

**AUTONOMÍA DEL DERECHO DISCIPLINARIO FRENTE AL  
DERECHO PENAL**

**Presentado por:  
YUDI OSSUNA FIERRO  
CAROLINA VALERO WALTEROS**

**Director:  
Doctor JOHN FISHER MUÑOZ CAMACHO**

**Trabajo de Investigación Dirigida  
presentado como requisito parcial  
para optar al título de Abogado.**

**UNIVERSIDAD SANTO TOMÁS  
FACULTAD DE DERECHO  
BOGOTÁ, D.C., 2006**

## INDÍCE.

	Pág.
1. ASPECTOS GENERALES.	6
1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO DISCIPLINARIO.	7
1.2. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO.	13
1.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO.	27
1.3.1. Francia.	29
1.3.2. España.	32
1.3.3. Colombia.	36
1.4. POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO.	42
1.4.1. Ámbito Penal.	45
1.4.2. Ámbito Disciplinario.	48
2. AUTONOMÍA DEL DERECHO DISCIPLINARIO.	52
2.1. FUENTES JURÍDICAS QUE NUTREN AL DERECHO DISCIPLINARIO.	
53	
2.1.1. Principios del Derecho Penal Aplicables al Derecho Disciplinario.	54
2.1.2. Principios del Derecho Administrativo Aplicables al Derecho Disciplinario.	61
2.1.3. Principios del Derecho Procesal Aplicables al Derecho Disciplinario.	62

2.2. FUNDAMENTOS EPISTEMOLÓGICOS DEL DERECHO DISCIPLINARIO.	65
2.2.1. Especialización. Objeto Propio.	68
2.2.2. Metodología.	70
2.2.3. Objetivo Particular.	72
2.2.4. Construcción Conceptual Propia.	74
2.2.5. Deontología y Derecho Disciplinario.	75
2.3. Especificidad Del Derecho Disciplinari0.	77
3. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO DISCIPLINARIO Y LA LEY PENAL.	83
3.1. RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS QUE LO RIGEN.	
3.1.1. Dignidad Humana.	86
3.1.2. Debido Proceso.	93
3.1.3. Legalidad.	97
3.1.4. Tipicidad.	103
3.1.5. Cosa Juzgada.	110
3.1.6. Favorabilidad.	112
3.1.7. Culpabilidad.	116
3.1.8. Presunción de Inocencia.	119
3.1.9. Doble Instancia.	122
3.1.10. Poder Disciplinario Preferente.	124
3.1.11. Sanción.	128

3.1.12. Independencia de la Acción Disciplinaria.	132
3.2. TITULARIDAD DE LA POTESTAD SANCIONADORA Y DE LA ACCIÓN.	137
3.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DISCIPLINARIA.	140
3.4. DE LA CONDUCTA PUNIBLE.	148
3.4.1. Tipología de las Faltas.	150
3.4.2. Clasificación de las Sanciones.	153
3.4.3. Eximentes de Responsabilidad.	156
3.4.4. Extinción de la Acción y de Sanción.	159

## CONCLUSIONES

## BIBLIOGRAFIA

## INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación es el resultado de abordar el difícil deslinde entre el derecho penal y el derecho disciplinario que surgió con base a la Constitución de 1886. Con la interpretación de la antigua Constitución se estableció sin mayor diferenciación la aplicación de los principios del derecho penal al derecho disciplinario, entendiendo el Derecho Disciplinario como una subespecie del Derecho Penal, es decir, identificando el Derecho Penal con el Derecho Disciplinario.

A partir de la Constitución de 1991, el Derecho Disciplinario ha tenido en Colombia, los más sólidos desarrollos normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, que han venido cimentando una dogmática erigida sobre la especificación del derecho disciplinario, marcando las diferencias con otros contenidos, en especial con el derecho penal, pero sin caer, claro esta, en el absurdo de fraccionar la unidad conceptual que gobierna a la ciencia jurídica. Por lo antes mencionado, el objetivo de la presente investigación es demostrar a partir de los pronunciamientos de los Altos Tribunales y otras fuentes jurídicas, que el Derecho Disciplinario es un área de conocimiento que cuenta con los elementos estructurales necesarios para ser considerada una ciencia autónoma del Derecho Penal.

Los principios generales del Derecho Disciplinario, si bien emanados del Derecho Penal, han conducido a la estructuración de características y lineamientos propios de un área jurídica específica, distinta de aquella de la cual procede, pudiendo así optar por su autonomía y establecer un procedimiento dirigido a sancionar a los servidores públicos que infrinjan el catálogo de normas contentivas de deberes y obligaciones surgidos de su relación legal y reglamentaria con el Estado. La pretensión de identificar el Derecho Penal con el Derecho Disciplinario ha quedado atrás en razón de que este último ha desarrollado sus propios objeto, metodología, lenguaje y objetivo, de modo que sobre este fundamento epistemológico ha construido su propia identidad.

Tanto el catálogo Disciplinario como el Penal se fundamentan en el Derecho Punitivo del Estado, siendo este último el de mayor significación histórica lo que no se traduce hoy en día en mayor importancia ya que uno y otro están dirigidos a precaver y garantizar el orden jurídico establecido impidiendo la realización de conductas que atenten contra la convivencia ciudadana y el normal funcionamiento del Estado. Sin embargo, entre la acción penal y la disciplinaria existen, a la vez que similitudes rasgos diferenciadores específicos. En efecto, una y otra se origina en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado e imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador. Cada uno de esos procesos 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 eficacia, eficiencia y moralidad de la administración pública en tanto que en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

La acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, entre otros, y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales. La acción penal, en cambio, cubre tanto la conducta de los particulares como la de los funcionarios públicos y su objetivo es la protección del orden jurídico social. En cuanto a la naturaleza de las sanciones, se puede afirmar que en materia penal, las sanciones se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad y a la reinserción del delincuente a la vida social en tanto que las sanciones disciplinarias tienen como objetivo moralizar la administración pública.

