 Competencia

Actualmente, el proceso disciplinario seguido contra los abogados en ejercicio, lo adelanta la Jurisdicción Disciplinaria, la cual surgió fortalecida con la Constitución de 1991, que modificó el Tribunal Disciplinario implementado en el Acto Legislativo N. 1 de 1968 y por el Decreto 196 de 1971.

En el esquema trazado, la cabeza de la Jurisdicción es la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y está conformada además por las diferentes Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales, existentes a lo largo del territorio Nacional, quienes, en virtud de lo dispuesto por el

⁵⁰ VIÑAS, op cit. quien además señala que “En su sentido más amplio, la deontología jurídica no se ocupará del deber ser como imperativo o juicio de experiencia histórica de tal o cual norma positiva, sino como objeto de la ius filosofía o de la axiología jurídica, de la estimativa jurídica... En su ideal axiológico, pone al derecho en marcha hacia la justicia. Por ello se vincula con la ética (ethos: ciencia de las costumbres) y con la moral, en cuanto ésta no solo es especulación racional (como la ética), sino praxis, esto es: especulativo-práctica, al pretender que los hombres vivan cumpliendo, ejecutando, actuando conforme a principios superiores...”.

⁵¹ La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia C- 417 de 1993, con ponencia del Magistrado José Gregorio Hernández Galindo, recalcó la naturaleza jurisdiccional de los procesos disciplinarios a cargo del Consejo Superior de la Judicatura, en los siguientes términos: “La Constitución de 1991 creó, pues, una jurisdicción, cuya cabeza es la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con el mismo nivel jerárquico de las demás. Sus actos en materia disciplinaria son verdaderas sentencias que no están sujetas al posterior estudio y pronunciamiento de otra jurisdicción. Mal podría, entonces, negárseles tal categoría y atribuir a sus providencias el carácter de actos administrativos, pese a la estructura institucional trazada por el Constituyente. Eso ocasionaría el efecto -no querido por la Carta- de una jurisdicción sometida a las determinaciones de otra”.

artículo 256 de la Constitución, tienen la tarea de “Examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial, **así como las de los abogados en el ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley**”.

En desarrollo de lo preceptuado en la Carta, la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, determinó la competencia en primera instancia para adelantar los procesos disciplinarios contra los abogados en ejercicio por faltas cometidas en el territorio de su jurisdicción, a las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura y la segunda instancia fue asignada a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁵².

En consonancia con lo anterior, la Ley 1123 de 2007, también reguló lo concerniente a la competencia para conocer del proceso disciplinario contra abogados en primera instancia en las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales y la segunda instancia en la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁵³.

1.2.3 Procedimiento

Actualmente, el Decreto 196 de 1971 (en menos casos) y la Ley 1123 de 2007, son aplicables en virtud del régimen de transición previsto para evitar traumatismos y en virtud del principio de legalidad, según el cual, solamente podrá investigarse y sancionarse a un abogado, por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización, es decir, los hechos que tuvieron ocurrencia antes del 22 de mayo de 2007, se regirán por el Decreto y los acaecidos posteriormente, se les aplicará la mentada ley.

⁵² Artículos 112 y 114 de la Ley 270 de 1996

⁵³ Artículos 59 y 60

En cuanto al procedimiento, el artículo 111 de la Ley 1123 de 2007, consagra que en los procesos que tenían auto de apertura de investigación al 22 de mayo de 2007, continuarían rigiéndose por el trámite anterior, y los que no lo tuviesen, se adecuarían al trámite contemplado en la nueva normativa.

Así las cosas, actualmente la jurisdicción está adelantando investigaciones bajo los dos procedimientos, aunque los tramitados con el procedimiento anterior, han ido desapareciendo poco a poco, en virtud de la transición aludida, razón por la cual, en este trabajo se hará alusión a la actuación regulada por la Ley 1123 de 2007, que es la de mayor aplicación hoy día.

Esta normativa contempla un procedimiento más ágil y dinámico, que tiene como características fundamentales la oralidad, la celeridad y la inmediación de la prueba.

Sus principios rectores están consagrados en los artículos 48 a 58, resaltando que los principios constitucionales que inciden especialmente en el ámbito disciplinario deberán orientar el ejercicio de la función disciplinaria; asimismo que prevalecerá la efectividad de los derechos sustanciales sobre las disposiciones procedimentales.

La acción disciplinaria se inicia por denuncia, de oficio o por información proveniente de servidor público.

En este trámite el quejoso o denunciante no es considerado como sujeto procesal o interviniente⁵⁴, razón por la cual sus facultades procesales están restringidas a presentar y ampliar la queja, aportar pruebas e impugnar las decisiones que pongan

⁵⁴ La Ley 1123 de 2007 no hace referencia a sujetos procesales sino a intervinientes. En efecto, su artículo 65 reza: “Podrán intervenir en la actuación disciplinaria el investigado, su defensor y el defensor suplente cuando sea necesario; el Ministerio Público podrá hacerlo en cumplimiento de sus funciones constitucionales”.

fin a la actuación, distintas a la sentencia⁵⁵.

Se erradica expresamente la Responsabilidad objetiva, toda vez que el Art. 21 establece las modalidades de la conducta que sólo es sancionable por dolo o culpa, y se regulan también las formas de realización de comportamiento: acción u omisión.

Está estructurado en dos grandes Audiencias: la de pruebas y calificación provisional y la de Juzgamiento, a cargo del Magistrado Instructor de primera instancia, quien adelanta toda la actuación, salvo el fallo, que es dictado por la Sala⁵⁶, compuesta en primera instancia por un número plural de Magistrados.

En la Audiencia de Pruebas y Calificación Provisional, se presenta la queja y el denunciante tiene la posibilidad de ratificarse de la misma, asimismo el abogado rinde versión libre en la que puede ejercer su derecho de defensa y se practican pruebas. Culmina con la calificación de la conducta, que puede ser en dos sentidos: formulación de pliego de cargos o terminación de las diligencias. Contra la primera decisión no procede recurso alguno, contra la segunda procede el recurso de apelación ante la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura⁵⁷.

Si la decisión es de irrogar cargos, se corre traslado al disciplinado para que si es su deseo, solicite pruebas para practicar en la Audiencia de Juzgamiento.

En la formulación de cargos se debe establecer expresamente la imputación fáctica y jurídica, así como la modalidad de la conducta. Por lo tanto, jurisprudencialmente, se ha establecido que esta pieza procesal “constituye entonces el marco dentro del cual se realiza el juicio, pues allí se le informa al procesado los hechos por los cuales

⁵⁵ parágrafo del artículo 66 de la Ley 1123 de 2007

⁵⁶ Artículo 102

⁵⁷ Artículo 105

debe responder, razón por la cual, al ser una figura de tanta importancia en el proceso, normativa y jurisprudencialmente se han establecido unos requisitos que debe cumplir, so pena de vulnerar los derechos fundamentales del procesado e impedir que la etapa de juzgamiento se realice adecuadamente... en el proveído calificadorio, el funcionario debe enunciar de una forma clara y precisa los hechos objeto de investigación –imputación fáctica-, así como debe realizar un análisis probatorio suficiente para sustentar los cargos y finalmente, debe señalar las faltas por los cuales acusa –imputación jurídica-...”⁵⁸

Finalmente, en la **Audiencia de Juzgamiento**, se practican las pruebas que han sido decretadas previamente y los intervinientes tienen la posibilidad de presentar los alegatos de conclusión. Luego de lo anterior, el expediente pasa al Despacho para emitir el fallo correspondiente⁵⁹.

La actuación de segunda instancia, contraría ese principio rector de la oralidad, pues el trámite es netamente escrito, ya que el canon 107 de la citada normativa se limita a consagrar que “una vez ingrese la actuación al despacho del Magistrado Ponente, éste dispondrá de veinte (20) días para registrar proyecto de decisión que será dictada por la Sala en la mitad de este término”. Consagrando la posibilidad de practicar pruebas de forma oficiosa, para lo cual se concede un término de quince días y se aclara que serán practicadas “fuera de audiencia”.

Este procedimiento, introduce como nueva figura procesal, la terminación anticipada⁶⁰, la cual se da cuando se demuestra cualquiera de las siguientes causales:

⁵⁸ República de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Radicado 730011102000200800315 01, Decisión aprobada en Sala 003 del 18 de enero de 2012, M.P. María Mercedes López Mora

⁵⁹ Ley 1123 de 2007, artículo 106

⁶⁰ Ley 1123 de 2007, artículo 103

- Que el hecho atribuido no existió
- Que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria
- Que el disciplinable no la cometió
- Que existe una causal de exclusión de responsabilidad
- Que la actuación no podía iniciarse o proseguirse

En cuanto a la prescripción de la acción disciplinaria, el término para que dicho fenómeno tenga ocurrencia, es el mismo en los dos Estatutos: 5 años, diferenciando el momento a partir del cual empieza a contabilizarse, dependiendo si se trata de una conducta de carácter permanente o instantánea⁶¹.

1.2.4 Destinatarios

Los destinatarios de la ley disciplinaria, son, como se ha dicho, los abogados en el ejercicio de la profesión, por mandato Constitucional, sin embargo, la Ley 1123 de 2007, reguló específicamente este asunto al enlistar los sujetos disciplinables, así:

- Abogados en el ejercicio de la profesión, sin importar que estén excluidos o suspendidos de la profesión.
- Los egresados que actúen con licencia provisional.
- Auxiliares de la Justicia, como los Curadores ad litem
- Abogados que desempeñen **funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio**

Con este precepto, en concordancia con el artículo 25 del Código Único Disciplinario, es que surge el problema génesis de este trabajo, pues según el mismo, los abogados que cumplen funciones públicas relacionadas con el ejercicio de su profesión, son investigados entonces por la jurisdicción disciplinaria por su condición

⁶¹ Ley 1123 de 2007, artículo 24

de abogados y por la Oficina de Control disciplinario correspondiente o la Procuraduría General de la Nación, por su condición de servidores públicos, es decir, que sobre una misma persona y por el mismo hecho, pueden pregonarse dos procesos disciplinarios.

1.2.5 Deberes profesionales

Los dos Estatutos de la Abogacía citados, esto es, el Decreto 196 de 1971 y la Ley 1123 de 2007, tienen como finalidad la protección de diversos deberes profesionales, así como la vigilancia y control del ejercicio profesional, toda vez que al abogado se le ha impuesto la necesidad de ajustarse a normas de conducta, que no sólo regulan su actuación, sino que enaltecen y dignifican la profesión, en aras de la función social que desempeñan. Y el desconocimiento injustificado de los citados deberes constituye falta disciplinaria, las cuales se encuentran expresamente señaladas en la Ley.

Precisamente, las citas normativas establecen un catálogo de deberes, que en su contexto o la forma como fue previsto, constituye una especie de carta de navegación para que los abogados litigantes enmarquen su comportamiento al momento de ejercer la profesión. La Ley 1123 de 2007, enlistó los deberes profesionales de una forma más específica a la reseñada en la anterior normatividad, catálogo que además fue ampliado⁶².

⁶² El Decreto 196 de 1971 consagraba solo 7 deberes en su artículo 47:

- “1. Conservar la dignidad y el decoro de la profesión
2. Colaborar legalmente en la recta y cumplida administración de justicia
3. Observar y exigir mesura, la seriedad y el respeto debidos en sus relaciones con los funcionarios, con los colaboradores y auxiliares de la justicia, con la contraparte y sus abogados, y con las demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión;
4. Obrar con absoluta lealtad y honradez en sus relaciones con los clientes;
5. Guardar el secreto profesional;
6. Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, y
7. Proceder lealmente con sus colegas”

Los deberes profesionales que rigen la abogacía en Colombia actualmente son⁶³:

1. Observar la Constitución Política y la ley.
2. Defender y promocionar los Derechos Humanos, entendidos como la unidad integral de derechos civiles y políticos, económicos, sociales y culturales y de derechos colectivos, conforme a las normas constitucionales y a los tratados internacionales ratificados por Colombia.
3. Conocer, promover y respetar las normas consagradas en el Estatuto de la Abogacía.
4. Actualizar los conocimientos inherentes al ejercicio de la profesión.
5. Conservar y defender la dignidad y el decoro de la profesión.
6. Colaborar leal y legalmente en la recta y cumplida realización de la justicia y los fines del Estado.
7. Observar y exigir mesura, seriedad, ponderación y respeto en sus relaciones con los servidores públicos, colaboradores y auxiliares de la justicia, la contraparte, abogados y demás personas que intervengan en los asuntos de su profesión.
8. Obrar con lealtad y honradez en sus relaciones profesionales. En desarrollo de este deber, entre otros aspectos, el abogado deberá fijar sus honorarios con criterio equitativo, justificado y proporcional frente al servicio prestado o de acuerdo a las normas que se dicten para el efecto, y suscribirá recibos cada vez que perciba dineros, cualquiera sea su concepto.

⁶³ Ley 1123 de 2007, artículo 28

Asimismo, deberá acordar con claridad los términos del mandato en lo concerniente al objeto, los costos, la contraprestación y forma de pago.

9. Guardar el secreto profesional, incluso después de cesar la prestación de sus servicios.

10. Atender con celosa diligencia sus encargos profesionales, lo cual se extiende al control de los abogados suplentes y dependientes, así como a los miembros de la firma o asociación de abogados que represente al suscribir contrato de prestación de servicios, y a aquellos que contrate para el cumplimiento del mismo.

11. Proceder con lealtad y honradez en sus relaciones con los colegas.

12. Mantener en todo momento su independencia profesional, de tal forma que las opiniones políticas propias o ajenas, así como las filosóficas o religiosas no interfieran en ningún momento en el ejercicio de la profesión, en la cual sólo deberá atender a la Constitución, la ley y los principios que la orientan.

13. Prevenir litigios innecesarios, ino cuos o fraudulentos y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos.

14. Respetar y cumplir las disposiciones legales que establecen las incompatibilidades para el ejercicio de la profesión.

15. Tener un domicilio profesional conocido, registrado y actualizado ante el Registro Nacional de Abogados para la atención de los asuntos que se le encomienden, debiendo además informar de manera inmediata toda variación del mismo a las autoridades ante las cuales adelante cualquier gestión profesional.

16. Abstenerse de incurrir en actuaciones temerarias de acuerdo con la ley.
17. Exhortar a los testigos a declarar con veracidad los hechos de su conocimiento.
18. Informar con veracidad a su cliente sobre las siguientes situaciones:
- a) Las posibilidades de la gestión, sin crear falsas expectativas, magnificar las dificultades ni asegurar un resultado favorable;
 - b) Las relaciones de parentesco, amistad o interés con la parte contraria o cualquier situación que pueda afectar su independencia o configurar un motivo determinante para la interrupción de la relación profesional;
 - c) La constante evolución del asunto encomendado y las posibilidades de mecanismos alternos de solución de conflictos.
19. Renunciar o sustituir los poderes, encargos o mandatos que le hayan sido confiados, en aquellos eventos donde se le haya impuesto pena o sanción que resulte incompatible con el ejercicio de la profesión.
20. Abstenerse de aceptar poder en un asunto hasta tanto no se haya obtenido el correspondiente paz y salvo de honorarios de quien venía atendiéndolo, salvo causa justificada.
21. Aceptar y desempeñar las designaciones como defensor de oficio. Sólo podrá excusarse por enfermedad grave, incompatibilidad de intereses, ser servidor público, o tener a su cargo tres (3) o más defensas de oficio, o que exista una razón que a juicio del funcionario de conocimiento pueda incidir negativamente en la defensa del imputado o resultar violatoria de los derechos fundamentales de la persona designada.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 4º de la pluricitada ley, señala que “Un abogado incurrirá en una falta antijurídica cuando con su conducta afecte, sin justificación, alguno de los deberes consagrados en el presente código”; es decir, la conducta profesional es antijurídica, cuando se desconoce el deber profesional de forma injustificada, sin que sea dado pensar, que en la imputación disciplinaria se protegen bienes jurídicos, como sí se hace en materia penal, pues aquí no se analiza la causación de un daño o la producción de un resultado, pues se está en presencia de normas subjetivas de determinación, dirigidas a modelos de conducta mediante la consagración de deberes.

Lo anterior en consonancia con lo considerado por el máximo órgano de la jurisdicción disciplinaria de nuestro país, que al respecto ha señalado:

“...Si bien la Ley 1123 de 2007 pregona la antijuridicidad en artículo 4º, podría entenderse por la redacción de la norma que se asimila a la antijuridicidad desarrollada en materia penal, no obstante está condicionada en el derecho disciplinario a la infracción de deberes, aunque obedezca como en el penal, al desarrollo del principio de lesividad. No en vano dicho precepto normativo condicionó que la falta es antijurídica cuando con la conducta se afecta sin justificación, alguno de los deberes previstos en este mismo Código.

Obviamente que ilicitud es una acepción vinculada en forma directa al principio de lesividad, naturalmente cuando se refiere a la consagración expresa de ese principio en punto específico del deber profesional y la sujeción que al mismo deben los abogados en ejercicio de la profesión, como único bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro es susceptible de reproche disciplinario.

Quiere decir que este principio viene dado como una garantía adicional a favor del sujeto disciplinable, perfectamente diferenciable del principio de lesividad o su equivalente en materia penal como la antijuridicidad material, por cuanto, en disciplinario, el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche de esta naturaleza, cuando la misma está concebida para preservar la ética de la abogacía y es vulnerada por la infracción, de donde deviene afirmar que la imputación disciplinaria no precisa de un bien

jurídico, entendida tal vulneración como causación de un daño concreto o la producción de un resultado materialmente antijurídico.

Lo anterior, porque no sería afortunado desconocer que el injusto disciplinario se identifica de mejor forma con la norma subjetiva de determinación –diferente al penal que se estructura sobre normas objetivas de valoración–, ya que justamente el derecho disciplinario apunta hacia el establecimiento de directrices o modelos de conducta por vías de la consagración de deberes, cuyo desconocimiento comporta la comisión de falta disciplinaria...⁶⁴.