Ya desde 1983 la Corte Suprema de Justicia<sup>1</sup> había manifestado que la potestad sancionadora del Estado no se centraba en el ordenamiento Penal propiamente dicho sino que se ramificaba en otros ámbitos del derecho, tales como el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política, de lo que se infiere que entre los diversos regímenes sancionadores hay características comunes, sin que ello determine su plena identidad, por lo que cada uno de ellos exige un procedimiento especializado.<sup>2</sup>

Uno de los rasgos diferenciadores entre el Derecho Penal y el Disciplinario, y quizás el más importante y el que determina la autonomía de cada una de estas áreas jurídicas, es el relacionado con la tipicidad, elemento estructural que dentro del Derecho Disciplinario se dirige a encuadrar las faltas en forma de tipos abiertos, flexibilizando la descripción y contando el fallador con un margen mayor para poder interpretar el caso concreto, en tanto que en materia penal se encamina a encuadrar las conductas en forma de tipos cerrados, limitando al fallador en su interpretación.

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia 51 del 14 de abril de 1983, Magistrado Ponente Manuel Gaona Cruz, 1983.

<sup>2</sup> Los postulados emitidos por la Corte Suprema de Justicia en 1983 dan clara manifestación de que la potestad sancionadora del Estado está centrada en un troco común que es el ius puniendo, del cuál emanan diversas formas sancionadoras entre las que se destacan el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, tema que se desarrolla a lo largo de la presente investigación y de manera específica en los numerales 1.4 y 1.4.1., 1.4.2., 2.1.1. y 3.1.12., en los cuáles se precisarán las características propias de cada uno de estos ámbitos jurídicos para concluir que el Derecho Disciplinario posee todas las características de una disciplina jurídica autónoma, lo que le permite reclamar su independencia frente al Derecho Penal.

Derecho Penal y Derecho Disciplinario están sometidos por un cúmulo de principios, ya de rango constitucional, legal o jurisprudencial, que orientan la labor de los operadores de la justicia en pro de la protección y defensa tanto del orden institucional como de los derechos inalienables de los asociados, siendo los de mayor significación para el Derecho Disciplinario la dignidad humana, el debido proceso, el de legalidad, el de cosa juzgada, el de favorabilidad, el de culpabilidad, el de igualdad, el de buena fe, la presunción de inocencia, la doble instancia, el poder disciplinario preferente, la resolución de la duda, la función de la sanción, la independencia de la acción disciplinaria, el de proporcionalidad, el derecho a la Defensa, tal como se verá a lo largo del desarrollo de la presente investigación.

## **1. ASPECTOS GENERALES**

Los cometidos estatales impresos en la Constitución Política y en las leyes son desarrollados a través de los servidores públicos, quienes se constituyen en los receptores de las inquietudes de la opinión pública y en los directos realizadores de los proyectos y programas que materializan los fines esenciales del Estado encaminados a servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta, y muy especialmente, a facilitar la participación de todos los asociados en las decisiones que los afectan así como en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, todo ello dentro del propósito principal de asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Dentro de la estructura del Estado social y democrático de derecho los servidores públicos deben someterse no sólo a los preceptos consignados en la Constitución y las leyes para todos los asociados, tal como lo ordena el artículo 6º Superior, sino que también deben cumplir las obligaciones emanadas de las funciones específicas del cargo que se les asigna, por lo que la propia Carta les exige una responsabilidad especialísima en el ejercicio de dichas funciones, más aún teniendo en cuenta que obran bajo la premisa de alcanzar los intereses generales de la nación contando con los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La función administrativa dinamiza los cometidos estatales a través de los servidores públicos, y como instrumentalizadores de las diferentes tareas que las leyes y reglamentos les imponen deben acatar con suma especialidad los mandatos de los artículos 1º, 2º, 6º, 15, 21, 29, 90, 91, 92, 113, 117, 122, 123, 124, 209, 228 y 277 Superiores, los cuales se constituyen en su carta de navegación y en la fuente directa para construir el desarrollo legislativo del Derecho Administrativo propiamente dicho y el catálogo preventivo y sancionador de los servidores públicos, hoy conocido como Derecho Disciplinario.

### **1.1. DEFINICIÓN DE DERECHO DISCIPLINARIO.**

Tradicionalmente la legislación ha regulado las relaciones entre los particulares y el Estado, pero a partir del siglo XIX, con ocasión del surgimiento de los Estados modernos y el incremento del servicio público, se ha hecho imperioso diseñar una estructura normativa especializada que establezca unos parámetros a los cuales deben sujetarse los servidores públicos. Iniciado el siglo XX los modelos empresariales respecto de la reglamentación de las relaciones obrero-patronales se fueron trasladando a la organización estatal abriendo paso a la coexistencia de múltiples estatutos disciplinarios que condujeron a una dispersión total de la función sancionadora administrativa del Estado, hecho que conllevó, a partir de la expedición de la Constitución de 1991, a la estructuración de un Código Disciplinario Único compendiado en la ley 200 de 1995, derogado posteriormente por la ley 734 de 2002, precepto legal que hoy rige las relaciones entre el Estado y

sus servidores, la cual invalidó las disposiciones generales o especiales que regulaban materias disciplinarias a nivel nacional, departamental, distrital o municipal, salvo las normas referidas a los aspectos disciplinarios previstos en la Ley 190 de 1995 y el régimen especial disciplinario establecido para los miembros de la fuerza pública.

Ante una ausencia absoluta de definición de Derecho Disciplinario por parte de las leyes 200 de 1995 y 734 de 2002, ha correspondido tanto a la doctrina como a la jurisprudencia constitucional y administrativa abordar la conceptualización y ubicación de esta área del Derecho. En efecto, al decir de Brito Ruiz, “el régimen disciplinario constituye la contrapartida necesaria de la función pública, esto es, son aquellas normas que tienen por objeto velar que la conducta de los funcionarios públicos en desarrollo de sus actividades esté encaminada al cumplimiento de los fines del Estado”.<sup>3</sup>

Toda definición de Derecho Disciplinario debe partir del concepto de sujeción de unos individuos respecto de unas normas de conducta impuestas o generalmente aceptadas, y según sus destinatarios se hará referencia a un derecho disciplinario civil, cuando las normas regulan las relaciones entre particulares respecto de las sociedades, asociaciones y comunidades; a un derecho disciplinario laboral, cuando se establecen las normas que rigen las relaciones de trabajadores y empleadores particulares; y a un derecho disciplinario administrativo cuando se

---

<sup>3</sup> BRITO RUIZ, Fernando. La Función Pública y el Derecho Disciplinario. EN: Colección Derecho Disciplinario No. 1. Bogotá, Imprenta Nacional, 2002, p 35.

reglamentan los derechos, deberes y obligaciones de los servidores públicos frente a la administración del Estado, este último objeto de la presente investigación.

La Corte Constitucional se ha ocupado, en ausencia de legislación legal, de efectuar una aproximación teórica que delimite el concepto de derecho disciplinario, no sin antes precisar que sin este ordenamiento no le es dable al Estado alcanzar los fines impuestos por la propia Constitución. En Sentencia C-417 de 1993 esta Corporación manifestó lo siguiente:

“La disciplina, que sujeta a los individuos a unas determinadas reglas de conducta -"Observancia de las leyes y ordenamientos de una profesión o Instituto", según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua- es elemento necesario en toda comunidad organizada; factor esencial de su funcionamiento; presupuesto y requisito de su operatividad y eficacia, todo lo cual explica la existencia de regímenes disciplinarios tanto en las instituciones públicas como en las privadas.

El derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan. Ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye **derecho** sino que es ante todo **deber** del Estado.

El derecho disciplinario es, pues, consustancial a la organización política y tiene lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas”.<sup>4</sup>

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-417 de 1993. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1994.

Esta última afirmación orienta al Derecho Disciplinario administrativo teniendo en cuenta que dentro del modelo del Estado Social y Democrático de Derecho el aparato burocrático está al servicio de la comunidad bajo los postulados de la prevalencia del interés general frente al particular y de la dignidad humana, garantizando, de contera, el pleno ejercicio de los derechos fundamentales que conforme al artículo 2º de la Carta están asignados a las autoridades de la República, y por ende, a todos los servidores públicos.

Es de gran importancia recalcar, que el Derecho Disciplinario debe estar orientado 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 ibídem y para los cuales han sido instituidas las autoridades públicas.

Al respecto la Corte Constitucional ha considerado:

*“Gran parte de los cometidos del Estado Social de Derecho deben ser realizados por la administración, la cual funda su eficiencia y eficacia en cuanto los pueda traducir en hechos y obras concretos.*

*“La administración en dicho Estado ha sido instituida para servir a los altos intereses de la comunidad, lo cual se traduce en el deber de desarrollar actividades concretas de beneficio colectivo para satisfacer las necesidades insatisfechas de ésta, mediante el ejercicio de los diferentes poderes de intervención de que dispone. Ello impone la necesidad de que la actividad de los funcionarios estatales se adecue a los imperativos de la eficacia, la eficiencia y la moralidad administrativa. Así se asegura, el adecuado funcionamiento de los servicios estatales, el correcto manejo y la preservación del patrimonio*

*público, y la buena imagen de la administración, la cual gana legitimidad y credibilidad frente a la comunidad”<sup>5</sup>.*

Siguiendo el hilo conductor respecto de la definición de Derecho Disciplinario por vía jurisprudencial, la Corte Constitucional señaló que éste “comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo”.<sup>6</sup> Dicha estructura normativa está incuestionablemente orientada por los principios de legalidad, debido proceso y presunción de inocencia, entre otros, ya que el servidor público que enfrenta una investigación disciplinaria no puede sufrir menoscabo de sus prerrogativas y garantías constitucionales otorgadas a todos los asociados sin distinción de sexo, raza, condición social o económica, credo e ideología.

Para la Corte Constitucional el Derecho disciplinario regula, entre otros, los siguientes aspectos:

- a) Las conductas -hechos positivos o negativos- que pueden configurar falta juzgable disciplinariamente. Es así, como la violación de los deberes, de las prohibiciones o de las inhabilidades o incompatibilidades, a que están sujetos los funcionarios y empleados públicos, es considerado por el respectivo estatuto disciplinario como falta disciplinaria.
- b) Las sanciones en que pueden incurrir los sujetos disciplinados, según la naturaleza de la falta, las circunstancias bajo las cuales

---

<sup>5</sup> Sent C-341 de 1996

<sup>6</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 1996, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1997.

ocurrió su comisión y los antecedentes relativos al comportamiento laboral.

c) El proceso disciplinario, esto es, el conjunto de normas sustanciales y procesales que aseguran la garantía constitucional del debido proceso y regulan el procedimiento a través del cual se deduce la correspondiente responsabilidad disciplinaria”.<sup>7</sup>

Así las cosas, el Derecho Disciplinario administrativo, se nutre de los principios consignados en la Carta Política y muy especialmente de los incorporados en el derecho sancionador, y como los funcionarios públicos tienen a su cargo el papel específico y preponderante de llevar a buen término los cometidos y fines estatales, dependiendo de su gestión el buen nombre de la administración, su grado de compromiso y responsabilidad se acrecienta frente a la de los particulares, porque además de la responsabilidad que les asiste por infringir la Constitución y las leyes, deben responder por la omisión o extralimitación en el ejercicio de los deberes propios de su cargo.