Gómez Pavajeau, describe que con la norma subjetiva de determinación “el derecho busca es determinar o dirigir el comportamiento social de los ciudadanos, persigue encauzar por medio de normas prohibitivas o de mandato el correcto desempeño de la conducta humana en sociedad. Tiene una caracterización directiva. La norma se ocupa de la conducta sin esperar resultado valioso o disvalioso. La vulneración del bien jurídico pasa a un segundo plano. El núcleo del injusto está dado por la constatación de la realización de una conducta que ha puesto de presente un cuestionamiento al mandato o a la prohibición legal encarnada en el deber: una voluntad que trasunta una rebeldía normativa. El elemento fundante del injusto es el desvalor de acción. Se confirma con esto que el sujeto no se ha determinado conforme a la norma. No ha observado las directrices impuestas por los deberes de conducta. En fin, ha fracasado la función de encauzamiento por exteriorizarse una voluntad rebelde para con la norma”⁶⁵.

1.2.6 Faltas disciplinarias

Como se dijo, el desconocimiento injustificado de alguno de los deberes previstos en el artículo 28 de la Ley 1123 de 2007, constituye falta disciplinaria, las cuales se encuentran descritas en los artículos 30 a 39 de dicha normativa.

⁶⁴ República de Colombia, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, Radicado 660011102000200900248 01 Aprobado según Acta N° 096 del 25 de agosto de 2010.

⁶⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Dogmática del derecho disciplinario...* op cit.

Las faltas disciplinarias se encuentran agrupadas según el deber profesional que desconozcan; en el artículo 30 están consagradas las faltas contra la dignidad profesional, es decir, las conductas que desconocen el deber consagrado en el numeral 5º del canon 28 citado y así ocurre con los demás deberes, pues en el canon 31 están previstas las faltas contra el decoro profesional; en el 32, las faltas contra el respeto debido a la administración de justicia y a las autoridades administrativas; en el 33 las faltas contra la recta y leal realización de justicia y los fines del Estado; en el 34, las faltas de lealtad con el cliente; en el 35 las faltas contra la honradez del abogado; en el 36, las faltas contra la lealtad y honradez con los colegas; en el 37, las faltas contra la debida diligencia profesional; en el artículo 38, las faltas contra el deber de prevenir litigios y facilitar los mecanismos de solución alternativa de conflictos y en el 39, las demás, esto es, el ejercicio ilegal de la profesión y la violación de las disposiciones legales que establecen el régimen de incompatibilidad para el ejercicio de la profesión o al deber de independencia profesional.

Como se ve, en el régimen disciplinario de los abogados existe una correspondencia exacta entre las faltas disciplinarias enlistadas y los deberes que se busca hacer cumplir. En esos términos, no está tipificada conducta disciplinable alguna que no constituya la violación de un deber consagrado en la norma.

1.2.7. Sanciones

El abogado que cometa una de las faltas disciplinarias señaladas, se puede hacer acreedor a cualquiera de las siguientes sanciones⁶⁶:

- **CENSURA**, que consiste en la reprobación pública que se hace al infractor por la

⁶⁶ La fijación de la sanción a imponer es discrecional del juez disciplinario, quien está limitado solamente por unos criterios previstos en la norma para tal efecto, tales como la trascendencia social de la conducta, la modalidad, el perjuicio causado, etc. Así como por unos criterios de agravación y atenuación (artículo 45 Ley 1123 de 2007).

falta cometida (art. 41 de la Ley 1123 de 2007)

- **SUSPENSIÓN**, que consiste en la prohibición del ejercicio de la abogacía por un término establecido:

El término general es de 2 meses a 3 años; y de 6 meses a 5 años cuando el abogado se hubiese desempeñado como apoderado o contraparte de una entidad pública (art. 43 Ley 1123 de 2007).

- **EXCLUSIÓN**, consiste en la prohibición definitiva del ejercicio de la abogacía, que conlleva la cancelación de la licencia de abogado (art. 44 Ley 1123 de 2007)

La Ley 1123 de 2007, incluyó la **MULTA** como sanción, la cual oscila entre 1 y 100 s.m.l.m.v., y se puede imponer en forma autónoma o concurrente con las de suspensión y exclusión, pues no está previsto un sistema de sanciones principales y accesorias, como sí lo está en el régimen penal. Lo importante es tener en cuenta criterios propios de individualización de la misma, dándole a la autoridad disciplinaria cierto margen de discrecionalidad, tal como lo analizó la Corte Constitucional en la sentencia C-884 de 2007.

Dicha sanción se impone a favor del Consejo Superior de la Judicatura y no a favor del cliente, razón por la cual, en las faltas contra la honradez profesional, en las que el abogado toma para sí dineros recibidos en virtud de la gestión profesional, a través del proceso disciplinario no es posible recuperarlos o pretender una condena de perjuicios, pues la Jurisdicción se limita a investigar y sancionar el desconocimiento de los pluricitados deberes éticos, limitando su campo de acción a la protección de ese interés general al ser el abogado sujeto determinante en la administración de justicia y dejó a un lado los intereses particulares de las personas que resultaren perjudicados con el actuar irregular, por tal razón no se establecieron medidas

reparadoras o indemnizatorias. Es decir, en el proceso disciplinario que se sigue contra los abogados en Colombia, no existe la condición de víctima.

Todas las sanciones impuestas por la Jurisdicción Disciplinaria, una vez cobra ejecutoria la sentencia correspondiente, son anotadas en el Registro Nacional de Abogados para efectos de publicidad y control y desde ese momento comienzan a regir, para ello, la Secretaria de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, remite copia de la respectiva decisión⁶⁷.

1.2.8 Rehabilitación

El artículo 108 de la Ley 1123 de 2007, consagra la Rehabilitación como mecanismo para reintegrarse al ejercicio de la profesión, luego de haber sido sancionado con EXCLUSIÓN, cuyo requisito objetivo es el transcurso del tiempo (5 años luego de la imposición de la sanción en términos generales, pero si la exclusión se dio por actuaciones como apoderado o contraparte de entidad pública, el término es de 10 años); por otro lado, el requerimiento subjetivo consistente en que la conducta desplegada por el excluido, aconseje su reincorporación al ejercicio profesional, debiendo surtir el trámite previsto en la ley para ello.

⁶⁷ Ley 1123 de 2007, artículo 47

1.3 RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

1.3.1 Naturaleza y Generalidades

El Régimen Disciplinario de los funcionarios públicos es definido por Trayter Jiménez como, “el conjunto de normas jurídicas establecidas por el Estado que determinan los hechos ilícitos que pueden cometer los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo y prevén las sanciones a imponer por la Administración pública a resultas de un procedimiento administrativo especial”; resalta que “el derecho disciplinario considerará como faltas las conductas que atacan el buen funcionamiento del aparato administrativo teniendo siempre en cuenta que éste no es un fin en sí mismo sino un medio para conseguir el interés público, el buen servicio a los ciudadanos. De ahí que no todo incumplimiento de los deberes del funcionario constituya falta disciplinaria”⁶⁸.

Con fundamento en lo anterior, podemos decir que para poder funcionar y materializar sus fines, el Estado necesita contratar personal idóneo y eficiente que esté bajo su tutela y subordinación. Para tal efecto, fijó unas funciones claras y unos deberes que deben cumplirse. Empero, cuando de alguna manera, dicho personal omite realizar las funciones asignadas o desconoce tales deberes, el Estado puede sancionarlos, luego de surtir un proceso disciplinario⁶⁹.

⁶⁸ TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. *Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Públicos*. op cit.

⁶⁹ Lo anterior en pleno acatamiento del mandato constitucional previsto en los artículos 123 y 124 de la C.P. que rezan: “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”.

Art. 124. “La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

En nuestro ordenamiento Jurídico y por mandato Constitucional, los funcionarios públicos son responsables por infringir la Constitución y las leyes, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (art. 6) ante la trascendencia de su comportamiento. Por tal razón se implementó un sistema de control que debe ser acatado por aquellos, so pena de imponerles una sanción⁷⁰.

Al respecto, la Corte Constitucional, ha señalado:

“...que el derecho disciplinario es una rama esencial en el funcionamiento de la organización estatal, pues se encuentra orientado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, fijando los deberes y obligaciones de quienes lo integran, limitando el alcance de sus derechos y funciones, consagrando prohibiciones y previendo un estricto régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, que al ser desconocidos, involucran, si es del caso, la existencia de una falta disciplinaria, de sus correspondientes sanciones y de los procedimientos constituidos para aplicarlas...”⁷¹.

Otros autores definen ese régimen, como una forma de auto-regulación del Estado y garantizar así el cumplimiento de sus fines, tal como lo dejó sentado Fernando Rodríguez Castro: “es de la esencia de la organización estatal la potestad sancionatoria del Estado como garantía del cumplimiento de sus fines esenciales y del respeto a las garantías y derechos sociales, es entonces, la

⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón. *Curso de derecho administrativo II*. op cit. Definen Sanción como el “mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”. Y se distinguen de las penas por la autoridad que las impone: las sanciones las impone la administración y las penas, los Tribunales. Estos autores señalan que “La administración para mantener la disciplina interna de su organización, ha dispuesto siempre de un poder disciplinario correlativo en virtud del cual puede imponer sanciones a sus agentes...”.

⁷¹ República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-818 del 9 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Así mismo, esa Corporación en la sentencia C- 214 de 1994, señaló:

“La potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y la realización de sus fines, pues... permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia propende indudablemente a la realización de sus cometidos...”

forma de regular el servicio público, es un derecho-deber dirigido a asegurar el buen funcionamiento de los diversos servicios a su cargo”⁷².

Así las cosas, entre el Estado y sus empleados, no solo existe una relación de subordinación, como existe entre cualquier patrono y su empleado, sino que se configura una *Relación Especial de Sujeción*, definida anteriormente.

Vínculo que surge en atención al compromiso que implica dicha gestión y a la trascendencia de la función desempeñada, que tiene muchas implicaciones no solo en el alcance de sus derechos sino también de sus responsabilidades.

En esta Relación Especial de Sujeción, el empleado es un “particular cualificado”, que de forma voluntaria, mediante la toma de su juramento al momento de posesionarse, acepta su cercanía a la esfera pública y como consecuencia, se hace destinatario de todo el aparato expansivo que controla su conducta⁷³.

De otro lado, la Relación Especial de Sujeción es considerada por Mario Roberto Molano López como “un mecanismo que, aún en el contexto constitucional actual, dota a la Administración de poderes extraordinarios para ejercer potestades que explican una acentuada dependencia de los individuos...se ha sostenido que las relaciones de sujeción especial al tener desarrollo en el ámbito interno de la administración del Estado, permiten explicar a la luz de la Constitución mayores restricciones a los derechos fundamentales, una mayor capacidad normativa autónoma de la administración frente al principio de legalidad y frente a los

⁷² RODRÍGUEZ CASTRO, Fernando, op cit.

⁷³ DE LA CUETARA, Juan Miguel, op cit.

ámbitos de reserva legal y que la dota de mayores potestades sobre los individuos que se hallan vinculados a la misma...”⁷⁴.

Según Gómez Pavajeau, en la actualidad las Relaciones Especiales de Sujeción han incidido en la diferenciación entre el derecho disciplinario frente al derecho penal así:

“1. La relación especial de sujeción pone al funcionario en una posición jurídica distinta a la del resto de los ciudadanos.

2. La relación especial de sujeción permite distinguir la potestad disciplinaria de la potestad sancionadora en general.

3. La relación especial de sujeción justifica la aplicación atenuada del principio de legalidad.

4. Las sanciones disciplinarias pueden coexistir con las penales y no se aplica el principio non bis in ídem.

5. La calificación de las faltas en leves y graves es establecida reglamentariamente”⁷⁵.

⁷⁴ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. *Las Relaciones de Sujeción Especial en el Estado Social*. En: GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. *La Relación Especial de Sujeción*. Estudios. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición julio de 2007.

⁷⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. op cit. En esta obra, el autor define además la Relación Especial de Sujeción, como: “categoría dogmática del derecho público, de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública, es la especial posición jurídica que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen obligaciones y deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial, en búsqueda de su configuración y encauzamiento en el ámbito de una ética de lo público, que prefiguran de una manera sui generis la estructura de la responsabilidad disciplinaria en el marco del respeto de los derechos fundamentales”.

Luego entonces, esa Relación Especial de Sujeción, sirve no solo para fundamentar la existencia del derecho disciplinario, sino también, en palabras de Gómez Pavajeau, “para marcar los parámetros y derroteros sobre los cuales deben construirse las prohibiciones y mandatos disciplinarios”.

Así, está claramente establecido, que el derecho disciplinario regula las Relaciones Especiales de Sujeción y el derecho penal, las relaciones generales, lo que implica, que el sujeto pasivo del primer procedimiento es el empleado público por la comisión de falta disciplinaria, y en el segundo, es el ciudadano común y corriente, a quien se le condena por la comisión de una conducta típica penalmente, antijurídica y culpable.

Según Forero Salcedo, “los vínculos o relaciones de sujeción adquieren la connotación de generales, cuando comprometen a todos, es decir, a cualquier ciudadano y serán especiales, en tanto insertan al administrado en forma duradera y efectiva a la organización administrativa”⁷⁶.

En suma, el derecho disciplinario gira en torno al concepto de Relaciones Especiales de Sujeción, pues es a través de dicha figura, que surge la necesidad de implementar un mecanismo de control sobre el personal que trabaja para el Estado y le ayuda a cumplir con sus fines.

De otro lado, es necesario recalcar que en el derecho disciplinario contra los funcionarios públicos, la antijuridicidad también se refiere a la infracción de deberes, en este caso de deberes funcionales de las personas que se encuentran vinculadas a la administración pública. Dichos deberes han sido definidos como

⁷⁶ FORERO SALCEDO, José Rory, *Garantía de los derechos fundamentales de los servidores públicos y cumplimiento de sus deberes funcionales*, En: Ensayos Sobre Derecho Disciplinario. Tomo II, Colegio de Abogados en derecho disciplinario, Primera Edición, Ediciones Nueva jurídica, 2011.

aquellos “que están en función de un interés que les es indisponible a la administración, pero cuya consecución se le ha impuesto por la Constitución y la ley”⁷⁷. No se trata solamente de deberes de obediencia.

Al respecto, el profesor Forero Salcedo cuya obra viene citándose, ha señalado que el derecho disciplinario cumple una función social, se fundamenta en las Relaciones Especiales de Sujeción y protege el deber funcional ante un desvalor de acción injustificado, consistente en el incumplimiento de los deberes funcionales que afecta a la función administrativa como tal, “en la medida que el injusto disciplinario comporta el quebrantamiento del deber, pero no de cualquier deber, sino del deber funcional, y no de cualquier forma, sino que ha de ser de manera sustancial, al atacar o poner en peligro o lesión los fines y funciones del Estado, base de una Administración pública que busca la excelencia y que encuentra en la ley disciplinaria, un instrumento de prevención y garantía de su buena marcha, adquiriendo la antijuridicidad por tales razones unos matices propios, que la diferencian de la antijuridicidad en materia penal, y es así como en derecho funcional se aplica la ilicitud sustancial”⁷⁸.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que a los servidores públicos se les fijó no solo un listado de deberes que deben acatar, sino que también existe un listado de prohibiciones, todas tendientes a regular su comportamiento y tratar de que sea acorde con la función legalmente concedida, con los fines del Estado, que con su labor, ayudan a materializar y muy especialmente, con las costumbres de la sociedad, que espera de ellos un comportamiento ejemplar, en aras, se itera, del importante papel que desempeñan en ésta.

⁷⁷ MOLANO LÓPEZ, op cit.

⁷⁸ FORERO SALCEDO, op.cit.

Y una de las muestras de las incidencias de la llamada Relación Especial de Sujeción, consistente en que el servidor, al aceptar voluntariamente trabajar para la administración, hace suyos los deberes y prohibiciones que rigen su función, a diferencia del común de los ciudadanos, que no están obligados a cumplir tales preceptos; y en caso de desobediencia, también aceptan que sean juzgados no solo penalmente, como el resto de asociados, sino además disciplinariamente por ese patrono. Nótese que de acuerdo con el principio de responsabilidad jurídica previsto en el artículo 6° de la Constitución Política de Colombia, “Los particulares son responsables por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”. Así las cosas, los particulares frente a la ley tienen una responsabilidad pasiva en la medida en que pueden hacer todo aquello que no esté prohibido, mientras que los servidores públicos tienen unos deberes positivos especiales cuyo incumplimiento genera una responsabilidad jurídica más exigente.

Esta figura no solo permite el doble enjuiciamiento a los funcionarios públicos, sino que limita los derechos fundamentales de los grupos que a ella se encuentran sometidos, en este caso, los servidores públicos tanto por la Constitución, como la ley, tal como lo señala Forero Salcedo, en atención, a su “standar particular”⁷⁹.

Según Molano López, es claro que el vínculo generado por dicha Relación de Sujeción Especial está dirigido al cumplimiento de los intereses generales que le han sido asignados a la administración pública, razón por la cual, tales deberes funcionales “están a cargo del subordinado, en la relación, pues se trata de deberes que no están ni siquiera al servicio directo de la organización sino al servicio de los intereses que persigue la organización, o que persigue la actividad

⁷⁹ FORERO SALCEDO, op.cit.

administrativa en la que se halla incorporado dicho sujeto subordinado... El servicio de los intereses generales, por consiguiente, es el justificante del ejercicio de las potestades administrativas en una relación de sujeción especial y el soporte de los llamados deberes funcionales de quienes se encuentran a ella sometidos... ”⁸⁰.

Es decir, el proceso disciplinario contra funcionarios públicos, también es deontológico, pues se itera, hace referencia a la noción de deber, esperando que el funcionario público, sea consciente de la importancia de su roll en la sociedad y actué en consecuencia, es decir, como espera el resto de la comunidad que lo haga⁸¹.

Tan es así que el objetivo fundamental de la expedición de un Código Disciplinario Único para los servidores públicos y particulares disciplinables, según Forero Salcedo, es la restauración de la ética y la moral como valores fundantes de la sociedad, no solo como un instrumento de castigo, sino de educación y prevención, que haga efectivo el control sobre la actividad de la administración.