Tal como lo expresó la Corte Constitucional en Sentencia C-155 de 2002, el derecho disciplinario es una modalidad del derecho sancionador fundamentado en la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública<sup>8</sup>, teniendo su origen tan sólo en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, en la omisión o en la extralimitación del ejercicio

---

<sup>7</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 1996, Op. Cit., 1997.

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2003.

de las funciones o en la violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades<sup>9</sup>.

Los anteriores prolegómenos permiten establecer que el Derecho Disciplinario administrativo es el conjunto de normas jurídicas, tanto sustanciales como procesales, mediante las cuales el Estado ejerce su potestad sancionadora respecto de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas, con el propósito de lograr la mayor eficacia en la administración y el cabal cumplimiento de los cometidos estatales. En este orden de ideas, las conductas descritas, las sanciones impuestas y los funcionarios competentes para conocer de la investigación y proferir los fallos pertinentes, son de naturaleza exclusivamente administrativa, y el catálogo de derechos, deberes y obligaciones tienen como propósito único disciplinar, es decir, encauzar al servidor público hacia un único objetivo que no es otro que el buen servicio público.

## **1.2. CARACTERÍSTICAS Y NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO.**

Esta disciplina busca entonces la buena marcha y el buen nombre de la administración pública y por ello sus normas se orientan a exigir *“... a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus*

---

<sup>9</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1997.

*funciones*<sup>10</sup>. Así se encuentra consagrado en el artículo 17 de la Ley 200 de 1995 que dispone que *“La ley disciplinaria garantiza el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro. Las sanciones disciplinarias cumplen esencialmente los fines de prevención y garantía de la buena marcha de la gestión pública”*.

La potestad punitiva del Estado adquiere dimensión especial cuando se ocupa de investigar y sancionar las faltas cometidas por los servidores públicos que no constituyen delito pero que ocurren en ejercicio de las funciones a su cargo, plasmando en un cuerpo normativo denominado Código Disciplinario Único el conjunto de derechos, deberes y obligaciones que le asisten a los servidores públicos, así como de faltas, sanciones y procedimientos que han de tenerse en cuenta cuando éstos omitan o se extralimiten en sus competencias. Esta potestad es esencialmente administrativa en razón de que el ordenamiento constitucional así lo dispuso en el artículo 277, numeral 6, al conferir al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, la función de “ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”.

---

<sup>10</sup> Sent. C-417 de 1993

El texto constitucional arriba citado resuelve el debate histórico en torno a la naturaleza jurídica del Derecho Disciplinario ya que otorga en cabeza de una autoridad administrativa el poder disciplinario del Estado, dado el principio de sujeción o subordinación que todos los servidores públicos tienen en relación con el Estado y frente a las autoridades administrativas que lo encarnan.

El proceso disciplinario es de naturaleza administrativa, según lo autoriza el artículo 10, inciso 2 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), un ejemplo de lo anterior, es que los presupuestos genéricos que caracterizan los recursos ordinarios gubernativos y la revocatoria directa contra las decisiones de las autoridades administrativas, resultan aplicables para el trámite de definición de la responsabilidad disciplinaria de un servidor público.

Por lo antes mencionado, no es óbice para que aún subsistan tendencias que sostienen que al Derecho Disciplinario le son propios elementos del Derecho Administrativo y del Penal, adjudicándole de esta manera una doble naturaleza jurídica. Dentro de esta corriente se destaca el pensamiento de Renato Alessi, quien sostiene que: “Son dos los elementos esenciales que concurren en la identificación del poder disciplinario y que, por lo tanto, deben tenerse presentes dada la importancia de las consecuencias que derivan de los mismos en orden al ejercicio de dicho poder, como son, por un lado, la naturaleza **administrativa** de

dicho poder, y de otro, su naturaleza de **poder punitivo**".<sup>11</sup> Esta teoría, adoptada en la mayoría de los países de la Europa continental, se fundamentaba en el hecho de que el procedimiento disciplinario de manera específica incorporaba, mediante la aplicación analógica, las normas propias del procedimiento penal, surgiendo entonces una especie de híbrido jurídico procesal en atención a la ausencia de normas procesales administrativas que de manera exclusiva y excluyente condujeran las actuaciones de su esfera específica.