Este autor resalta que el proceso disciplinario “es la respuesta al desconocimiento de una serie de postulados enmarcados dentro de la ética o deontología profesional propia de los servidores estatales, quienes dada su especial posición dentro del Estado –status funcional- han de servir de manera imparcial a los intereses públicos”. Y considera entonces que la disciplina es la “piedra angular” sobre la que debe descansar el “comportamiento ético” de los servidores⁸².

⁸⁰ MOLANO LÓPEZ, op cit.

⁸¹ Según GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, op cit, “La peculiaridad de esta especie de sanciones administrativas reside en dos caracteres: el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la administración, derivada de actuar en su propio ámbito interno o doméstico, tutelando su propia organización y funcionamiento, y en segundo lugar, **la estimación como ilícitos sancionables de conductas valoradas con criterios deontológicos más que estrictamente jurídicos.** (Falta de probidad)” (resaltado nuestro).

⁸² FORERO SALCEDO, José Rory, *Manual de Derecho Disciplinario...*

Hernández Mesa, lo denomina “ethos funcionarial”, que define como “el deber especial reforzado de cumplir con honestidad, diligencia, transparencia, eficacia, igualdad e imparcialidad, la función pública encomendada dada la relación especial en que se encuentran”⁸³.

Según Alicia Gómez, se “apela al deber normativo frente a lo formal funcional. En este sentido es posible afirmar que la órbita del derecho disciplinario podrá abarcar la esfera privada con el fin de encontrar el fundamento de lo normativo...”⁸⁴.

De otra parte, a diferencia del proceso disciplinario seguido contra abogados y funcionarios judiciales, este proceso es de naturaleza administrativa⁸⁵, es decir, la misma administración fue facultada para investigar y juzgar a sus subordinados e imponerles sanciones que pueden llegar hasta la Destitución del cargo. Las decisiones emitidas al interior de dicha actuación, pueden ser revisadas por la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Es lo que ha sido definido como control de auto-tutela de la administración⁸⁶.

1.3.2 Competencia

La Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único, consagra los deberes, faltas y sanciones, así como el procedimiento que debe seguirse para reprochar a un

⁸³ HERNÁNDEZ MEZA, op.cit.

⁸⁴ GÓMEZ MORALES, Alicia Catalina, *Los Límites del Derecho Disciplinario: Entre los Juicios Deontológicos y los Juicios Axiológicos*, En: Colección Jurídica Disciplinaria ICDD -obra colectiva- Volumen V, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Ediciones Nueva jurídica, Bogotá. 2014.

⁸⁵ Según DE LA CUETARA en la obra citada, el hecho que el proceso sea administrativo, “No atenta contra el estado de derecho el hecho... puesto que sus decisiones han de ser posteriormente enjuiciables y revisables”.

⁸⁶ CAJIAO CABRERA, Alfonso, *Aplicación de la ley disciplinaria a trabajadores oficiales*, Instituto de estudios del Ministerio Público, Procuraduría General de la Nación, 1999.

funcionario público por la comisión de una conducta irregular, que no es más, se itera, que el desconocimiento de los deberes fijados en la ley. Y de forma expresa en el artículo 1º consagra que el Estado es el titular de la potestad disciplinaria y la ejerce a través de las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, sin perjuicio del poder preferente que puede ejercer la Procuraduría General de la Nación y las Personerías Distritales y Municipales (art. 2º).

El poder preferente que ejerce la Procuraduría General de la Nación es definido en el canon 3º de la citada normatividad, como la facultad que dicha entidad tiene de iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Así mismo, de oficio o a petición de parte, podrá avocar conocimiento de los asuntos que se tramiten internamente en las demás dependencias de control disciplinario.

Lo anterior en concordancia con el mandato Constitucional, según el cual, el Procurador General como director supremo del Ministerio Público, tiene entre sus funciones, la de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; además, adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”⁸⁷.

1.3.3 Procedimiento

La acción disciplinaria es pública, es decir, que se iniciará y adelantará de oficio, por información presentada por servidor público o por queja formulada por cualquier persona (art. 68 y 69).

⁸⁷ Constitución Política de Colombia, artículos 275-277

Igual que en el proceso disciplinario seguido contra abogados, en éste, el quejoso tampoco es sujeto procesal, sino interviniente teniendo restringidas las facultades para actuar, limitándose igualmente a presentar la queja y ampliarla, aportar pruebas y a recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio (art. 90).

La actuación disciplinaria es escrita por regla general, existe un procedimiento verbal que se puede aplicar a unos casos expresamente señalados en la ley⁸⁸, por lo que, en este trabajo haré alusión solamente al proceso escriturario.

Una vez presentada la queja o informe que da inicio a las diligencias, se podrá surtir una indagación preliminar –etapa opcional- cuyo objetivo será verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta o si se ha actuado al amparo de causal de exclusión de responsabilidad, también se adelantará cuando exista duda sobre la identificación o individualización del autor. El término de duración de la misma, será de 6 meses y culminará con auto de archivo o si hay mérito, con auto de apertura de investigación. El auto de archivo es recurrible, el de apertura de investigación no.

Cuando esté identificado el presunto autor de la conducta, se podrá disponer la apertura de investigación disciplinaria, fase que tiene como finalidad verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta, esclarecer los

⁸⁸ 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.

En los eventos contemplados en los incisos anteriores, se citará a audiencia, en cualquier estado de la actuación, hasta antes de proferir pliego de cargos.

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.

motivos determinantes, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se cometió, el perjuicio causado y la responsabilidad del investigado (art. 153). El término general de esta fase procesal es de un año. Culminada la misma, el funcionario investigador puede emitir auto de archivo o pliego de cargos, luego de disponer el cierre y valorar las probanzas recaudadas. La decisión de archivo es recurrible, el pliego de cargos no.

El pliego de cargos debe cumplir los siguientes requisitos:

1. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.
2. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.
3. La identificación del autor o autores de la falta.
4. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.
5. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.
6. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 43 de este código.
7. La forma de culpabilidad.
8. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.

Se ordenará la terminación de la actuación cuando se encuentre plenamente demostrado que el hecho atribuido no existió, que la conducta no está prevista en la ley como falta disciplinaria, que el investigado no la cometió, que existe una causal de exclusión de responsabilidad, o que la actuación no podía iniciarse o proseguirse (art. 73).

Formulado el pliego de cargos, se corre traslado al disciplinado para la presentación de descargos y solicitud de pruebas, luego se decretan las que se consideren pertinentes, conducentes y necesarias que serán practicadas en el término de 90 días (arts. 166-168)

Finalizado el período probatorio, se corre traslado por diez días para alegar de conclusión y luego se emitirá el fallo correspondiente (art. 169).

La ley prevé la posibilidad de ordenar la suspensión provisional del funcionario, luego de ordenada la apertura de investigación disciplinaria, cuando existan serios elementos de juicio que permitan establecer que la permanencia en el cargo, función o servicio público posibilita la interferencia del autor de la falta en el trámite del proceso o permite que continúe cometiéndola o la reitere (art. 157). Esta suspensión se podrá efectuar por el término de tres meses, prorrogables una vez más.

La acción disciplinaria también prescribe en el término de cinco años y el Estatuto Anticorrupción, introdujo la figura de la Caducidad que opera si transcurridos cinco (5) años desde la ocurrencia de la falta, no se ha proferido auto de apertura de investigación disciplinaria. Este término empezará a contarse para las faltas instantáneas desde el día de su consumación, para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último hecho o acto y para las omisivas cuando haya cesado el deber de actuar⁸⁹.

⁸⁹ Ley 1474 de 2011, artículo 132

1.3.4 Destinatarios

Según el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, 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 del Código. También lo serán los indígenas que administren recursos del Estado.

1.3.5 Deberes profesionales

Como se dijo, el Código Disciplinario Único, tiene como finalidad la protección de deberes funcionales, así como la vigilancia y control del ejercicio de los servidores públicos. Y el desconocimiento injustificado de los citados deberes constituye falta disciplinaria, las cuales se encuentran expresamente señaladas en la Ley.

Precisamente, establece un catálogo de deberes y de prohibiciones, que también constituye el marco dentro del cual, los funcionarios públicos deben desempeñar su labor.

Los deberes profesionales de los servidores públicos, son⁹⁰:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de Derecho Internacional Humanitario, los demás ratificados por el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Los deberes consignados en la Ley 190 de 1995 también se integrarán al código.

⁹⁰ Ley 734 de 2002, artículo 34

2. Cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le sea encomendado y abstenerse de cualquier acto u omisión que cause la suspensión o perturbación injustificada de un servicio esencial, o que implique abuso indebido del cargo o función.

3. Formular, decidir oportunamente o ejecutar los planes de desarrollo y los presupuestos, y cumplir las leyes y normas que regulan el manejo de los recursos económicos públicos, o afectos al servicio público.

4. Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos.

5. Custodiar y cuidar la documentación e información que por razón de su empleo, cargo o función conserve bajo su cuidado o a la cual tenga acceso, e impedir o evitar la sustracción, destrucción, ocultamiento o utilización indebidos.

6. Tratar con respeto, imparcialidad y rectitud a las personas con que tenga relación por razón del servicio.

7. Cumplir las disposiciones que sus superiores jerárquicos adopten en ejercicio de sus atribuciones, siempre que no sean contrarias a la Constitución Nacional y a las leyes vigentes, y atender los requerimientos y citaciones de las autoridades competentes.

8. Desempeñar el empleo, cargo o función sin obtener o pretender beneficios adicionales a las contraprestaciones legales y convencionales cuando a ellas tenga

derecho.

9. Acreditar los requisitos exigidos por la ley para la posesión y el desempeño del cargo.

10. Realizar personalmente las tareas que le sean confiadas, responder por el ejercicio de la autoridad que se le delegue, así como por la ejecución de las órdenes que imparta, sin que en las situaciones anteriores quede exento de la responsabilidad que le incumbe por la correspondiente a sus subordinados.

11. Dedicar la totalidad del tiempo reglamentario de trabajo al desempeño de las funciones encomendadas, salvo las excepciones legales.

12. Resolver los asuntos en el orden en que hayan ingresado al despacho, salvo prelación legal o urgencia manifiesta.

13. Motivar las decisiones que lo requieran, de conformidad con la ley.

14. Registrar en la oficina de recursos humanos, o en la que haga sus veces, su domicilio o dirección de residencia y teléfono, y dar aviso oportuno de cualquier cambio.

15. Ejercer sus funciones consultando permanentemente los intereses del bien común, y teniendo siempre presente que los servicios que presta constituyen el reconocimiento y efectividad de un derecho y buscan la satisfacción de las necesidades generales de todos los ciudadanos.

16. Permitir a los representantes del Ministerio Público, fiscales, jueces y demás autoridades competentes el acceso inmediato a los lugares donde deban adelantar

sus actuaciones e investigaciones y el examen de los libros de registro, documentos y diligencias correspondientes. Así mismo, prestarles la colaboración necesaria para el desempeño de sus funciones.

17. Permanecer en el desempeño de sus labores mientras no se haya hecho cargo de ellas quien deba reemplazarlo, salvo autorización legal, reglamentaria, o de quien deba proveer el cargo.

18. Hacer los descuentos conforme a la ley o a las órdenes de autoridad judicial y girar en el término que señale la ley o la autoridad judicial los dineros correspondientes.

19. Dictar los reglamentos o manuales de funciones de la entidad, así como los internos sobre el trámite del derecho de petición.

20. Calificar a los funcionarios o empleados en la oportunidad y condiciones previstas por la ley o el reglamento.

21. Vigilar y salvaguardar los bienes y valores que le han sido encomendados y cuidar que sean utilizados debida y racionalmente, de conformidad con los fines a que han sido destinados.

22. Responder por la conservación de los útiles, equipos, muebles y bienes confiados a su guarda o administración y rendir cuenta oportuna de su utilización.

23. Explicar inmediata y satisfactoriamente al nominador, a la Procuraduría General de la Nación o a la personería, cuando estos lo requieran, la procedencia del incremento patrimonial obtenido durante el ejercicio del cargo, función o servicio.

24. Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley.

25. Poner en conocimiento del superior los hechos que puedan perjudicar el funcionamiento de la administración y proponer las iniciativas que estime útiles para el mejoramiento del servicio.

26. Publicar en las dependencias de la respectiva entidad, en sitio visible, una vez por mes, en lenguaje sencillo y accesible al ciudadano común, una lista de las licitaciones declaradas desiertas y de los contratos adjudicados, que incluirá el objeto y valor de los mismos y el nombre del adjudicatario.

27. Hacer las apropiaciones en los presupuestos y girar directamente a las contralorías departamentales y municipales, como a la Contraloría General de la República y las Personerías Municipales y Distritales dentro del término legal, las partidas por concepto de la cuota de vigilancia fiscal, siempre y cuando lo permita el flujo de caja.

28. Controlar el cumplimiento de las finalidades, objetivos, políticas y programas que deban ser observados por los particulares cuando se les atribuyan funciones públicas.

29. Ordenar, en su condición de jefe inmediato, adelantar el trámite de jurisdicción coactiva en la respectiva entidad, para el cobro de la sanción de multa, cuando el pago no se hubiere efectuado oportunamente.

30. Ejercer, dentro de los términos legales, la jurisdicción coactiva para el cobro de las sanciones de multa.

31. Adoptar el Sistema de Control Interno y la función independiente de Auditoría Interna que trata la Ley 87 de 1993 y demás normas que la modifiquen o complementen.

32. Implementar el Control Interno Disciplinario al más alto nivel jerárquico del organismo o entidad pública, asegurando su autonomía e independencia y el principio de segunda instancia, de acuerdo con las recomendaciones que para el efecto señale el Departamento Administrativo de la Función Pública, a más tardar para la fecha en que entre en vigencia el presente código, siempre y cuando existan los recursos presupuestales para el efecto.

33. Adoptar el Sistema de Contabilidad Pública y el Sistema Integrado de Información Financiera SIIF, así como los demás sistemas de información a que se encuentre obligada la administración pública, siempre y cuando existan los recursos presupuestales para el efecto.

34. Recibir, tramitar y resolver las quejas y denuncias que presenten los ciudadanos en ejercicio de la vigilancia de la función administrativa del Estado.

35. Ofrecer garantías a los servidores públicos o a los particulares que denuncien acciones u omisiones antijurídicas de los superiores, subalternos o particulares que administren recursos públicos o ejerzan funciones públicas.

36. Publicar mensualmente en las dependencias de la respectiva entidad, en lugar visible y público, los informes de gestión, resultados, financieros y contables que se determinen por autoridad competente, para efectos del control social de que trata la Ley 489 de 1998 y demás normas vigentes.

37. Crear y facilitar la operación de mecanismos de recepción y emisión permanente

de información a la ciudadanía, que faciliten a esta el conocimiento periódico de la actuación administrativa, los informes de gestión y los más importantes proyectos a desarrollar.

38. Actuar con imparcialidad, asegurando y garantizando los derechos de todas las personas, sin ningún género de discriminación, respetando el orden de inscripción, ingreso de solicitudes y peticiones ciudadanas, acatando los términos de ley.

39. Acatar y poner en práctica los mecanismos que se diseñen para facilitar la participación de la comunidad en la planeación del desarrollo, la concertación y la toma de decisiones en la gestión administrativa de acuerdo a lo preceptuado en la ley.

40. Capacitarse y actualizarse en el área donde desempeña su función.

Teniendo en cuenta lo anterior, el artículo 5º de la pluricitada ley, señala que *“La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”*, tal como ocurre en el proceso disciplinario seguido contra los abogados y como se explicó en precedencia.

1.3.6 Faltas disciplinarias

Las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los servidores públicos, están agrupadas según la calificación de las mismas, es decir, las faltas gravísimas están previstas en el artículo 48 y las graves y leves en artículo 50, en el que consagra que constituye falta disciplinaria *“el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación del régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley...”*.

Para lo cual, se estatuyó además de los deberes, un catálogo de prohibiciones (art. 35), inhabilidades, impedimentos e incompatibilidades y conflicto de intereses (arts. 36-41).

1.3.7 Sanciones

El Código Disciplinario Único consagra y define las siguientes sanciones en los artículos 45 y 46, las cuales serán impuestas en virtud de la calificación de la falta imputada⁹¹ así como a la culpabilidad⁹²:

- **DESTITUCIÓN E INHABILIDAD GENERAL:** implica la terminación de la relación del servidor público con la administración sin importar que se trate de un empleado de libre nombramiento y remoción, de carrera o de elección popular; la desvinculación del cargo o la terminación del contrato de trabajo. Y la imposibilidad de ejercer la función pública e cualquier cargo o función, por el término fijado en el fallo. La inhabilidad será de diez a veinte años, salvo cuando se afecte el patrimonio económico del Estado, caso en el cual será permanente.

- **SUSPENSIÓN E INHABILITACIÓN ESPECIAL:** implica la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta. Y la Inhabilitación

⁹¹ Las faltas serán leves, graves y gravísimas. (artículo 42 Ley 734 de 2002)

⁹² "ARTÍCULO 44. CLASES DE SANCIONES. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

PARÁGRAFO. Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones".

Especial, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo distinto de aquél por el término señalado en el fallo. Ésta va de uno a doce meses.

- **MULTA:** Sanción de carácter pecuniario, no podrá ser inferior a 10 ni superior a 180 s.m.l.m.v.

- **AMONESTACIÓN ESCRITA:** Es un llamado de atención formal, por escrito, que se registra en la hoja de vida.

CAPÍTULO 2

NON BIS IN ÍDEM

2.1 Concepto

A diferencia de países como España, donde no está expresamente señalado en la Constitución o en la ley y por ende es considerado como un Principio General del Derecho⁹³, El *Non Bis in ídem* o *Ne Bis in ídem*, fue insertado en nuestro ordenamiento jurídico por mandato Constitucional:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, **y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.**

⁹³ TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel y AGUADO I CUDOLÁ, Vicenc, Derecho Administrativo Sancionador: Materiales, CEDECS editorial, Barcelona, 1995. “La expresión Non Bis In Ídem encierra un tradicional principio general del derecho con un doble significado: de una parte, su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento...vertiente material. Por otra parte, es un principio procesal en cuya virtud un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos. Esta vertiente procesal, impide no sólo la dualidad de procedimientos - administrativo y penal - , sino también el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos como consecuencia “de los efectos de la litis dependencia y de la cosa juzgada”...”

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso” (resaltado nuestro).

Por ende, puede decirse, que en el ordenamiento jurídico colombiano, el Non Bis In Ídem es un derecho fundamental⁹⁴ que hace parte del derecho al debido proceso y que prohíbe que cualquier persona que ya haya sido investigada y juzgada, sea investigada y sancionada nuevamente por el mismo hecho.

El apotegma *Non bis in Ídem*, traduce literalmente “no dos veces lo mismo”. Y está directamente ligado al “valor justicia”, al pretender evitar que a un mismo hecho se le atribuyan diversas consecuencias jurídicas⁹⁵.

Es definido como la garantía de no ser juzgado o sancionado más de una vez por el mismo comportamiento, cualquiera que sea su denominación jurídica y aunque ésta cambie⁹⁶.

Garantía, porque en respeto a la dignidad humana, proscribire expresamente la doble incriminación a una misma persona por el mismo hecho, “es de carácter personal y absoluto, y se proyecta en todos los sistemas punitivos, exigiendo que el ejercicio del ius puniendi estatal se realice de manera armónica, sistemática y articulada”⁹⁷.

Y tiene como efecto negativo, la imposibilidad de surtir un nuevo proceso con el mismo objeto, cuando ya ha terminado uno con una decisión. Esto en consideración a que dos procesos paralelos o sucesivos por los mismos hechos,

⁹⁴ Así lo considera la Corte Constitucional de Colombia, entre otras, en la sentencia C-121 del 22 de febrero de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-244 del 30 de mayo de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

⁹⁵ GARCÍA ALBERO, Ramón, *Non bis in ídem material y concurso de leyes penales*, CEDECS Editorial S.L., Barcelona, 1995.

⁹⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. op cit.

⁹⁷ RAMÍREZ VÁSQUEZ, Carlos Arturo, *El Principio del Non bis in ídem y su incidencia en el Derecho Penal y Disciplinario Colombiano*, Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2007.

pueden hacer incurrir en contradicción al ordenamiento jurídico, “y, consecuentemente, de inseguridad jurídica, de inutilidad de uno de los procedimientos, además de mayores costes para la administración de justicia, de dobles gastos para las partes y de enjuiciamiento duplicado de la conducta reprochable penalmente atribuida al imputado”⁹⁸.

Por ende es una limitación del *ius puniendi* “(...) en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento”⁹⁹.

2.2. Origen

Según Trayter Jiménez, el Non Bis in ídem, tiene su origen en el derecho romano clásico específicamente en la institución del “*iudicium legitimum*”, único régimen procesal en el que la sentencia otorgada tenía valor de cosa juzgada.

Es decir, el Non Bis in ídem tuvo su génesis en el ámbito civil, pero su desarrollo pleno está en el derecho penal¹⁰⁰.

Por su parte, Nieto García, considera que esta figura tiene su origen en los denominados “conflictos de competencias” del Siglo XIX, en los que una vez se detectaba que un hecho irregular estaba siendo investigado tanto penal como

⁹⁸ SERRANO HOYO, Gregorio, *El derecho fundamental a no ser juzgado penalmente dos veces por los mismos hechos*, En: ACEVEDO PENCO, Ángel, Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo, Dikinson, Madrid, 2014

⁹⁹ CARPIO BRIZ, David, *Europeización y Reconstrucción del Non bis in Idem, Efectos en España de la STEDH SERGUEI ZOLOTOUKHINE V.RUSIA de 10 febrero 2009*, Este trabajo se inserta en el proyecto DER2008-04410 Constitución y Derecho Penal: Consecuencias en los planos legislativo y judicial (Ministerio de Educación y Ciencia) cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Santiago Mir Puig, fue publicada bajo el mismo título en la Revista General de Derecho Penal, núm. 14, 2010.

¹⁰⁰ TRAYTER JIMÉNEZ, op cit

administrativamente, se determinaba cuál era competente, a través de Reales Decretos de competencia¹⁰¹.

2.3 Presupuestos

Doctrinaria y jurisprudencialmente, se han fijado unos presupuestos para que proceda el Non Bis In Ídem, es decir, debe presentarse identidad de persona, hecho y fundamento. “La expresión hecho debe entenderse como conducta humana, mientras que identidad se refiere a la persona (eadem personam), al objeto (eadem re) y a la causa de persecución (eadem causa petendi); de lo contrario, no se podía hablar de la identidad del hecho en los términos que se ha dicho”¹⁰².

1. Identidad subjetiva: el sujeto pasivo implicado debe ser el mismo en todos los procedimientos.
2. Identidad fáctica: los hechos investigados en los dos procedimientos deben ser los mismos.
3. Identidad causal o de fundamento: los procesos adelantados deben tener el mismo fundamento, o proteger los mismos bienes jurídicos, es decir, se debe establecer si las medidas sancionadoras responden a una distinta naturaleza¹⁰³.

¹⁰¹ NIETO GARCÍA, op cit

¹⁰² VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Manual de Derecho Penal, Parte General, Quinta Edición actualizada, Ediciones jurídicas Andrés Morales, Bogotá, 2013.

¹⁰³ El Tribunal Constitucional Español, en la sentencia STC 234 del 10 de diciembre de 1991 consideró: “para que la dualidad de sanciones por un mismo hecho - penal y administrativa- sea constitucionalmente admisible es necesario que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos **desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción** - de orden penal- intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado” (resaltado nuestro).

Sobre este elemento del Non Bis in ídem, es donde ha existido mayor controversia, toda vez que se ha explicado que el Principio Non Bis In Ídem no prohíbe realmente que alguien pueda ser castigado dos veces por los mismos hechos, sino que “sea castigado dos veces por los mismos hechos sobre la base de idéntico fundamento”, entendiendo fundamento como una sola vulneración al ordenamiento jurídico¹⁰⁴.

Según Garberí Llobregat, “la identidad causal no suele reconducirse a la naturaleza de la sanción sino a la semejanza entre los bienes jurídicos protegidos por las distintas normas sancionadoras o entre los intereses tutelados por ellas, de forma tal que, como sucede en el ámbito penal criminal, si los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho resultan heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son homogéneos, no procederá la doble punición aunque las normas jurídicas vulneradas sean distintas”¹⁰⁵.

Tanto así que es con base en el análisis de este elemento, que se permite que se puedan adelantar un proceso penal y un proceso disciplinario por los mismos hechos y contra la misma persona, alegando que el fundamento de los dos enjuiciamientos es distinto.

En el ordenamiento jurídico colombiano esto está decantado y en la actualidad no existe controversia al respecto, empero en países como España, tal circunstancia es objeto de disertaciones, toda vez que no se concibe que una persona pueda ser investigada por el mismo aparato Estatal por el mismo hecho, aceptando a regañadientes, una “excepción”, la que se refiere a las Relaciones Especiales de

¹⁰⁴ CANO CAMPOS, Tomás, Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador, Revista de Administración Pública, Núm. 156, septiembre-diciembre 2001. Editorial CEPC (centro de estudios políticos y constitucionales)

¹⁰⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, op cit.

Sujeción. Allí se ha dicho sobre el Non Bis in ídem y estas relaciones, lo siguiente¹⁰⁶:

a) Supone un principio general del Derecho, que a pesar de no encontrarse recogido expresamente en la Constitución, es un derecho susceptible de amparo ante el Tribunal Constitucional por estar íntimamente unido al principio de legalidad y tipicidad del art. 25 CE.

b) Se concreta en la prohibición de que autoridades del mismo orden, y por procedimientos diversos, sancionen doblemente la misma conducta, así como en la prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de los mismos hechos, a excepción de los casos denominados de «relación de sujeción especial», siempre que exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Uno de los fundamentos de esta prohibición de doble sanción se puede encontrar en el mandato de seguridad jurídica contenido en el art. 9.3 CE, puesto que los mismos hechos enjuiciados por distintos órganos del Estado no pueden existir y dejar de existir a la vez. Esta vertiente se ha venido a denominar como Ne Bis In Ídem material.

c) En los supuestos en que existe una relación de sujeción especial es admisible una doble sanción —disciplinaria y penal— cuando el fundamento de ambas sanciones no sea coincidente, cuando el interés jurídico protegido en ambos ámbitos sea diferente y la sanción sea proporcionada a esa protección diferenciada.

¹⁰⁶ CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y GALLEGO SOLER, José-Ignacio, *Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre)*. Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación PB97-0897 del MEC (Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica), coordinado por el Prof. Dr. Santiago Mir Puig.

d) Del art. 25.1 CE se derivan una serie de límites a la actuación de la potestad sancionadora de la Administración pública, de entre los que hay que destacar, en lo que aquí nos importa, el principio de subordinación a la autoridad judicial, en cuya virtud en casos de colisión entre una actuación administrativa y otra judicial, siempre tiene que resolverse en favor de ésta. A esta versión procedimental se la ha denominado Ne Bis In Ídem procesal.

En Europa, la discusión se centra en la posibilidad de aplicación simultánea de las acciones penales y disciplinarias, fortaleciendo la vertiente procesal del Non bis in ídem, prohibiendo el doble procesamiento penal y administrativo.

2.4 Vertientes Formal y Material del Non Bis in Ídem

Vertiente Formal o procesal: hace referencia a la prohibición de doble investigación o juzgamiento contra la misma persona por el mismo hecho

Según Higuera Corona, a esta vertiente “se le vincula con la más antigua formulación de la tradición romana, no del principio en sí mismo considerado, sino de su consecuencia inmediata que es impedir el doble sometimiento judicial, con los aforismos bis de eadem re ne sit actio y bis de eadem re agere non licet, es decir, "no hay acción repetida sobre la misma cosa" y "no es lícito accionar dos veces por lo mismo"... El bis in ídem es la abreviación del aforismo bis de eadem re en sitio actio que ya la utilizaba Quintiliano a finales del siglo 1 D.C.”¹⁰⁷.

Vertiente Material o sustancial: hace alusión a la prohibición de doble sanción a la misma persona, por el mismo hecho.

¹⁰⁷ HIGUERA CORONA, Jorge, *Non bis in ídem y reincidencia, Estudio comparado sobre derechos fundamentales en España y México*, Editorial Porrúa, Primera edición, México, 2012.

2.5 Non Bis In Ídem en el Derecho Disciplinario

Este principio, al igual que otras tantas garantías, se ha adaptado a las necesidades de nuestros tiempos y ya no tiene su marco de acción exclusivamente en el derecho penal, sino que además, se aplica en las otras especies del poder sancionador del Estado¹⁰⁸, por lo tanto, es común ver su utilización en el área del derecho administrativo sancionador.

Tan es así, que en el ordenamiento jurídico colombiano, el Non Bis in ídem es uno de los principios rectores del proceso contemplado en la Ley 734 de 2002, pues su canon 11 reza: “El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferidos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento **disciplinarios** por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta...” (resaltado nuestro).

Igual ocurre con la Ley 1123 de 2007 o Código Disciplinario del Abogado, cuyo artículo 9º consagra: “Los destinatarios del presente Código cuya situación se haya resuelto mediante sentencia ejecutoriada o decisión que tenga la misma fuerza vinculante, proferidas por autoridad competente, no serán sometidos a nueva investigación y juzgamientos **disciplinarios** por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta” (resaltado nuestro).

Por su parte, la Corte Constitucional ha señalado que “en el artículo 29, quienes son protegidos por la prohibición al doble juicio son los “sindicados”, lo cual ubica este principio dentro del régimen penal. Por eso, esta Corte ha admitido que quien está siendo juzgado o ha sido juzgado penalmente pueda también ser llamado a

¹⁰⁸ RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes, *El principio non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador, Sector Medioambiental*, Editorial académica española, 2011.

responder, por ejemplo, en un juicio civil o fiscal por los mismos hechos... No obstante, la jurisprudencia constitucional ha extendido el principio non bis in ídem a un ámbito diferente al penal, puesto que ha estimado que éste forma parte del debido proceso sancionador. De tal manera que cuando la finalidad de un régimen es regular las condiciones en que un individuo puede ser sancionado personalmente en razón a su conducta contraria a derecho, este principio es aplicable. En efecto, la palabra sindicado puede ser interpretada de diferentes maneras, es decir, en sentido restringido o en sentido amplio. Como se observa en el inciso primero del artículo 29 Superior, el ordenamiento constitucional colombiano ha escogido la segunda de las opciones, pues establece que los principios constitutivos del debido proceso penal se extienden, en lo pertinente y en el grado que corresponda dada la naturaleza del proceso no penal, a todas las “actuaciones judiciales y administrativas” sancionatorias. Por esto, la Corte Constitucional ha manifestado de manera reiterada que los principios que regulan el derecho penal son aplicables, con algunas variaciones, al derecho disciplinario en todas sus manifestaciones, por cuanto éste constituye una modalidad del derecho sancionatorio”¹⁰⁹.

Luego entonces, por mandato Constitucional y Legal, ni un abogado y ni un funcionario público, pueden ser objeto de doble investigación disciplinaria por el mismo hecho, so pena de desconocer el Non Bis in ídem.

Sin embargo, como se dijo anteriormente, la Ley 1123 de 2007 en su artículo 19 al consagrar como sujeto disciplinable a los abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio, abrió la posibilidad que un abogado-servidor público, pueda ser investigado disciplinariamente por el mismo hecho, dos veces, lo cual a nuestro juicio, desconoce el Non Bis in ídem, contrario a lo

¹⁰⁹ República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-870 del 15 de octubre de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

manifestado por la Corte Constitucional en la sentencia C-899 de 2011, como se explicará más adelante.

2.6 Non Bis In Ídem y Cosa Juzgada

En un Estado de Derecho es inconcebible que exista la posibilidad, que una persona que ya ha sido investigada y sancionada por un hecho, pueda ser nuevamente investigada y sancionada por el mismo hecho, lo cual, es considerado por el citado López Barja de Quiroga, como un “trato inhumano”¹¹⁰. Por lo que se considera que el Principio de Seguridad Jurídica debe protegerse y respetarse, acatando el carácter vinculante de las sentencias y sus efectos de cosa juzgada material. Y es aquí donde el Non Bis in Ídem, juega un papel importante, toda vez que impide que exista un doble enjuiciamiento sobre el mismo hecho y sobre la misma persona.

Higuera Corona considera que existe consenso en que la vertiente procesal del Non Bis In Ídem está ligado con la Cosa Juzgada, aclarando que no deben confundirse, pues “La cosa juzgada despliega un efecto positivo, ya que lo declarado en sentencia en firme constituye la verdad jurídica y un efecto negativo, que determina la imposibilidad de que se produzca un nuevo planteamiento y pronunciamiento sobre el tema”¹¹¹.

Igualmente, para Penagos Trujillo y Sánchez Posso, “el Principio del Non Bis In Ídem constituye la aplicación del principio general de cosa juzgada en el ámbito del ius puniendi... Ciertamente, la prohibición que se deriva del principio de la cosa juzgada, según la cual los jueces no pueden tramitar y decidir procesos judiciales con objeto y

¹¹⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, op cit.

¹¹¹ HIGUERA CORONA, op cit. En este mismo sentido Belén Marina Jalvo asevera que “La Cosa Juzgada produce dos efectos: uno positivo o vinculante en cuya virtud el contenido de una resolución firme vincula a otros procesos que se desarrollen sobre el mismo asunto, y otro efecto negativo o excluyente tendente a evitar que se substancie un nuevo proceso con el mismo objeto de otro proceso que ya ha sido resuelto” Vinculando el Non Bis in ídem a esta función negativa de la cosa juzgada. op cit.

causa idénticos a los de juicios de la misma índole previamente finiquitados por otro funcionario judicial, equivale, en materia sancionatoria, a la prohibición de someter dos veces a juicio penal a una persona por un mismo hecho, independientemente si fue condenado o absuelto, es decir, la prohibición de juzgar dos veces o más a un mismo sujeto por unos mismos hechos es la consecuencia lógica del principio de cosa juzgada, así, una persona que ha sido enjuiciada y ha obtenido una sentencia que le absuelve o le condena, no puede ser sometido al padecimiento de un nuevo juicio por un mismo hecho”¹¹².

En este sentido, la Corte Constitucional Colombiana ha señalado que el Non Bis in ídem es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material, ya que:

“Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concorra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión.

En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates...”¹¹³

También se ha dicho que la finalidad más importante del derecho es “proteger al ciudadano del comportamiento y de los eventuales abusos del poder político –

¹¹² PENAGOS TRUJILLO, Sandra Cristina y SÁNCHEZ POSSO, Juan Carlos, *El Non Bis In ídem y la Cosa Juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, Grupo Editorial Ibañez, Bogotá, 2007.

¹¹³ República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia T- 537 del 15 de julio de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

ejecutivo, legislativo y judicial-. Siendo así, el principal argumento contra la arbitrariedad “dolosa” o “culposa” es el cumplimiento estricto y pleno de todos los derechos y garantías del ciudadano”, por lo tanto, la arbitrariedad se evita con el cumplimiento y respeto de todos los derechos y garantías del ciudadano, incluida la Cosa Juzgada¹¹⁴.

A diferencia de los autores que consideran que el Non Bis In ídem deriva de la Cosa Juzgada, en el aspecto positivo: firmeza en la decisión como verdad jurídica y en el negativo, como imposibilidad de un nuevo examen sobre el tema¹¹⁵; hay otro sector de la doctrina que no está de acuerdo con esta postura.

En este sentido, Cano Campos señala que “la relación entre una y otra figura es más bien a la inversa: el fundamento de la cosa juzgada material (en concreto de su efecto negativo o preclusivo) es el non bis in ídem, y no al contrario, como se pretende. Dicho de otra forma: la cosa juzgada es un instrumento procesal para garantizar la prohibición de bis in ídem, sin que quepa una identificación absoluta entre ambas instituciones, pues la cosa juzgada no es el único instrumento de garantía de dicha prohibición ni aquella persigue únicamente garantizar la referida prohibición”¹¹⁶.

Igualmente, para Goite Pierre, la Cosa Juzgada es la conexión entre seguridad jurídica y Non bis in ídem, buscando evitar ir en reiteradas ocasiones sobre un mismo asunto¹¹⁷.