La corriente doctrinal que confiere naturaleza penal al derecho disciplinario sostiene que éste se apropia de sus principios, métodos y criterios para investigar y sancionar a los servidores públicos que violentan el conjunto de derechos, deberes y obligaciones que la ley les impone. Aquí la potestad disciplinaria si bien deriva de las nociones de jerarquía, competencia y disciplina propias de la ciencia administrativa, asume una calidad eminentemente penal en razón de que el Estado mantiene el control absoluto del jus puniendi, sin que ninguna consideración de orden político o constitucional le cercene o disminuya dicha facultad, propia de la naturaleza de la existencia del Estado; más aún, y según la corriente penalista, toda infracción merecedora de reproche punitivo encuadra dentro de una misma naturaleza jurídica, por lo que sus consecuencias son idénticas pese a que la facultad sancionadora emane de la autoridad administrativa. Del mismo modo, insisten, y como lo sostuvo la Corte Constitucional en Sentencia T-581 de 1992, "los principios que rigen el derecho

---

<sup>11</sup> ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1970, p 235.

punitivo de los delitos, incluyendo el de la culpabilidad, deben, necesariamente, hacerse extensivos a las restantes disciplinas sancionatorias en las que no ha existido un desarrollo doctrinal adecuado sobre esta materia”.<sup>12</sup>

En esta línea interpretativa la Corte Suprema de Justicia en Sentencia 1985 sostuvo lo siguiente: “El derecho punitivo es una disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política (...), y por lo tanto son comunes y aplicables siempre a todas estas modalidades específicas del derecho punible, y no solo respecto de una de ellas ni apenas de vez en cuando, las garantías señaladas en la Constitución **y en la legislación penal sustantiva y procesal** que la desarrolle”.<sup>13</sup>

Para Meyer, todas las conductas reprochables encuadran dentro de la noción de delito, sin importar el sujeto activo, correspondiendo al derecho disciplinario castigar los delitos más leves en tanto que al penal sancionar los más graves; de una u otra forma, el derecho disciplinario se dirigirá a los servidores públicos sólo cuando contravienen los estatutos disciplinarios, quedando insertos en la órbita penal cuando transgreden las normas del estatuto punitivo, pudiendo, sin embargo, ser sujetos de ambas esferas del derecho sin que ello violente el

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-581 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1993.

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 17 del 7 de marzo de 1985, Magistrado Ponente Manuel Gaona Cruz, 1986.

principio del non bis in ídem.<sup>14</sup> A todas luces resulta simplista la interpretación de Meyer por cuanto se limita a reasignar a cada una de las áreas jurídicas sus ámbitos de competencia, sin adentrarse en el análisis del sujeto activo frente al derecho penal o al derecho disciplinario. Vale la pena precisar que el Derecho Disciplinario no pretende sustraer al Derecho Penal de su función sancionadora, sino delimitar su campo de acción al catálogo de infracciones creadas por el legislador como sancionables y reprecensibles, cuando éstas ponen en peligro la realización de los cometidos estatales y vulneran la buena marcha de la administración.

Buscando un punto de conjunción entre la naturaleza administrativa y la naturaleza penal del Derecho Disciplinario surge una postura doctrinal que adopta los elementos esenciales de una y otra para concluir que en razón de que sus destinatarios son funcionarios administrativos, y teniendo en cuenta que los encargados de investigar e imponer las sanciones son también servidores públicos, su carácter es administrativo, pero como se nutre de los principios y procedimientos del Derecho Penal, adquiere una connotación punitiva, resultándoles difícil delimitar con precisión el área jurídica que enmarca esta disciplina jurídica y optando por el expediente de su naturaleza mixta.

Los argumentos esgrimidos por los defensores de la naturaleza penal del derecho disciplinario resultarían válidos en un escenario en donde primase la sujeción de

---

<sup>14</sup> MEYER, Citado por HARO BELCHEZ, Guillermo. El Régimen Disciplinario en la Función Pública, Toluca, Arte y Serigrafía S.A., 1993, p. 8.

toda conducta punible al derecho sancionador, pero dado el ulterior desarrollo de las corrientes administrativistas, previo tránsito por las corrientes mixtas, hoy en día es inobjetable la naturaleza administrativa del derecho disciplinario, más aún cuando desde 1994, y a partir de la expedición de la ley 13 de dicho año, se consagró que la interpretación de las normas del régimen disciplinario se hará con referencia al Derecho Administrativo, con preferencia a cualquier otro ordenamiento jurídico.

De esta forma, y como lo previo Gustavo Humberto Rodríguez, el derecho disciplinario no es una rama del derecho penal, sino parte integrante del administrativo<sup>15</sup>, pero no puede negar la potestad sancionadora del Estado que está dirigida a todos los asociados, ya desde una perspectiva general –ámbito del derecho penal-, o desde una arista especial –ámbito del derecho administrativo disciplinario-. La potestad sancionadora del Estado respecto de sus propios servidores se diferencia de la que se ejerce sobre el total de los ciudadanos por cuanto que la primera opera dentro de una cuerda procesal de la jurisdicción contencioso-administrativa en tanto que la segunda está regida por los principios de la jurisdicción ordinaria penal. En uno y otro caso, las respectivas jurisdicciones están sometidas a los principios constitucionales, pero en razón de los propósitos y cometidos del Estado, y al tenor del artículo 6º Superior, corresponde un mayor grado de responsabilidad al servidor público que al ciudadano respecto de las obligaciones y deberes que le imponen la Carta y el ordenamiento jurídico.

---

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. El derecho administrativo disciplinario, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1989, p 23.

La escuela que admite la naturaleza dual del Derecho Disciplinario escuda su discurso en el supuesto de que al trasladar al Derecho Disciplinario principios del Derecho Penal se tutelan con mayor eficacia las garantías individuales y los derechos fundamentales de los servidores públicos, olvidando de paso que toda área del Derecho, proclame o no su autonomía, debe, incuestionablemente incorporar a su conjunto de normas los principios fundamentales de la Carta Política.