¹¹⁴ PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando, *Los Principios generales del Proceso Penal*, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, 2004.

¹¹⁵ OSSA ARBELÁEZ, Jaime, *Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática*, Segunda edición, Legis, Bogotá, 2009.

¹¹⁶ CANO CAMPOS, op cit.

¹¹⁷ GOITE PIERRE, Mayda, *Principio de instituciones de las reformas procesales en América Latina: seguridad jurídica, non bis in ídem, cosa juzgada y revisión penal*, Publicado en IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC. núm 24, 2009 pág. 199-214.

Finalmente, Nieto García considera que en su origen, el Principio del Non Bis in Ídem fue una derivación de la cosa juzgada en sus dos vertientes: el positivo (lo declarado por sentencia firme constituye verdad jurídica) y el negativo (imposibilidad que se produzca un nuevo planteamiento sobre el tema); “Sin embargo, conectar el Principio de Non Bis In Ídem con la cosa juzgada carece, en definitiva, de justificación dogmática y en modo alguno viene impuesta por el derecho positivo. La única explicación por tanto, habría de ser técnica, es decir, si gracias a la figura de la cosa juzgada se pudiera manejar con seguridad y fruto la regla de la prohibición de bis in ídem; pero y se ha visto que tampoco sucede esto. La conclusión, en definitiva, es que el derecho administrativo sancionador ha de elaborar en este punto una dogmática propia, aunque se encuentre inicialmente inspirada por la estructura de la cosa juzgada. Dogmática que habría de girar fundamentalmente sobre el análisis y contraste de los hechos constitutivos de los ilícitos, de los sujetos y de los bienes protegidos por las normas. Sin olvidar, por último, que el distanciamiento de las técnicas procesales es tanto más necesario cuanto que en el derecho administrativo sancionador el Non Bis In Ídem opera incluso para dos sanciones administrativas, es decir, sin que medie sentencia ni cosa juzgada”¹¹⁸.

2.7 Non Bis In ídem y Proporcionalidad

El Principio de Proporcionalidad hace parte del principio de “prohibición de exceso”, tiene como función principal la de limitar la discrecionalidad en el ejercicio de la actividad represiva del Estado¹¹⁹ y constituye un criterio constitucional en los poderes públicos que restringen o limitan los derechos individuales de los ciudadanos. Exigiendo que las medidas allí adoptadas sean necesarias, idóneas y proporcionadas al hecho cometido y deben ir dirigidas a obtener los fines perseguidos y en caso de que tales fines puedan ser conseguidos mediante medidas alternativas menos

¹¹⁸ NIETO GARCÍA, op cit.

¹¹⁹ TRAYTER JIMÉNEZ, op cit.

gravosas, se preferirán éstas últimas¹²⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior, se afirma que el Principio del Non Bis in ídem se deriva del Principio de Proporcionalidad, toda vez que evita que a un mismo hecho, se le atribuyan dos o más consecuencias jurídicas. Esto porque no puede ser proporcional que un mismo hecho sea sancionado dos veces por el mismo ordenamiento jurídico¹²¹.

En este sentido, García Albero estima que efectivamente el Principio de Non bis in ídem está íntimamente ligado a la proporcionalidad, por cuanto la imposición de varias sanciones al mismo ilícito supone un sacrificio de derechos que no es exigible ni necesario para los fines perseguidos, y de esta forma resultan desproporcionados. Puntualmente consagró la siguiente regla: "la consecuencia jurídica de una norma no puede ser aplicada varias veces cuando su presupuesto ha sido realizado una sola vez"¹²².

Otros autores, como López Muñoz, consideran que "al vulnerar el non bis in ídem, se produciría un exceso en lo estrictamente necesario de la aplicación de una pena, un

¹²⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, op cit.

¹²¹ En este sentido, el Tribunal Constitucional Español en la sentencia STC 154 del 15 de octubre de 1990, señaló: "aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción Punitiva ha quedado agotada. Dicha reacción ha tenido que estar en armonía o consonancia con la acción delictiva, y la correspondiente condena ha de considerarse como autosuficiente desde una perspectiva punitiva, por lo que aplicar otra sanción en el mismo orden punitivo representaría la ruptura de esa proporcionalidad, una reacción excesiva del ordenamiento jurídico, al infringirse al condenado una sanción desproporcionada respecto a la infracción que ha cometido...".

Ese mismo Tribunal en sentencia 2 del 16 de enero de 2003, señaló: "La garantía material de no ser sometido a bis in idem sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones (SSTC 2/1981, FJ 4; 66/1986, FJ 4; 154/1990, FJ 3; y 204/1996, FJ 2), tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente".

¹²² GARCÍA ALBERO, Ramón. op cit.

autoritarismo y una grave lesión a los principios democráticos del Estados”¹²³.

Por su parte, Cano Campos asevera que el fundamento del Non Bis in ídem es la desproporción y arbitrariedad que conlleva la imposición de dos o más sanciones por un mismo hecho o un doble juzgamiento. Por ende, lo que impide que sobre el mismo hecho recaigan dos o más efectos jurídicos, es la proporcionalidad¹²⁴.

Para López Barja de Quiroga¹²⁵, el Principio de Culpabilidad impide que por el mismo hecho, se imponga al mismo sujeto, una sanción que exceda el límite proporcional a la culpabilidad. Por lo tanto, considera que el Non Bis In Ídem es una consecuencia de dicho principio, que impediría que la pena sea superior a la culpabilidad, al no permitir que se impongan dos sanciones por los mismos hechos.

2.8 Non Bis In Ídem y Legalidad

El Principio de Legalidad se erige como un límite formal al ejercicio del *ius puniendi* del Estado¹²⁶, por cuanto el ciudadano necesita tener certeza sobre las conductas que el ordenamiento jurídico considera ilícitas así como de las consecuencias que le acarrearía incurrir en ellas.

Por ello, por mandato constitucional está consagrado el Principio de Legalidad en los siguientes términos: “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa”, que dicho sea de paso, hace parte del mismo artículo o precepto constitucional en el que se consagró el Non Bis In ídem.

¹²³ LÓPEZ MUÑOZ, Hanz Eduardo, *El principio de complementariedad de la justicia penal internacional frente al apotegma non bis in ídem de la justicia interna*, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, Núm 23 de 2007 pág 171 a 182. México.

¹²⁴ CANO CAMPOS, op cit.

¹²⁵ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *El principio del non bis in ídem*, Dickinson, Madrid, 2004.

¹²⁶ VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, op cit.

Por lo tanto, si una conducta pudiera ser reprochada dos veces por el ordenamiento jurídico, desconocería dicho Principio¹²⁷.

Sin embargo, se discute que al sancionarse dos veces un mismo hecho, no se violaría el Principio de Legalidad, en tanto las dos sanciones están previstas en la ley. Sobre esta disertación, la doctrina ha señalado:

En primer lugar, Martínez Rodríguez no solo califica el Non Bis in Ídem como derecho fundamental sino que señala que “si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa*, obedece a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, ese cometido garantista devendría inútil si en ese mismo hecho y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita”¹²⁸.

De igual manera, García Albero considera que el Principio de Legalidad también tiene incidencia en las consecuencias jurídicas de las conductas expresamente señaladas

¹²⁷ Al respecto, el Tribunal Constitucional de España, ha señalado: “...hemos de iniciar su examen recordando que desde la STC 2/1981, de 30 de enero, hemos reconocido que el principio non bis in idem integra el derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) a pesar de su falta de mención expresa en dicho precepto constitucional, dada su conexión con las garantías de tipicidad y de legalidad de las infracciones. Así, hemos declarado que este principio veda la imposición de una dualidad de sanciones "en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento" (STC 2/1981, FJ 4; reiterado entre muchas en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2).

a) La garantía de no ser sometido a bis in idem se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona (STC 66/1986, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, FJ 3)”.

¹²⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio, *La protección penal del territorio y el urbanismo*. primera edición, JM Bosch Editor, Barcelona, 2015.

en la norma, pues a su juicio, “la predeterminación de la sanción a imponer, así como sus límites, es tan consustancial al principio de legalidad como lo es la propia determinación de sus presupuestos”. Por lo tanto, estima que la intención de sancionar nuevamente un hecho irregular, vulnera este Principio, pues implica “rebasar los límites de la sanción prefijados”¹²⁹.

Así mismo, Cano Campos¹³⁰ señala que el Principio del Non Bis in Ídem, se fundamenta en el Principio de Legalidad, porque la sanción que está prevista para determinada conducta por el ordenamiento jurídico, expresa todo el desvalor que se le atribuye a ésta. Además, el ciudadano tiene la certeza de que por un solo hecho, solamente se le va a aplicar una norma sancionadora, por lo que, si el Operador Judicial o Administrativo opta por imponer dos o más sanciones por la comisión de una sola conducta, vulnera el Principio de Legalidad, formal y materialmente.

Por otro lado, Belén Marina Jalvo cuestiona la relación entre el Non Bis in Ídem y el Principio de Legalidad, señalando que “no se entiende por qué no se han extraído todas las consecuencias de ese vínculo, prohibiendo al legislador la tipificación concurrente de ilícitos que desemboca en una dualidad de sanciones”, en lugar de ello, plantea la autora, se considera que el respeto de dicho principio corresponde al Operador Judicial, pretendiendo evitar “al legislador la ardua tarea de abordar las necesarias reformas tendientes a eliminar las citadas reiteraciones”¹³¹.

2.9 Aplicación del Non Bis in Ídem en las Relaciones de Especial Sujeción

La regla general es que una persona no pueda ser investigada y sancionada dos veces por el mismo hecho, es decir, a un ciudadano común y corriente, que esté atado al Estado a través de una Relación General de Sujeción, se le aplica

¹²⁹ GARCÍA ALBERO, Ramón. op cit.

¹³⁰ CANO CAMPOS, op cit.

¹³¹ JALVO, op cit.

plenamente el Principio del Non Bis in ídem.

Sin embargo, de forma generalizada se ha dicho que en las Relaciones de Especial Sujeción entre ciertos ciudadanos y el Estado, el Principio del Non Bis In Ídem, no opera, tanto así que un funcionario público puede ser investigado por el mismo hecho penal y disciplinariamente¹³².

Se ha señalado que dependiendo de la condición especial de la persona, ciertas garantías previstas para el resto del ordenamiento punitivo del Estado pueden ser relativizadas o aminoradas, como lo sostiene Trayter Jiménez toda vez que, “los funcionarios públicos desempeñan su actividad en la administración de forma voluntaria. Cuando se someten a esa relación (especial) aceptan un estatuto, una serie de condiciones que no interesan socialmente por cuanto no trasciende del ámbito doméstico configurado entre ellos y su empleador. En consecuencia, del incumplimiento de dichas normas puede derivarse una responsabilidad disciplinaria totalmente distinta de la que establece o prevé el orden penal, pues si bien éste se preocupa de las relaciones externas, del buen orden social, el Derecho disciplinario busca únicamente el correcto funcionamiento del aparato administrativo”¹³³.

En igual sentido, el Tribunal Constitucional de España en la sentencia STC 2/1981 en la que afirmó: “el principio general del derecho conocido por non bis in ídem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad

¹³² En este sentido LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, op cit, ha señalado: “en definitiva, ha de partirse de que, en términos generales, no es posible la doble sanción, ya que resulta prohibida por el Principio del Non Bis In Ídem. No obstante, cuando se trata de relaciones de supremacía especial, la compatibilidad de ambas sanciones es perfectamente admisible, dado que en estos casos existe una doble imputación: por una parte, como ciudadano le corresponde la sanción penal consecuencia del delito, pero, por otra parte, como persona sometida a una relación de supremacía especial, en cuya relación es en la que se ha quebrado la relación de confianza que en él se había depositado, debe aceptarse la imposición de la sanción administrativa, siendo entonces compatibles ambas sanciones”.

¹³³ TRAYTER JIMÉNEZ, op cit.

de sanciones –administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc... que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración...”¹³⁴.

Así mismo, la doctrina de ese país, ha señalado que el Non Bis In Ídem o Ne Bis In Ídem, prohíbe la acumulación de sanciones penales y administrativas siempre que el presupuesto de esta acumulación sancionatoria sea el mismo, empero “ese planteamiento tiene una excepción que goza de tan amplio reconocimiento en la jurisprudencia constitucional como críticas a su fundamento ha esgrimido la doctrina. Se trata de las denominadas relaciones de sujeción especial en cuyo ámbito la imposición de una sanción no impediría la posterior imposición de otra sanción estatal”¹³⁵.

En consonancia a la anterior postura, al interior de nuestro ordenamiento jurídico se ha planteado ¹³⁶ que se torna a todas luces contradictorio que la Corte Constitucional a través de innumerables fallos, por una parte reconozca y declare que la persona es el fin y no un instrumento del Estado, expresión que cobra especial relevancia en tratándose del debido proceso, pero al ocuparse del estudio del Non Bis In Ídem, termine sosteniendo que dicha garantía no opera frente a la simultaneidad de ejercicio punitivo penal y disciplinario, por la única razón de que son independientes, lo que en últimas confiere carta de naturaleza a la multiplicidad de reacciones punitivas frente a un mismo hecho, y conlleva a la innegable instrumentalización del individuo. Tal postura, va en contra de la ideología de un Estado Social y Democrático de Derecho.

¹³⁴ Tribunal Constitucional de España, Sentencia del 30 de enero de 1981.

¹³⁵ PÉREZ MANZANO, Mercedes, *La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002

¹³⁶ RAMÍREZ VÁSQUEZ, op cit.

Trayter y Aguado, con fundamento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, concluyen que los fundamentos del Principio del Non Bis In Ídem, se ven matizados en las sanciones de “auto protección o sujeción especial”, en las que se considera que una misma conducta pueda trasgredir simultáneamente, el orden interno de la administración, protegido por la potestad disciplinaria y el ordenamiento general, respaldado por el derecho penal, permitiéndose entonces la dualidad de castigos, al considerar que se vulneraron diversas normas¹³⁷.

Las razones para que dicho principio se exceptúe en tales relaciones son las siguientes, según Ramírez Torrado¹³⁸:

1. El poder de auto-tutela de la administración, que solo busca proteger su orden interno.
2. Defensa de la Administración ante actuaciones antiéticas. Las sanciones disciplinarias tienen por finalidad la salvaguardia del prestigio y dignidad de la administración y tipifican el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la función pública.
3. La voluntariedad de las relaciones de sujeción especial. Es una situación voluntariamente aceptada por el individuo, quien decide asumir obligaciones más rigurosas.

Aclarando la misma autora que el poder que tiene la administración para sancionar a las personas vinculadas por una Relación de Sujeción Especial se encuentra limitado por los derechos fundamentales de las mismas o por la finalidad propia de dicha relación.

¹³⁷ TRAYTER y AGUADO, op cit.

¹³⁸ RAMÍREZ TORRADO, op cit.

Así mismo, Vázquez Portomeñe Seijas señala que, “El principio non bis in ídem, cuya vigencia en nuestro ordenamiento jurídico ha sido insistentemente respaldada por el Tribunal Constitucional, se manifiesta de modo desigual en el ámbito de las sanciones administrativas de heteroprotección o supremacía general y en los supuestos en que la sanción encuentra su razón de ser en el poder que posee la administración pública sobre sus funcionarios, como relación de supremacía especial. Se constata en efecto, la tendencia generalizada, tanto en la jurisprudencia como incluso en los textos legislativos a excepcionar su operatividad”¹³⁹.

Luego entonces, como lo afirma López Barja de Quiroga, no es que las Relaciones de Especial Sujeción sean una excepción a la aplicación del Principio Non Bis In Ídem, sino que en estos casos, no se reúnen los presupuestos para que dicho principio opere. Lo anterior en consideración a que se ha dicho que no existe identidad de fundamento entre la investigación penal y la investigación disciplinaria y por ende, no se cumple con uno de los requisitos para que opere el pluricitado Principio, es decir, que el “bien jurídico” protegido es distinto en cada uno de los regímenes. Textualmente, el citado autor señala:

“Es bastante común afirmar que estos casos, esto es, en los que existe una relación de especial sujeción, constituyen una excepción al principio non bis in ídem, sin embargo, lo cierto es que no se trata propiamente de una excepción sino de una no aplicación del indicado principio por no entrar en su ámbito de aplicación. En efecto, si conceptuamos el principio non bis in ídem como la no doble sanción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento, en los casos de relaciones de sujeción especial lo que ocurre es que el fundamento puede ser diferente. Esto conduce a que no debe existir automatismo entre la constatación de una relación de sujeción especial y una aplicación del Principio Non Bis In ídem. Dicha constatación es el primer paso del análisis, pero no el único. El siguiente paso será examinar si, además de esa especial relación, la fundamentación de las sanciones es diversa. En otras palabras, y dicho al contrario, si a pesar de la existencia de la relación de sujeción

¹³⁹ VÁSQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, op cit.

especial la fundamentación de las sanciones (administrativa y penal) es idéntica entonces será aplicable el principio non bis in ídem y no podrá existir duplicidad sancionatoria (administrativa y penal).

En definitiva, llegados a este punto cabría concluir que en realidad la existencia o no de una relación de sujeción especial es completamente indiferentes para la aplicación del principio non bis in ídem. En efecto, si lo importante y nuclear de la cuestión es que el fundamento sea idéntico o diverso, en ello nada afecta la existencia o no de la relación de sujeción especial. Si existe dicha relación y el fundamento de ambas sanciones es el mismo se aplicará el principio non bis in ídem impidiendo la duplicidad de sanciones y, si el fundamento es diferente, podrán aplicarse ambas sanciones; a las mismas conclusiones se llega si no existe la indicada relación de sujeción especial, por lo que, en realidad, lo único importante es el examen de la fundamentación de cada una de las sanciones.

La relación de sujeción especial solo tendrá interés precisamente en un sentido inverso al que se le atribuye: no para fundamentar la duplicidad de sanciones, sino para excluirlas cuando precisamente sea dicha relación un elemento especial de la autoría del tipo penal y, por tanto, cuando ya es tenido en consideración. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se trata de un funcionario público. No es lo mismo que se trate de un funcionario público que cometa un hurto a que cometa una malversación de caudales públicos, pues en este segundo caso, el tipo ya exige, y tiene en consideración en la pena que el autor sea un funcionario público¹⁴⁰.