En este orden de ideas, el largo discurrir del Derecho Disciplinario le ha permitido adoptar una naturaleza administrativa nutrida por los principios fundamentales del Derecho Constitucional, que a la vez irradian todas las áreas del Derecho, sin que ninguna pueda pregonar la exclusividad de su aplicabilidad y menos aún pretender constituirse en rueda suelta dentro del andamiaje jurídico que orienta los destinos de una nación. Los planteamientos de Gómez Pavajeau, sustentan este aserto en los siguientes términos:

“Luego de la entrada en vigor de constituciones políticas como la italiana de 1947, la alemana de 1949 y la española de 1978, la concepción del derecho disciplinario como un ámbito libre de derecho cambia. (...) Las constituciones políticas modernas, y entre ellas la colombiana de 1991, tienen como particularidad la primacía de lo material, habida cuenta que si en las que las antecieron los derechos fundamentales valían en el ámbito de la ley, en ellas es la ley la que vale en el ámbito del respeto de los derechos fundamentales. Los derechos fundamentales no son sólo prerrogativas a favor del individuo, sino que el Estado y la sociedad entera, por constituirse aquellos en valores objetivos del sistema, tienen también un muy especial interés en su respeto.

Ya no es posible dejar librada a la voluntad del ciudadano que acepta la vinculación con la administración pública, a través de un acto condición, la aplicación discrecional y arbitraria del derecho disciplinario. En el constitucionalismo moderno, no existen ámbitos libres del derecho; en consecuencia, los principios de conveniencia y oportunidad que por mucho tiempo informaron al derecho disciplinario tienen que ceder ante el vigor vinculante exigido por el principio de legalidad.

No obstante, el gran problema con que viene a encontrarse el derecho disciplinario es que no contaba con una base teórica firme a partir de la cual se asimilaran las exigencias propias de la penetración en su seno de los principios de libertad, igualdad, seguridad jurídica y justicia material; en fin, no poseía ni una tradición ni un arsenal teórico que permitiera la asimilación de las garantías individuales en su ámbito, lo cual ya de por sí se constituyó en el gran problema que aqueja a tal disciplina desde la perspectiva de su autonomía e independencia”.<sup>16</sup>

En el Estado demoliberal, comúnmente denominado Estado de Derecho, regía el imperio de la ley y parecían deslindados o ajenos al ordenamiento jurídico los principios y valores tutelares de los derechos fundamentales; cada área del mundo jurídico pretendía su autonomía, y en algunos casos de manera anticientífica se arrogaban la independencia. Sin embargo, bajo los principios de la soberanía popular y de la Constitución como norma de normas, todas las áreas jurídicas, incluida la disciplinaria, deben someterse y orientar sus actuaciones a los lineamientos que ésta consagra.

La naturaleza administrativa del Derecho Disciplinario no es una entelequia o un ejercicio metafísico sino que se desprende nítidamente tanto de su propia definición como de las características que lo acompañan, emanadas éstas del

---

<sup>16</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Dogmática del Derecho Disciplinario*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, ps 145 y 146.

Código Disciplinario Único o de la interpretación jurisprudencial de rango constitucional. Así las cosas, el Derecho Disciplinario presenta como rasgos distintivos la modalidad de tipos abiertos, la creación de normas de carácter deontológico y el deber funcional, de los cuales emanan una serie de notas predominantes tales como el destinatario especial, la seguridad jurídica, la sujeción al debido proceso, la reserva legal, la subordinación del sujeto disciplinable a la Constitución, a la ley a los reglamentos generales y especiales, la aplicación sin limitación alguna de los principios constitucionales y el imperio del deber funcional concomitante con el juicio de exigibilidad.

La figura de tipos abiertos aplicable al Derecho Disciplinario tiene como objeto “integrar una herramienta jurídica que propenda al cumplimiento de los fines estatales en la medida en que (...) permita realizar los valores del orden institucional consagrados en la carta política”.<sup>17</sup> Con esta metodología el legislador deja de lado el principio del derecho penal en lo atinente con los tipos cerrados y orienta su labor hacia la configuración de una tipicidad en donde predomina el sujeto disciplinable por encima de la conducta realizada, teniendo en cuenta la sujeción especial de los servidores públicos al Estado como ente administrador del servicio y de los bienes públicos y en razón del catálogo de deberes y obligaciones emanados del principio de la función pública por virtud de la ley y de los reglamentos.

---

<sup>17</sup> MAYA VILLAZÓN, Edgardo José. La Estructura de la Falta Disciplinaria y la Jurisprudencia de la Ley 734 de 2002, Bogotá, febrero 24 de 2002, p 23.

El Derecho Disciplinario administrativo se fundamenta en la creación de un catálogo de deberes, tanto generales como especiales, a cargo de cada uno de los servidores públicos, encaminados al debido cumplimiento de los cometidos estatales. Los principios de moralidad y eficacia de la administración pública consignada en el artículo 209 constitucional están dirigidos a preservar la noción de buen servicio, constituyéndose en el fundamento de la norma disciplinaria. La doctrina internacional ha sostenido que el Derecho Disciplinario es, por excelencia, un área jurídica del deber-deber antes que del deber-derecho por cuanto el funcionario público no puede anteponer la exigibilidad de sus particulares y específicos derechos a los deberes que las normas generales y especiales le imponen, debiendo sujetarse a la primacía del interés general frente al particular y no pudiendo acudir a actuaciones en beneficio propio que le son permitidas a los trabajadores particulares. Más aún, las normas de derecho laboral administrativo han creado una línea divisoria entre los funcionarios que trabajan en instituciones prestadoras de servicios públicos esenciales, tales como los domiciliarios, y aquellos que laboran en actividades que no revisten tal condición.

El artículo 122 superior establece en el inciso 2 que “ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”. Por su parte el artículo 123, inciso 2, de la misma normatividad, señala que “los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la constitución, la ley y el reglamento”. Al amparo de estos dos

mandatos se ha perfilado la nota característica del Derecho Disciplinario del deber funcional, ya que al servidor público sólo le es predicable un deber específico respecto de una función detallada incorporada a la ley o al reglamento, sea éste general o particular. En este sentido se puede decir que la responsabilidad del servidor público se limita al cumplimiento de los deberes emanados de las funciones que le son asignadas por el reglamento, sin que le sea permitido extralimitarse en el ejercicio de los mismos o atribuirse actividades ajenas a su cargo.

La Corte Constitucional al examinar la exequibilidad del artículo 5º del Código Disciplinario Único, en Sentencia C-948 de 2002 expresó lo siguiente:

“El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta.

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria”.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2003.

La estrecha relación entre función específica de un servidor público determinado y los cometidos estatales es lo que constituye el denominado deber funcional, orientado por los principios de moralidad, eficiencia y eficacia de la administración pública, y el quebrantamiento de ese deber funcional, ya por omisión o por extralimitación de dichas funciones, da lugar, inequívocamente, a la antijuridicidad de la conducta del servidor público, no siendo entonces posible predicarla si no está referida a una conducta descrita ya como un deber o como un no hacer por parte del servidor público.

El deber funcional nace del vínculo que enlaza al servidor público con el Estado, no teniendo otro cometido que la coadyuvancia en la realización de los cometidos estatales, por lo que, y tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, su vulneración constituye el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario. “De allí que la antijuridicidad de la falta disciplinaria remita a la infracción sustancial del deber funcional a cargo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas”.<sup>19</sup>

La Corte Constitucional en Sentencia C-253 de 2003 precisó los alcances del deber funcional en los siguientes términos:

“El derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción;

---

<sup>19</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-253 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Córdova Triviño, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2004.

que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y *non bis in ídem*, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza.

Como se advirtió, el fundamento de la imputación disciplinaria está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público o del particular que desempeña funciones públicas pues sólo tal concepción del ilícito disciplinario resulta consecuente con los límites que el constituyente configuró para la cláusula general de libertad consagrada en el artículo 16 de la Carta y con las particularidades que la facultad sancionadora del Estado asume en el derecho disciplinario. Tal concepción torna comprensibles los motivos por los cuales son disciplinariamente irrelevantes aquellos comportamientos que no trascienden a la órbita funcional del servidor o particular que cumple funciones públicas”.<sup>20</sup>

De todo lo anteriormente expuesto es válido concluir que la infracción disciplinaria presupone el olvido, incumplimiento o desconocimiento de un deber precisamente señalado en un catálogo de funciones al servidor público, incumplimiento éste que por comprometer la buena marcha de la administración pública genera la respuesta represiva del Estado, y como lo observa la Alta Corporación, “la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas”.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-253 de 2003, Op. Cit., 2004.

<sup>21</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-253 de 2003. Op. Cit., 2004.

### **1.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO.**

El Derecho Administrativo crea una serie de instituciones indispensables para regular las relaciones entre el Estado y los asociados en los aspectos atinentes con la función y el servicio público. Los casi cuatro siglos de colonización europea , en América, Asia y África, son testigos de la creación de un cuerpo jurídico creado con el propósito exclusivo de administrar las tierras, los hombres y los recursos allende los mares, el cuál reconoce, desde sus primeras normas, la necesidad de imponer sanciones a la par que otorgar premios y privilegios a quienes incumplieran con sus obligaciones o alcanzaran logros importantes, respectivamente, en relación con las tareas que les había sido encomendadas, configurando un catálogo de reglas que daría lugar al ulterior nacimiento y desarrollo de lo que hoy se conoce como Derecho Administrativo Disciplinario.

Así las cosas, en el siglo XIX, y con la consolidación del Estado moderno como auténtico administrador de los bienes y recursos de la sociedad, las normas del Derecho Administrativo se abren paso con criterio de autonomía frente a las del Derecho Penal y del Derecho Civil, siendo aquellas, al decir de Goldschmidt, “creaciones positivas del Estado que no estaban engendradas por la convicción ética interna de la comunidad, sino por la voluntad del Estado. En ellas no habla a los individuos la fuerza de la convicción común, sino la fuerza externa de la asociación al miembro”.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> GOLDSCHMIDT, James, citado por MATTES, Heinz. Problemas de Derecho Penal Administrativo.

Las normas jurídicas administrativas emanadas de la voluntad del Estado requieren, en buena medida, de la coacción para su cabal cumplimiento, para lo cual a la vez que se enuncian los mandatos generales, se establecen las sanciones derivadas de su incumplimiento, correspondiendo únicamente a la administración la imposición de sanciones de esta naturaleza. El Estado, entonces, en su función administrativa, y en desarrollo del *jus puniendi*, está facultado para sancionar tanto a los servidores públicos como a los particulares, cumplan o no funciones públicas, siempre y cuando medie un referente normativo de carácter administrativo. Sobre este particular Mattes afirma lo siguiente:

“La imposición de la pena administrativa pertenece a la actividad administrativa, como reacción al apoyo exigido, pero omitido, al ciudadano del Estado como órgano auxiliar de la Administración del Estado, por consiguiente no es administración de justicia, sino acto administrativo, y por ello la consecuencia del injusto del delito administrativo es un fenómeno del Derecho Administrativo. No infiere daño, como la pena jurídica, a la esfera jurídica del portador de una voluntad (lo mismo que la antiadministratividad tampoco consiste en el perjuicio inferido a la esfera jurídica de otro portador de voluntad), sino que representa solamente la represión (castigo) de un órgano auxiliar, pena de orden, (medio disciplinario)”.<sup>23</sup>