Por su parte, Garberí Llobregat claramente señala que no existe duda alguna en que permitir doble investigación administrativa por unos mismos hechos, vulnera el Principio del Non Bis In ídem, pero acepta que en los casos en que existe una Relación Especial de Sujeción, se puede tramitar simultáneamente un proceso disciplinario y otro penal, en atención no solo al Principio de Jerarquía de la administración así como al significado eminentemente ético del derecho disciplinario, cuyo objetivo es salvaguardar el prestigio de la administración más no restaurar el orden social quebrantado; pero ello obedece única y exclusivamente a que existe un fundamento o bien jurídico protegido, distinto, precisamente por las finalidades

¹⁴⁰ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, op cit.

perseguidas tanto por el derecho penal, como por el disciplinario¹⁴¹.

Otro sector de la doctrina, considera que la Relación Especial de Sujeción, no puede constituir una patente de corso para desconocer los derechos fundamentales de las personas, que si bien, fungen como servidores públicos, siguen siendo personas titulares de unos derechos protegidos constitucionalmente.

En este sentido, debe traerse a colación lo considerado por el Tribunal Constitucional de España que de forma categórica y en el contexto de aceptar la doble investigación penal y disciplinaria, consideró en la sentencia STC 234/1991¹⁴²:

“...la existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte en efecto, **las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales** y tampoco respecto de ellas goza la administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación...” (resaltado nuestro).

Por su parte, Queralt Jiménez difiere del argumento según el cual, las investigaciones penal y disciplinaria pueden surtirse por el mismo hecho y contra la misma persona, porque no existe identidad de fundamento, en tanto ambos regímenes protegen bienes jurídicos distintos, al considerar que "...Solo desde una perspectiva que considere ajustada la inusitada potestad sancionadora que conservan las administraciones públicas españolas podría sustentarse la falta de identidad, basada en una aceptación puramente formal de la capacidad sancionadora estatal. En segundo lugar, el admitir la duplicidad de sanción penal y la basada en las etéreas

¹⁴¹ GARBERÍ LLOBREGAT, op cit.

¹⁴² Tribunal Constitucional de España, Sentencia del 10 de diciembre de 1991.

relaciones especiales de poder conlleva, como expresamente ha señalado la jurisprudencia constitucional ya reseñada, un debilitamiento del principio de legalidad, puesto que basta para que se sancione en virtud de una norma de carácter reglamentario y además, se baja el listón de la exigencia en el mandato de determinación"¹⁴³.

Igualmente, García de Enterría y Fernández muestran su reticencia a esta permisón, tratando de encontrar una solución y evitar la doble imposición de pena y sanción disciplinaria, proponiendo que la pena impuesta por la comisión de un delito, puede tener incidencia directa en la potestad disciplinaria, es decir, puede englobar la sanción. Resaltando además, la posibilidad que en el derecho español, el proceso penal prima sobre el administrativo, por lo que el inicio del primero, suspende el segundo y la sentencia penal vincula a la administración, pues según la sentencia del Tribunal Constitucional Español número 77 del 3 de octubre de 1983, “unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”¹⁴⁴.

Nieto García concluye señalando que “la garantía constitucional es un tigre de papel que puede sortearse mediante el simple arbitrio de invocar intereses jurídicos distintos”. Y señala también que “El enorme desarrollo que ha experimentado la regla del non bis in ídem se refiere fundamentalmente a las relaciones entre penas y sanciones o, mejor todavía, entre los órganos jurisdiccionales penales y administrativos sancionadores. Un planteamiento que a todas luces no vale para el concurso de infracciones administrativas”¹⁴⁵.

Y Trayter Jiménez, señala que efectivamente entre el ilícito penal y el ilícito administrativo pueden existir diferencias de matiz, pero que no es lo suficientemente

¹⁴³ QUERALT JIMÉNEZ, Joan J, *El principio del Non bis in ídem*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1992.

¹⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, op cit.

¹⁴⁵ NIETO GARCÍA, op cit.

trascendental como para justificar la inaplicación del Non Bis in ídem. Además, tampoco considera como un dogma claro y evidente, que el derecho disciplinario se limite a proteger su propia organización y el derecho penal, preserve el buen servicio a la sociedad. Por lo que plantea como solución, tener presentes las funciones de las penas en un Estado Social de Derecho. Recuerda que el Estado es un todo y no una serie de compartimentos diferentes y aislados entre sí.

En conclusión, a pesar de que en Colombia se dé por sentado ya, que no se vulnera el Non Bis In Ídem cuando se adelantan un proceso disciplinario y un proceso penal por los mismos hechos, y que en España, ello haya sido aceptado jurisprudencialmente, en atención a la diferencia de fundamento de dichos regímenes y a la Relación Especial de Sujeción que ata al destinatario de los dos procesos y/o sanciones con el Estado, un amplio sector de la doctrina se niega a aceptar que ello ocurra, toda vez que tanto el derecho penal como el derecho disciplinario hacen parte del *ius puniendi* del Estado, porque no ven tan clara la diferencia de fundamento que se predica y porque consideran además que la existencia de la pluricitada Relación Especial de Sujeción no convierte al funcionario en un sujeto sin derechos.

Por lo tanto, si no existe claridad entre la concurrencia de procesos disciplinario y penal, es muy cuestionado lo referente a la concurrencia de procesos disciplinarios¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Entre otros, Belén Marina Jalvo considera que el Principio del Non Bis in Ídem impide también que una misma conducta pueda ser objeto de doble sanción disciplinaria. JALVO, op cit.

CAPÍTULO 3

3.1. Artículo 19 de la Ley 1123 de 2007. Destinatarios de la Potestad Disciplinaria en el Régimen de los Abogados.

La Ley 1123 de 2007, consagra en su artículo 19 los destinatarios de ese Código así:

“ARTÍCULO 19. DESTINATARIOS. Son destinatarios de este código los abogados en ejercicio de su profesión que cumplan con la misión de asesorar, patrocinar y asistir a las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, en la ordenación y desenvolvimiento de sus relaciones jurídicas así se encuentren excluidos o suspendidos del ejercicio de la profesión y quienes actúen con licencia provisional.

Se entienden cobijados bajo este régimen los abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio, así como los curadores ad litem. Igualmente, lo serán los abogados que en representación de una firma o asociación de abogados suscriban contratos de prestación de servicios profesionales a cualquier título” (resaltado nuestro).

Anterior norma que en concordancia con el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, que consagra: “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...”; creó una controversia, al abrir la posibilidad de que un abogado que funge como Servidor Público pueda ser investigado y sancionado disciplinariamente dos veces de forma simultánea y concurrente, debido a las dos condiciones que ostenta, por un lado puede ser sujeto disciplinable por la Oficina de Control Interno Disciplinario de la entidad pública donde labora o a través de la Procuraduría General de la Nación por su calidad de

servidor público y de otro, por las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales y Superior de la Judicatura, por su condición de profesional del derecho.

En principio, se advirtió una colisión de competencias entre las dadas a la Procuraduría General de la Nación en ejercicio del mandato dado por la Constitución Política, así como a los Órganos de Control Disciplinario Interno de las Entidades Públicas y, las otorgadas por la Constitución y la ley, a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en la sentencia C- 899 de 2011, analizó dicha normativa y resolvió el asunto, declarándola exequible, decisión que a nuestro modo de ver, desconoce flagrantemente el Non Bis In Ídem, tal como pasa a explicarse.

3.2 Sentencia C-899 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia.

La Corte Constitucional de Colombia, en sentencia emitida el 30 de noviembre de 2011¹⁴⁷, declaró la exequibilidad del inciso segundo del artículo 19 de la Ley 1123 de 2007, que reza: “Se entienden cobijados bajo este régimen los abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio”, con fundamento en los siguientes argumentos:

1. Al analizar el Non Bis in ídem, la Corte señaló que la prohibición del artículo 29 constitucional se debe analizar en relación con actuaciones estatales de la misma naturaleza y finalidad sin que sea posible afirmar su desconocimiento cuando se trate de procedimientos regidos por normativas con un contenido y objeto diversos, porque ellos sería someter las competencias de distintos órganos del Estado a la actuación

¹⁴⁷ República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-899 del 30 de noviembre de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

de aquel que primero inicie o produzca un resultado concreto frente al sujeto investigado.

De aceptarse que un mismo hecho no puede dar origen a actuaciones o procesos diversos frente a un mismo individuo, podría generar consecuencias tales como que una vez una autoridad determinada inicie o profiera un resultado concreto frente a un individuo, otras pierdan su competencia para cumplir la función que les corresponde. Por ejemplo, si en el campo penal se produce un resultado determinado, las actuaciones en lo fiscal, lo disciplinario, lo correccional deberían cesar, conclusión contraria, entre otros, al mandato de los artículos 6, 124 y 211 de la Constitución en relación con la responsabilidad de los servidores y particulares que cumplen funciones públicas y las competencias de entes como la Procuraduría General de la Nación; la Contraloría General de la República; el Consejo Nacional Electoral; el Consejo de Estado y los consejos seccionales y superior de la Judicatura, entre otros, que tienen funciones diversas.

2. El inciso acusado no puede entenderse como la exclusión del control disciplinario por parte de la Procuraduría General de la Nación, puesto que todos los servidores y particulares que desempeñen función pública son disciplinables por la violación de sus deberes funcionales en los términos regulados en la Ley 734 de 2002, actual Código Único Disciplinario.

Toda vez que la norma en comento no excluye la competencia de la Procuraduría para investigar a los funcionarios públicos que sean abogados y que ejerzan su profesión en dicha labor.

3. Para la Corte, el artículo 19 de la Ley 1123 de 2007 está planteando que todos los abogados que cumplan con la misión de *asesorar, patrocinar y asistir* a las personas naturales o jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público son sujetos

pasibles de este estatuto. El inciso segundo aclara que se entienden incluidos en dicho régimen los abogados que tengan una relación subjetiva con el Estado como servidores públicos o particulares en ejercicio de una función administrativa en lo que hace al ejercicio de su profesión, es decir, cuando el objeto de la vinculación con el Estado sea, precisamente, el de asesorar, patrocinar y asistir a una entidad estatal en el desarrollo de la función asignada.

Aclaración que se hace necesaria, en la medida en que en las entidades públicas vinculan como servidores a abogados para que en desarrollo de ese vínculo con el Estado, ejerzan a plenitud la profesión, prestando su asesoría y representando al ente en procesos judiciales o ante terceros. V.gr. Los directores jurídicos de las entidades públicas u otros empleados que tienen entre sus funciones la representación o reciben poder para tal efecto, piénsese en las conciliaciones y arreglos directos por señalar unos pocos ejemplos.

4. En criterio de la Corte, el inciso acusado sólo tiene una interpretación plausible: los abogados que en su condición de servidores o particulares que ejerzan función pública deban ejercer la profesión, quedan sujetos a las regulaciones del Código Disciplinario del Abogado por las faltas que lleguen a cometer en su ejercicio, sin que ello excluya la competencia de los órganos disciplinarios encargados de velar por el correcto ejercicio de la función pública. En consecuencia, éstos serán responsables ante i) la Procuraduría General de la Nación o la oficina de control interno disciplinario, según sea el caso, en su condición de servidores o particulares que ejercen función pública en los términos de la Ley 734 de 2002, por la violación de sus deberes funcionales y ii) los Consejos seccional o superior de la Judicatura, por la violación de la normativa que rige la profesión de abogado, Ley 1123 de 2007.

Esta interpretación del inciso acusado se ajusta a la competencia del Procurador General de la Nación, artículo 277 numeral 6 de la Constitución y a la de los

Consejos Seccionales y el Superior de la Judicatura, en los términos del artículo 256 numeral 3 de la Carta.

5. El objeto de la normativa en estudio, es que todos los abogados que ejerzan la profesión respondan por su correcto ejercicio, finalidad que se vería frustrada si se admitiera que algunos juristas en ejercicio no pueden ser investigados por el tribunal que vigila la conducta de estos profesionales, por el hecho de ostentar la calidad de servidor público o particular que ejerce función pública. No se puede confundir la protección en el correcto ejercicio de una profesión y el cumplimiento de los deberes que ella impone, con el desarrollo de la función pública y las obligaciones que se derivan de su ejercicio. En el primer caso, compete su vigilancia a los Consejos Seccionales y Superior de la Judicatura, artículo 256 numeral 3 de la Constitución y, en el segundo, a la Procuraduría General de la Nación, distinción que entendió claramente el legislador en el precepto que se acusa.

6. No todos los servidores o particulares que ejercen función pública y sean abogados están sujetos a la potestad disciplinaria de los Consejos Seccionales y Superior de la Judicatura. Solo lo están quienes en razón de su especial vinculación con el Estado deben ejercer la profesión, entendida ésta como *asesorar, patrocinar o representar* al ente para el cual se está vinculado.

7. Aceptar que un abogado que practique la profesión y lo haga en desarrollo del vínculo subjetivo que tiene con el Estado, pueda ser sujeto pasible de investigaciones tanto por la Procuraduría General de la Nación y del Consejo Seccional y Superior de la Judicatura, tampoco desconoce el Principio del Non Bis in ídem, por cuanto no hay similitud en la naturaleza, objeto y la autoridad que conoce de las faltas que pueda cometer ese individuo.

Advierte la Sala que una es la naturaleza de la función que debe cumplir en el ámbito

disciplinario la Procuraduría General de la Nación y otra muy diferente la que cumplen los Consejos Seccionales y Superior. En el primer caso, se busca la protección y el correcto funcionamiento de la función pública, razón por la que el servidor vinculado con el Estado para ejercer su profesión a través del litigio, el asesoramiento y la representación, entre otros, debe responder por la violación del deber funcional en los términos de la regulación que rige la conducta de los servidores públicos, Ley 734 de 2002.

En el segundo caso, se busca el correcto y adecuado ejercicio de la profesión de abogado como la observancia de los principios éticos que la rigen, en razón de las implicaciones que ésta tiene en el tráfico de las relaciones surgidas en la sociedad y su importancia para cumplir los fines asignados al Estado, entre ellos, la protección y promoción de los derechos fundamentales de los individuos.

En ese orden, la posibilidad de investigar disciplinaria y éticamente a un servidor o particular que ejerza función pública cuando en desarrollo de ese vínculo ejerza plenamente su profesión de abogado, responde a objetivos diversos a los que tiene la autoridad que vigila la conducta de los abogados en ejercicio, hecho que impide afirmar que exista un desconocimiento de la prohibición de doble juzgamiento en los términos del artículo 29 constitucional y la jurisprudencia constitucional.

Se reitera, un mismo hecho puede originar varios procesos, lo importante es que éstos respondan a objetivos diversos. En el caso en estudio, esa exigencia se cumple, porque, por una parte, el proceso disciplinario busca proteger la función pública y los principios que la rigen, artículo 209 constitucional y, por la otra, el proceso ético propugna por el correcto desempeño de la profesión de abogado, cuyo fundamento se encuentra en los artículos 26 y 256, numeral 3 constitucional.

Igualmente, cada una de estas actuaciones responde a normativas diferentes y su

imposición corresponde a autoridades con funciones constitucionalmente diversas. Por una parte, la Procuraduría General, que en virtud del artículo 277 numeral 6, ente al que se le asignó la vigilancia superior de la conducta oficial como la investigación y sanción de los servidores públicos por la infracción de los deberes funcionales y por otra, la de los Consejos Seccional y Superior de la Judicatura, en los términos del artículo 256 numeral 3 de la Carta, que asigna a estos órganos colegiados la competencia para examinar y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión.

Precisamente el inciso acusado del artículo 19 de la Ley 1123 de 2007 establece que los destinatarios de esa normativa son los abogados que ejerzan función pública, pero sólo en lo relacionado con dicho ejercicio, es decir, que la competencia de los Consejos Seccional y Superior de la Judicatura frente a los servidores que deben ejercer su profesión, lo es por el desconocimiento de las normas de conducta que rigen esa especial actividad profesional y no por el ejercicio de la función pública, como parece lo entendían el demandante y el Procurador General de la Nación.

Para la Corte era claro que independientemente de la relación que una persona pueda tener con el Estado, bien como servidor público bien como particular en ejercicio de función administrativa y las responsabilidades que por esa especial sujeción puedan surgir, aquella debe responder por la forma como ejerce su actividad profesional si ésta es la razón de su vínculo con el ente estatal, no entenderlo así, sería entronizar un trato discriminatorio entre los individuos que ejercen una determinada profesión u oficio, en desmedro del derecho a la igualdad que consagra el artículo 13 constitucional, por cuanto algunos individuos por razón de su relación con el Estado y pese a estar desplegando o desarrollando su profesión, quedarían excluidos de ser investigados y sancionados por su incorrecto ejercicio.

Admitir la postura del actor y del Ministerio Público, implicaría por ejemplo, que frente

a otras profesiones no se genere una responsabilidad por la violación de los códigos de conducta. Así, por ejemplo, los médicos vinculados al Instituto de Medicina Legal no deberían responder ante los Tribunales de Ética Médica por variar un dictamen pericial o los médicos vinculados como empleados o trabajadores a una ESE por no atender en tiempo a un paciente.

Se recuerda, en la sentencia C-259 de 1995, se concluyó que las sanciones impuestas por el Tribunal de ética médica no son excluyentes de las penales, civiles o administrativas derivadas del mismo comportamiento, en la medida en que son regidas por normativas diferentes e impuestas por autoridades diversas.

En el mismo sentido, en la sentencia C-597 de 1996, se señaló que no vulnera la prohibición del artículo 29 el que una persona sea sancionada a su vez por una infracción monetaria y por la Junta Central de Contadores, por ausencia de identidad en la causa y el objeto en cada uno de los procesos.

8. La Corte Concluyó que la facultad que tienen los Consejos Seccional y Superior de la Judicatura para investigar y sancionar a los abogados que desarrollen la profesión en ejercicio del vínculo con el Estado, no desconoce ni la competencia de la Procuraduría General de la Nación ni la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

En el primer caso, porque la competencia del Procurador General se mantiene incólume para investigar y juzgar a los servidores y particulares que ejercen función pública por la infracción del deber funcional, independientemente de la profesión que ostenten. En el segundo, porque las sanciones que están llamados a imponer los Consejos Seccionales y Superior de la Judicatura difieren en su naturaleza y objeto de las que debe imponer el Procurador General de la Nación, razón por la que una misma conducta puede dar origen a que se active la competencia de esos dos entes,

sin que se desconozca la prohibición de doble juzgamiento que establece el artículo 29 Constitucional.

3.3 Análisis de la decisión de la Corte Constitucional

Para desconocer el doble juzgamiento por los mismos hechos, la Corte se fundamenta en las siguientes premisas:

- Diferencias de procedimiento entre uno y otro juicios: El de los abogados se rige por la Ley 1123 de 2007 el cual es oral, mientras que el de los funcionarios Públicos se rige por la Ley 734 de 2002 y es escrito.
- Diferentes jueces: El de la Ley 1123 de 2007 está a cargo de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Seccionales del País en primera instancia y de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, en segunda instancia; mientras que el de la Ley 734 de 2002 está a cargo de las Oficinas de Control Interno Disciplinario de las distintas entidades y de la Procuraduría General de la Nación.
- Diferentes sanciones en unos y otros regímenes, tanto la Ley 1123 de 2007 (multa, censura, suspensión y exclusión de la profesión) como la Ley 734 de 2002 (multa, suspensión, destitución, inhabilidad, entre otras) tienen un catálogo de sanciones de naturaleza distinta.
- Diferentes finalidades en la consagración de regímenes. Por una parte, el proceso disciplinario busca proteger la función pública y los principios que la rigen, artículo 209 constitucional y, por la otra, el proceso ético propugna por el correcto desempeño de la profesión de abogado, cuyo fundamento se encuentra en los artículos 26 y 256, numeral 3 constitucional.

Circunstancias anteriores que no sólo desconocen el Principio del Non bis in ídem sino también el derecho a la igualdad de ese empleado público, que por serlo va a ser objeto de doble juzgamiento disciplinario, so pretexto de garantizar la eficiencia y eficacia de la administración pública por un lado y el ejercicio de la profesión de abogado, por el otro.

Es decir, se anteponen las finalidades de los dos regímenes ante los derechos de la persona que ostenta la doble condición de abogado-servidor público y se crea un presupuesto adicional del Non Bis in ídem, cambiando el fundamento de los procesos adelantados por la finalidad de los mismos.

Se entiende que la razón por la cual se aceptó la concurrencia de las acciones penal y disciplinaria es la diferencia de causa, pues mientras el andamiaje penal protege bienes jurídicos, el derecho disciplinario, busca el cumplimiento de unos deberes, en el caso de los abogados, profesionales y en el caso de los servidores públicos, funcionales.

Sobre este tema, de vieja data y por vía jurisprudencial, se ha dejado sentado que el ejercicio de estas dos acciones contra una misma persona y por el mismo hecho no constituyen violación al Principio del Non bis in ídem, por cuanto no se puede afirmar válidamente que exista identidad de fundamento ni de causa, pues los bienes jurídicamente tutelados son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege.

Sin embargo, las dos acciones disciplinarias que ahora pueden ejecutarse contra una misma persona y por un mismo hecho, persiguen ambas el cumplimiento de deberes, luego no entiendo cuál es esa diferencia que se predica. Es evidente que los dos procesos disciplinarios tienen el mismo fundamento.

Tampoco considero que el argumento esgrimido por la Corte Constitucional en la

citada C-899 de 2011, sea suficiente para justificar ese doble enjuiciamiento disciplinario, pues en la pluricitada sentencia, se dijo que *“El objeto de la normativa en estudio es que todos los abogados que ejerzan la profesión respondan por su correcto ejercicio, finalidad que se vería frustrada si se admitiera que algunos juristas en ejercicio no pueden ser investigados por el tribunal que vigila la conducta de estos profesionales, por el hecho de ostentar la calidad de servidor público o particular que ejerce función pública. No se puede confundir la protección en el correcto ejercicio de una profesión y el cumplimiento de los deberes que ella impone, con el desarrollo de la función pública y las obligaciones que se derivan de su ejercicio”*.

Por lo tanto, si el objeto de la vinculación del abogado es asesorar, patrocinar y asistir a la entidad estatal, esas mismas funciones van a tener una doble vigilancia disciplinaria. Cómo poder escindir ese ejercicio de la profesión de la actividad que como servidor cumple según sus conocimientos jurídicos?, pues el concepto, la asistencia o el asesoramiento es inherente al cargo que como abogado se le asigne, si se entiende la ética como marco o guía del comportamiento en ambos casos, en tanto no se puede pasar inadvertido que, al abogado lo rige la ética profesional y al servidor público la ética funcional, cuál es la diferencia entonces?, ninguna por cierto, porque al ejercer la abogacía como servidor del Estado se involucran ambos conceptos.

Es decir, cuando esas dos funciones se confunden o mezclan en una sola, que no es otra que el desempeño de un cargo público, para el que se requieren ciertos conocimientos del derecho, no es de recibo que la persona sea investigada disciplinariamente dos veces, una como abogado y otra como servidor.

Señalar que vulnera el derecho a la igualdad permitir que los abogados-servidores públicos no sean investigados por la Jurisdicción Disciplinaria, que regula el comportamiento de los profesionales del derecho, es a todas luces violatorio de la

Dignidad Humana, porque el Estado pretende sancionar dos veces a una persona que ejerce una única función, solo que se le exigen unos conocimientos especializados para ello.

En el Estado Constitucional de Derecho, la potestad sancionadora, en este caso, la disciplinaria, debe ceñirse a unos límites estrictos consagrados en la Constitución y en la Ley y todos ellos giran en torno al concepto de Dignidad Humana, la cual se ve seriamente afectada cuando una persona permanece en un estado de indefinición jurídica y de indefensión, al permitirse que un mismo hecho pueda ser investigado y sancionado disciplinariamente dos veces, por entes que hacen parte de un mismo Estado.

No puede olvidarse que se trata de dos procesos deontológicos, que buscan que las personas que tienen con el Estado una Relación Especial de Sujeción, se comporten como la sociedad espera que lo haga, esto es, acorde con unos parámetros establecidos, que no son otros que los deberes y prohibiciones fijados para ejercer su profesión o la labor pública encomendada.

No tiene sentido sentar la diferencia por el concepto de violación, en asuntos que se identifican por custodiar deberes, independientemente que se trate de funcionales y profesionales, pero son al fin de cuentas deberes, base sobre la cual ha desarrollado la dogmática disciplinaria la ética o comportamiento de los sujetos disciplinables¹⁴⁸.

Luego entonces, si son los deberes el marco de referencia para regular una u otra conducta, entonces, por qué sancionar dos veces por el mismo hecho?, indefectiblemente se afrenta contra la garantía del Non bis in ídem -como integrante del debido proceso-, máxime cuando se entiende que en ambos casos se asimila a

¹⁴⁸ La misma Corte Constitucional, en la sentencia C- 721 de 2015, ya citada, señala que *“desde el punto de vista interno, el fundamento de la imputación de la responsabilidad disciplinaria está determinado por la infracción de los deberes”*

normas subjetivas de determinación.

Por lo tanto, es en la identidad de causa, donde se presenta la distorsión o, mejor, permisión para que por un mismo hecho se le declare responsable a una persona de diferentes maneras y por varias vías, no obstante que jurisprudencial y doctrinalmente, se llenen páginas como tema inagotable, hablando de la supremacía de la persona humana y la protección a su dignidad, al ser considerada como fin en sí misma, no en vano los principios y normas rectoras vienen estipulando el reconocimiento de la dignidad humana; pero tal concepción parece dar un viraje extremo cuando de aplicar el derecho punitivo se trata, en tanto se instrumentaliza a la persona para conseguir los fines, pasando a ser entonces un medio.

Esto está claramente demostrado, cuando la Corte en la sentencia C-899 de 2011, prevalece las competencias de las distintas instituciones del Estado, sobre los derechos de la persona doblemente investigada, al señalar que no se puede evitar que una institución cumpla con su función investigadora y sancionadora, por el hecho que otra autoridad determinada haya iniciado o proferido un resultado concreto frente al mismo individuo.

Postura a todas luces contraria además, a la coherencia del sistema jurídico que pregonan en países como Colombia y España, en el que precisamente se aplica el Non Bis In ídem, en aras de evitar decisiones contradictorias por parte de distintas autoridades, que hacen parte de un mismo ordenamiento. Y además de la seguridad jurídica que debe regir todo Estado de Derecho¹⁴⁹.

¹⁴⁹ En varias la Corte Constitucional Colombiana ha establecido que los fundamentos de existencia del principio non bis in ídem son la seguridad jurídica y la justicia material. En la sentencia T-537 de 2002, la Corte sostuvo que: *“Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y*

Es evidente que en la citada sentencia la Corte Constitucional creó requisitos adicionales para inaplicar el Principio del Non Bis in ídem, pues no se refirió a la identidad de fundamento de los dos procesos –lo que en el presente caso ocurre-, sino que trajo a colación que los dos procesos son llevados por entidades distintas, regidos por leyes distintas, que tienen una naturaleza y objetivos diferentes y además, estableció como presupuesto para adelantar las dos investigaciones, la naturaleza de las sanciones que cada uno de los regímenes establecen, cuando tales requisitos no hacen parte de dicho precepto.

Considero que la Corte Constitucional en la aludida sentencia, se ciñe a criterios meramente formales para avalar el doble enjuiciamiento disciplinario contra la persona que ostenta la condición de abogado y servidor público de forma simultánea, es decir, aquella persona que tiene una doble Relación de Sujeción con el Estado.

Como se señaló en el acápite pertinente, la identidad de fundamento hace alusión a que los procesos adelantados deben proteger los mismos bienes jurídicos, es decir, se debe establecer si las medidas sancionadoras responden a una misma naturaleza.

Pero esa distinta naturaleza no se refiere a la naturaleza de las entidades que adelantan las investigaciones o imponen las sanciones, porque obviamente, va a ser distinta, sino a los procesos que se surten contra la misma persona y por el mismo hecho, que en este caso, se trata de dos procesos disciplinarios, es decir, son dos especies del mismo género. Y por ende, si hubiese dictado una decisión coherente con su precedente jurisprudencial, la Corte Constitucional de nuestro país hubiese

decisión. En virtud de ese principio, cualquier persona cuenta con la seguridad de que las decisiones definitivas que se han proferido en los procesos tramitados en su contra, con miras a establecer su responsabilidad penal o disciplinaria, realizan la justicia en cada caso particular e impiden que los mismos hechos puedan ser objeto de posteriores debates. Por ello se dice que el principio non bis in ídem es una manifestación de la seguridad jurídica y una afirmación de la justicia material".

declarado la inexecutable del precepto estudiado.

En efecto, en la sentencia aludida, se consideró que *“El aserto anterior se corrobora al analizar la jurisprudencia de esta Corporación que ha reconocido que la violación de esta prohibición se presenta cuando se está en presencia de una actuación sancionatoria del mismo género o naturaleza”*. Empero, al momento de resolver, se desconoció que son dos procesos disciplinarios, deontológicos, que protegen deberes de conducta.

Tampoco es suficiente el argumento referente a que el proceso disciplinario contra abogados se rige por la Ley 1123 de 2007 y el proceso disciplinario contra funcionarios públicos se rige por la Ley 734 de 2002, pues no se tuvo en cuenta que los dos son procesos éticos y que las dos normativas citadas consagran una serie de deberes que deben acatarse, so pena de incurrir en falta, teniendo las dos, la misma concepción de antijuridicidad¹⁵⁰.

Además, la Corte ya había decidido que *“cuando dos juicios disciplinarios con base en regímenes distintos coincidan de manera transitoria y circunstancial, la norma que permite que ello suceda no es fácilmente compatible con el principio non bis in ídem”*¹⁵¹. Y para ello trajo a colación lo considerado por esa misma Corporación en la sentencia C-358 de 1997, en la que al analizar la concurrencia de procesos disciplinarios en los servidores de la rama judicial y de las fuerzas militares, concluyó que *“En estas condiciones, la coincidencia de regímenes disciplinarios podría afectar los principios constitucionales relativos al debido proceso o el principio non bis in ídem”*¹⁵². Y en aras de buscar una solución que no contrariara dicho precepto, decidió que en los casos en los que una misma persona está sometida al mismo tiempo a

¹⁵⁰ En palabras de GARCÍA ALBERO, se trata del *mismo contenido del injusto*. op cit.

¹⁵¹ C-870 de 2002, op cit.

¹⁵² República de Colombia, sentencia C-358 del 5 de agosto de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

dos regímenes sancionatorios diferentes por la eventual transgresión a los reglamentos disciplinarios de los servidores de la rama judicial y de las fuerzas militares, entonces los funcionarios y empleados del Tribunal Superior Militar estarán sometidos en primer término al régimen disciplinario establecido para la Rama Judicial. Para decidir lo anterior, la Corte aplicó un criterio de especialidad, de acuerdo al cual, como el sujeto activo está investido de funciones judiciales durante el momento en que realiza la conducta sancionable, se debe preferir el régimen especial de los funcionarios judiciales en lugar del reglamento disciplinario general de los miembros de la fuerza pública, al cual está sujeto en todo momento. Pero si hubiere vacío en dicho régimen, entonces se ha de aplicar en segundo término el régimen disciplinario de la fuerza pública.

Sin embargo, en el presente caso, la Corte no optó por una decisión de este tipo, respetuosa de los derechos de los ciudadanos, sino que permitió que sin importar que se trate de dos procesos que tienen la misma naturaleza, el abogado- servidor público, pueda ser investigado y sancionado disciplinariamente tanto por la Jurisdicción Disciplinaria, como por las oficinas de control interno o por la Procuraduría General de la Nación.

Desconociendo su precedente y permitiendo que una misma conducta pueda ser juzgada dos veces, al estar estipulada como falta en los dos regímenes en comento.

En efecto, el jefe de la Oficina Jurídica de una entidad pública, que ostenta la condición de abogado y que tiene como función, la representación judicial de la entidad, al dejar de hacer las gestiones propias de dicha labor, puede incurrir en la falta disciplinaria prevista en el artículo 37 numeral 1º de la Ley 1123 de 2007 por desconocer el deber de celosa diligencia profesional, consagrado en el canon 28 numeral 10 de la misma normatividad y además puede incurrir en falta al desconocer el deber funcional previsto en el numeral 2º del artículo 34 de la Ley 734 de 2002,

referente a cumplir con diligencia, eficiencia e imparcialidad el servicio que le fue encomendado.

Dejando de lado la Corte, criterios como el de especialidad, aplicado en la sentencia de 1997, prevaleciendo la condición de servidor público sobre la de abogado, en virtud de la trascendencia de la función encomendada. Y optando entonces, por la posición que va en contravía del principio *Pro homine* al permitir que pueda ser investigado y sancionado dos veces por el mismo hecho, en procesos que tienen el mismo fundamento, esto es, el desconocimiento de deberes.

Se olvidó que el Estado Social de Derecho tiene como fundamento al hombre, por eso se denomina “sistema antropocéntrico”¹⁵³, siendo la función de los jueces, velar por la protección de sus derechos fundamentales y no, como ocurrió en el presente caso, dejarlos de lado y permitir la doble punición disciplinaria.

De otro lado, cuando se habla de la cosa juzgada o la prohibición de doble investigación por la misma causa, suele generarse la discusión válida si esa conducta debe o no ser investigada y sancionada por varios regímenes de diferente naturaleza o, de la misma naturaleza pero que difieran en su esencia. Consecuencia de esa determinación, por los mismos hechos pueda irrogarse entonces una o varias responsabilidades como resultado de inobservar siempre un deber ser.

Quizá pueda entenderse la doble incriminación si se relaciona con conductas punibles y conductas disciplinarias para ser juzgadas por instituciones diferentes en una misma persona, como está decantado en la ley y la jurisprudencia Colombianas, pero cuando se trata de la doble incriminación por vía disciplinaria, es mayor la

¹⁵³ IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. La Cosa Juzgada y el Non Bis in Ídem en el Sistema Penal. Una visión para el cumplimiento del Estado Social de derecho. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1997.

desazón y desconcierto.

Sobre todo, cuando la Corte Constitucional, en la sentencia C-899 de 2011, permite la doble investigación disciplinaria, trayendo a colación los argumentos que autorizan el doble enjuiciamiento penal y disciplinario.

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte lo peligroso que se ha convertido para el Estado Colombiano el servidor público, quien puede ser investigado y penalizado, investigado y disciplinado por la Procuraduría General de la Nación, investigado y disciplinado por la Jurisdicción Disciplinaria e investigado y declarado responsable fiscalmente al mismo tiempo, sin dejar de lado el castigo que se genera por las reglas del trato social. Con estas variantes, es posible afirmar que el servidor público para el funcionamiento del Estado, se ha constituido en una persona altamente peligrosa por el solo hecho de acceder a la administración pública, de allí el establecimiento de infinitas formas de perseguirlo y cuestionarlo, pues como eslogan se ha tenido el derecho disciplinario para hacer cumplir los fines del Estado, en su rol de custodio del comportamiento de las personas vinculadas al servicio. Pero se está abusando de esa facultad sancionadora al punto tal que derechos fundamentales como el Non Bis In ídem, quedan prácticamente aniquilados.

No puede servir de patente de corso, para desconocer los derechos fundamentales de una persona la existencia de una Relación Especial de Sujeción con el Estado, relación a la que si bien, se accede de forma voluntaria, ello no implica la renuncia a los derechos y garantías que el Estado Social de Derecho le reconoce a todos los individuos, sin distinción alguna por su raza, sexo, origen, lengua y religión y menos aún, por su condición laboral.

Bajo ese panorama se ha catalogado al servidor público que ostente la condición de abogado, como sujeto disciplinable por dos regímenes y jueces diferentes, por el

mismo hecho o conducta verificables por quien aplica el derecho disciplinario a nombre del Estado, argumento legal avalado por la Corte Constitucional, al declarar conforme a la Constitución (C-899 de 2011), que bajo el derecho disciplinario de los abogados deben tenerse cobijados los profesionales del derecho que desempeñen funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio, tal como lo previó la Ley 1123 de 2007 en su artículo 19, inciso 2º.

No obstante ese aval, se considera que el trasfondo de esa permisión desconoce derechos fundamentales de los servidores públicos que por haber escogido la liberal profesión de la abogacía, tienen el estigma de ser propensos a faltar al deber funcional y con el mismo hecho al deber profesional, por ende, sujetos disciplinables por doble vía disciplinaria, que independiente del juez competente, es potestad en cabeza del Estado, desconociéndose la garantía del Non Bis In Ídem, pues en ambos casos están inherentes deberes profesionales y funcionales, siendo evidente la identidad de causa o fundamento.

Sin que pueda considerarse como una efectiva protección del Non Bis In Ídem, y demás derechos de los abogados-servidores públicos, la restricción señalada por la Corte referente a que solo se hace alusión a los abogados en lo relacionado con dicho ejercicio, ámbito que no fue limitado a pesar de querer hacerlo, pues las entidades públicas buscan a un profesional del derecho para que los asesore, patrocine o represente judicialmente. Es decir, esa presunta restricción, no sirve de nada, cuando de proteger los derechos fundamentales, se trata, pues la generalidad de los abogados-servidores públicos, están inmersos en esa permisión de doble investigación.

Además, así se tratase de un solo caso el permitido, igualmente existiría la vulneración de la citada garantía.

De otra parte, nada dijo la Corte Constitucional sobre los fines de las sanciones disciplinarias impuestas tanto a los servidores públicos, como a los abogados en el ejercicio de la profesión, que conforme lo disponen los artículos 16 de la Ley 734 de 2002 y 11 de la Ley 1123 de 2007, tienen unas funciones preventiva y correctiva, por ende, tampoco se analizó si tener dos sanciones disciplinarias por un mismo hecho, es necesario y adecuado para lograr esos fines o si basta con una sola para alcanzarlos.

También guardó silencio la Corte Constitucional sobre la inhabilidad para ser servidor público prevista en el numeral 3º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, referente a *“Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, **o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de ésta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma**”*.

Es decir, el legislador ya previó una consecuencia adversa al servidor público-abogado que sea sancionado en el ejercicio de la profesión, inhabilitándolo para ejercer el cargo por tal motivo, empero, la Corte avala que además de dicha inhabilidad, se le pueda imponer otra sanción por un mismo hecho, es decir, con la decisión de la Corte, serían 3 las consecuencias adversas para esta persona.

En este orden de ideas, se estima que ha desaparecido de nuestro ordenamiento jurídico la prohibición de la doble incriminación, universalmente concebida, aunque al mismo hecho se le de una denominación diferente, para lo cual se valió el legislador y la jurisprudencia constitucional de sofismas que distrajeron la atención de la misma conducta a estadios y campos diversos, patentaron así una contrariedad con los valores de dignidad y se liberó al Estado de esa barrera para aplicar sin límites, por lo menos en ese aspecto, la potestad sancionadora.

Sumado a lo anterior, si la doble investigación penal y disciplinaria no viola el Non Bis

In ídem, como está decantado en nuestro ordenamiento jurídico, en el sentido de señalar que al proteger el derecho disciplinario deberes funcionales o profesionales y el derecho penal, bienes jurídicos, tienen fundamentos distintos y por ende, las dos acciones son compatibles¹⁵⁴, cuál es la razón para que el doble enjuiciamiento disciplinario, teniendo el mismo fundamento, no viole el Non Bis In Ídem según la conclusión de la Corte Constitucional (C-899 de 2011).

El planteamiento de la Corte Constitucional sobre este punto es abiertamente contradictorio, por cuanto en un caso (disciplinario-penal) el fundamento distinto permite concluir que son compatibles los dos procesos, mientras que en el otro caso (disciplinario-disciplinario), a pesar de que el fundamento es el mismo, la Corte llega a la misma conclusión. Es decir, para dos casos similares, aplicando la misma premisa (fundamento), llegó a dos conclusiones distintas, violando su propio precedente, sin explicar la razón del cambio de jurisprudencia.

Para evitar este flagrante desconocimiento del Principio del Non Bis in ídem, la Corte Constitucional debió explorar alternativas tales como hacer prevalecer el vínculo que tienen los abogados-servidores públicos con el Estado, en atención a la importancia de la función que cumplen y por ende, indicar que la competencia estaba en cabeza de la administración o señalar, como lo hizo el Consejo de Estado en fallo del 22 de mayo de 2001, que el ejercicio de la abogacía comprende actividades tales como el litigio, la asistencia y representación y la asesoría *“tanto en forma independiente como subordinada, así como las mismas actividades cumplidas en el ejercicio de*

¹⁵⁴ La Corte Constitucional en la sentencia C- 244 del 30 de mayo de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz, señaló: “Cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios”.

cargos en todas las ramas del poder y en los demás órganos del Estado y en empleos privados”, y mantener la competencia en la jurisdicción Disciplinaria. O establecer una competencia alternativa, dependiendo de la norma en la que se encuadre la conducta, como lo hizo en 1997 en el caso de los militares que a la vez fungían como servidores judiciales. Sin embargo tales opciones serán solo enunciadas, en tanto su desarrollo haría parte de otro trabajo de investigación.

3.4 Conclusiones

3.4.1. El doble enjuiciamiento disciplinario a los abogados – servidores públicos desconoce la garantía del Non bis in ídem, en la medida en que concurren los tres elementos o criterios diferenciadores de dicha garantía: *i)* Identidad de sujeto, por cuanto recae sobre el abogado-funcionario. *ii)* identidad de objeto, por cuanto es el mismo hecho. y *iii)*. Identidad de fundamento, por cuanto los dos procesos disciplinarios están fundamentados en el incumplimiento de deberes previstos en cada estatuto deontológico.

3.4.2. Al aceptar **voluntariamente** fungir como servidor público o como abogado, o como los dos, la persona acepta que su comportamiento sea vigilado por el Estado a través de la potestad disciplinaria, además de la potestad sancionadora general que cobija al común de ciudadanos. Acepta igualmente cumplir una serie de deberes y prohibiciones que rigen su conducta y acepta que ciertos derechos le sean limitados. Pero ello no implica que la Relación Especial de Sujeción que ata al servidor público o al abogado con el Estado, lo convierta en un sujeto sin derechos como el Non Bis In Ídem, el cual, como la mayoría de los derechos fundamentales, no es renunciable.

3.4.3. La enorme **responsabilidad** que asume un funcionario público, más aun si es abogado, no es razón suficiente para que deje de ser persona sujeto de todos los derechos fundamentales, al margen de la compleja posición que asumen frente al Estado y la ciudadanía.

3.4.4. En la sentencia C-899 de 2011, la Corte Constitucional de Colombia no sólo desconoció su precedente jurisprudencial, sino que además, convirtió en un instrumento al abogado-servidor público, en aras de salvaguardar las competencias de la Procuraduría General de la Nación y de la jurisdicción disciplinaria. En otros

pronunciamientos, por ejemplo, al determinar si el doble enjuiciamiento penal-disciplinario violaba el Non Bis In Ídem, concluyó que no, por cuanto el fundamento es distinto en los dos regímenes. Siendo en este caso el mismo fundamento, la Corte yerra al no tratar con el mismo rasero el dilema del doble enjuiciamiento disciplinario. En otras palabras, si la diferencia de fundamento entre el derecho penal y el disciplinario es la razón para que no se considere violatorio del Non Bis In Ídem la simultaneidad de dichos procesos por los mismos hechos y contra la misma persona; por qué razón la identidad de fundamento entre dos regímenes disciplinarios no lleva a la Corte a concluir que sí hay violación del Non Bis In Ídem? Consideramos que en este punto radica la contradicción de la Corte.

3.4.5. La imposición de varias sanciones al mismo ilícito supone un sacrificio de derechos que no es exigible ni necesario para el logro de los fines perseguidos, y de esta forma resultan desproporcionados. En resumidas cuentas, si los fines de los dos procesos disciplinarios son los mismos, es decir, preventivos y correctivos, y dichos fines se pueden lograr mediante un solo proceso disciplinario, adelantar dos procesos disciplinarios simultáneamente no se adecúa a los fines de la norma y allí radica su falta de proporcionalidad.

3.4.6. La Relación Especial de Sujeción no es una excepción al Principio del Non Bis in ídem, y no es la razón por la cual un servidor público puede ser investigado y sancionado penal y disciplinariamente por el mismo hecho. La razón para que ello esté permitido es que esos dos procesos tienen un fundamento distinto y por ende, no se cumple con la totalidad de los presupuestos para que opere el mentado Principio.

Por lo tanto, la razón por la cual, contra un abogado-servidor público no puede adelantarse concurrentemente dos procesos disciplinarios, es que ambos diligenciamientos tienen el mismo fundamento, a pesar de que esa persona esté

unida con el Estado a través de una Especial Relación de Sujeción.

BIBLIOGRAFÍA

BARJA DE QUIROGA, Jacobo. El principio del non bis in ídem. Dickinson. Madrid. 2004

CAJIAO CABRERA, Alfonso. Aplicación de la ley disciplinaria a trabajadores oficiales. Instituto de estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Noviembre de 1999

CAMPILLO SAINZ, José. Dignidad del Abogado. Algunas consideraciones sobre ética profesional. Tercera Edición. Editorial Porrúa S.A. México 1992.

CAMPILLO SAINZ, José. Introducción a la ética profesional del abogado. Editorial Porrúa S.A. México 1992.

CANO CAMPOS, Tomás. Non bis in ídem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el derecho administrativo sancionador. Revista de Administración Pública, Núm. 156, septiembre-diciembre 2001. Editorial CEPC (centro de estudios políticos y constitucionales)

CARPIO BRIZ, David. Europeización y Reconstrucción del Non bis in Idem. Efectos en España de la STEDH SERGUEI ZOLOTOUKHINE V.RUSIA de 10 febrero 2009. Este trabajo se inserta en el proyecto DER2008-04410 Constitución y Derecho Penal: Consecuencias en los planos legislativo y judicial (Ministerio de Educación y Ciencia) cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Santiago Mir Puig. fue publicada bajo el mismo título en la Revista General de Derecho Penal, núm. 14, 2010.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y GALLEGO SOLER, José-Ignacio. Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: *ne bis in idem* material y procesal (Comentario a la STC 177/1999, de 11 de octubre). Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación PB97-0897 del MEC (Dirección General de Enseñanza Superior e Investigación Científica), coordinado por el Prof. Dr. Santiago Mir Puig.

DE LA CUETARA, Juan Miguel. La actividad de la administración. Editorial Tecnos. Madrid. 1983

DE LA TORRE DÍAZ, Francisco Javier. Ética y Deontología Jurídica. Dykinson. Madrid. 2000

Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. Vigésima primera edición, Madrid 1992

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan. Derecho Penal Fundamental 1. Tercera Edición. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 2004.

FORERO SALCEDO, José Rory. Manual de Derecho Disciplinario de los servidores públicos y particulares disciplinables. Grupo Ecomedios. Primera Edición, Bogotá 2003

FORERO SALCEDO, José Rory. Garantía de los derechos fundamentales de los servidores públicos y cumplimiento de sus deberes funcionales. En: Ensayos Sobre Derecho Disciplinario. Tomo II. Colegio de Abogados en derecho disciplinario. Primera Edición. Ediciones Nueva jurídica. 2011

GARBERÍ LLOBREGAT, José. El Procedimiento Administrativo Sancionador. Segunda edición ampliada y actualizada. Tirant lo blanch, Valencia 1996

GARCÍA ALBERO, Ramón. Non bis in ídem material y concurso de leyes penales. CEDECS Editorial S.L. Barcelona. 1995.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de derecho administrativo II. Editorial Civitas S.A. Madrid 1992.

GOITE PIERRE, Mayda. Principio de instituciones de las reformas procesales en América Latina: seguridad jurídica, non bis in ídem, cosa juzgada y revisión penal. Publicado en IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC. núm. 24, 2009 pág. 199-214.

GÓMEZ MORALES, Alicia Catalina. Los Límites del Derecho Disciplinario: Entre los Juicios Deontológicos y los Juicios Axiológicos. En: Colección Jurídica Disciplinaria ICDD -obra colectiva- Volumen V. Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Ediciones Nueva jurídica. Bogotá 2014

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho disciplinario. Cuarta Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, octubre de 2007

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La Relación Especial de Sujeción. Estudios. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición julio de 2007.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Problemas centrales del derecho disciplinario. Volumen I Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2009

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Relación Especial de Sujeción como Categoría Dogmática Superior en el Derecho Disciplinario. Colección Derecho Disciplinario No. 5. Instituto de Estudios del Ministerio Público- Procuraduría General de la Nación. Noviembre de 2003.

HERNÁNDEZ MESA, Nelson. Nociones del Concepto de Relaciones de Sujeción Especial. En: Ensayos Sobre Derecho Disciplinario. Tomo II. Colegio de Abogados en derecho disciplinario. Primera Edición. Ediciones Nueva jurídica. 2011

HIGUERA CORONA, Jorge. Non bis in ídem y reincidencia. Estudio comparado sobre derechos fundamentales en España y México. Editorial Porrúa. Primera edición. México 2012

IBAÑEZ GUZMÁN, Augusto J. La Cosa Juzgada y el Non Bis in Ídem en el Sistema Penal. Una visión para el cumplimiento del Estado Social de derecho. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá. 1997.

JALVO, Belén Marina. El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos. Fundamentos y regulación sustantiva. Segunda Edición. Editorial Lex Nova. 2001.

LÓPEZ MUÑOZ, Hanz Eduardo. El principio de complementariedad de la justicia penal internacional frente al apotegma non bis in ídem de la justicia interna. Revista del Instituto de la Judicatura Federal. Núm. 23 de 2007 pág 171 a 182. México.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, José Antonio. La protección penal del territorio y el urbanismo. primera edición. JM Bosch Editor. Barcelona. 2015.

MARTÍNEZ VAL, José María. Ética de la Abogacía. Segunda Edición ampliada y actualizada. Bosch Casa Editorial S.A. 1996

MONROY CABRA, Marco Gerardo. Ética del abogado. Librería jurídica Wilches. Bogotá 1985.

MORELLI RICO, Sandra. Deberes y prohibiciones de carácter disciplinario creadas por reglamento. Viabilidad constitucional y legal. Instituto de estudios del ministerio público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá 1998

NIETO GARCÍA ALEJANDRO. Derecho administrativo sancionador. Segunda edición ampliada. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1994.

OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática. Segunda edición. Legis. Bogotá. 2009.

OSTEAU DE LAFONT PIANETA, Rafael E. Naturaleza jurídica del derecho disciplinario. Instituto de estudios del ministerio público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá 1998

PENAGOS TRUJILLO, Sandra Cristina y SÁNCHEZ POSSO, Juan Carlos. El Non Bis In ídem y la Cosa Juzgada en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Grupo Editorial Ibañez. Bogotá 2007

PÉREZ MANZANO, Mercedes. La prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem, Valencia. Tirant lo Blanch, 2002

PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Los Principios generales del Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia. Marzo de 2004. Primera Edición

QUERALT JIMÉNEZ, Joan J. El principio del Non bis in ídem. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1992.

RAMÍREZ TORRADO, María Lourdes. El principio non bis in ídem en el derecho administrativo sancionador. Sector Medioambiental. Editorial académica española. 2011

RAMÍREZ VÁSQUEZ, Carlos Arturo. El Principio del Non bis in ídem y su incidencia en el Derecho Penal y Disciplinario Colombiano. Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá. 2007

REYES ALVARADO, Yesid. Bien Jurídico y Derecho disciplinario. Instituto de Estudios del ministerio público. Octubre de 1998. A su juicio, el bien jurídico tutelado por las normas disciplinarias es la garantía de la buena marcha de la gestión pública.

RODRÍGUEZ CASTRO, Fernando. Fines y bases del derecho disciplinario. En: Colección Jurídica Disciplinaria ICDD -obra colectiva- Volumen V. Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Ediciones Nueva jurídica. Bogotá. 2014.

RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad del Estado y sus regímenes. Eco ediciones. Bogotá. 2012

SERRANO HOYO, Gregorio. El derecho fundamental a no ser juzgado penalmente dos veces por los mismos hechos. En: ACEVEDO PENCO, Ángel. Estudios jurídicos de aproximación del derecho latinoamericano y europeo. Dikinson. Madrid 2014

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. Manual de Derecho Disciplinario de los Funcionarios Públicos. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A. Madrid. 1992.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel y AGUADO I CUDOLÁ, Vicenc. Derecho Administrativo Sancionador: Materiales. CEDECS editorial. Barcelona. 1995.

VÁSQUEZ PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. Los delitos contra la administración pública. Teoría general. Instituto Nacional de Administración Pública –INAP-. Madrid. 2003

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

VIÑAS, Raúl Horacio. Ética y derecho de la abogacía y procuración. Ediciones Pannedille. Buenos Aires 1972

Sentencias Corte Constitucional de Colombia

T-438 de julio 1º de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C-417 de Octubre 4 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

C-540 de Noviembre 24 de 1993. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

C-060 de febrero 17 de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz

C- 214 de abril 28 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

C-259 de junio 15 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

C-244 de mayo 30 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

C-597 de noviembre 6 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

C-358 de agosto 5 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

C- 181 de marzo 12 de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

C-870 de octubre 15 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

T- 537 de julio 15 de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
C-818 de agosto 9 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
C-819 de octubre 4 de 2006. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
C-884 de octubre 24 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.
C-899 de noviembre 30 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
C-121 de febrero 22 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
C-721 noviembre 25 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencias Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de Colombia

Radicado 730011102000200800315 01. Decisión aprobada en Sala 003 del 18 de enero de 2012. M.P. María Mercedes López Mora

Radicado 660011102000200900248 01 Aprobado según Acta N° 096 del 25 de agosto de 2010. M.P. María Mercedes López Mora

Sentencias del Tribunal Constitucional de España

STC 2 del 30 de enero de 1981

STC 234 del 10 de diciembre de 1991

STC 154 del 15 de octubre de 1990

STC 2 del 16 de enero de 2003