Este concepto de Mattes es absolutamente válido en tratándose del Derecho Administrativo, tanto en su esfera interna como externa, pero no se puede perder de vista que esta área jurídica se escindió para dar cabida a una regulación que se ocupa específicamente de establecer las relaciones entre la administración, sus servidores y los particulares que cumplen funciones públicas, adoptando la denominación de Derecho Disciplinario Administrativo, cuyo acelerado desarrollo ha venido irrigando las legislaciones de buena parte del orbe, sin olvidar que sus

---

<sup>23</sup> MATTES, Heinz. Problemas de Derecho Penal Administrativo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1976, p 191.

prolegómenos encuentran asiento preferencial a finales del siglo XVIII en Francia y España.

### **1.3.1. Francia.**

El Derecho Administrativo nace en Francia con ocasión de la Revolución Francesa y merced a la elaboración sistemática de normas, preceptos y principios durante la época napoleónica. La configuración de la jurisdicción administrativa, conocida comúnmente como contenciosa, inicia la separación histórica de las controversias entre particulares, de una parte, y de otra entre éstos y el propio Estado o entre autoridades e instituciones estatales. La función pública liderada por las ideas liberales durante todo el siglo XIX y arropada bajo la ideología socialista permitió la conformación de un sistema administrativo laboral francés en el cual primigeniamente se garantizó el derecho de huelga a favor de todos los servidores públicos, sin tener en cuenta la dependencia en la cual se desempeñaran. Sin embargo, y merced a la noción de servicio público en general y de los servicios públicos esenciales en particular, dicho privilegio se limitó, dando paso a una reglamentación especial de la función pública administrativa.<sup>24</sup>

Es en Francia donde surge la noción de represión disciplinaria ligada a la falta del deber funcional, bajo la denominada de categoría funcional, diferenciándose de manera inmediata de la represión penal en virtud de que la doctrina y la jurisprudencia acuñaron los conceptos de “falta funcional” y “pena funcional”.<sup>25</sup> Al respecto De Laubadère precisa las siguientes características de la represión disciplinaria frente a otras modalidades de sanción:

---

<sup>24</sup> DE LAUBADÉRE, André. Manual de Derecho Administrativo, Traducción de Jesús Villamizar Herrera, Bogotá, Editorial Temis, 1984, ps 251 a 261.

<sup>25</sup> Ibidem., p 261.

“A) Es diferente e independiente de la represión penal. Esta independencia aparece cuando un funcionario, por un mismo hecho, es perseguido ante el juez penal y ante la autoridad disciplinaria: 1º) Si la falta cometida es a la vez penal y disciplinaria, sufrirá las dos represiones y la independencia de las dos represiones consiste en la posibilidad de su acumulación; 2º) Una liberación penal no se opone a una sanción disciplinaria y la independencia de las represiones remanifiesta por una definición diferente de las faltas, la penal y la disciplinaria. Sin embargo, si la decisión del juez penal comprueba la inexistencia material del hecho incriminado, dicha comprobación obliga en principio a la autoridad disciplinaria, como consecuencia del principio de la autoridad de la cosa juzgada; pero la autoridad disciplinaria no está vinculada por las decisiones penales que pronuncian una absolución basándose en la duda.

B) La medida disciplinaria es distinta de la medida administrativa. Estos dos tipos de medidas pueden tener un mismo contenido y unos mismos efectos; por ejemplo, el despido por supresión del empleo, la jubilación por antigüedad y el traslado en beneficio del servicio, pueden tener los mismos resultados de la revocación, la jubilación de oficio y el traslado disciplinario; pero estos dos tipos de medidas se diferencian porque las últimas tienen como motivo una falta cometida y como finalidad, la represión de esa falta, mientras que las primeras tienen como motivos y como fin el interés del servicio. La distinción es fundamental, pues al no estar las medidas administrativas sujetas al procedimiento disciplinario, la administración puede tratar de disfrazar una medida disciplinaria haciéndola pasar como administrativa, que es más fácil de dictar”.<sup>26</sup>

Estas características propias del Derecho Disciplinario francés se presentan como precursoras, en gran medida, de todo el Derecho Disciplinario europeo continental, el cual se ha diseminado por los países de cultura jurídica iberoamericana. Por ello el traslado casi idéntico de normas y jurisprudencias francesas al sistema jurídico colombiano ha permitido la elaboración de profundas reformas a la administración pública desde 1968 y hasta nuestros días.

---

<sup>26</sup> DE LAUBADÉRE, André, Op. Cit. P 261.

Hoy en día, los funcionarios públicos franceses están regidos por un orden jurídico que comprende leyes, decretos y ordenanzas, pero es la ley general 634 del 13 de junio de 1983 la que relaciona propiamente sus derechos y obligaciones. Esta ley se aplica exclusivamente a los funcionarios del poder ejecutivo, excluyéndose, por lo tanto, los del poder legislativo y judicial en todos sus niveles. Siendo Francia un país unitario su ámbito administrativo abarca las divisiones territoriales y todos los entes societarios, inclusive los de economía mixta donde trabajan funcionarios públicos.

La referida ley 634 se aplica también a funcionarios revestidos de autoridad superior de libre nombramiento y remoción. El régimen de los funcionarios públicos franceses está diversificado por categorías, funciones o esferas de gobierno, y en desarrollo de esta jerarquización deben someterse a normas o reglas específicas según la categoría a que pertenezcan, pudiendo ser sancionados hasta con despido de sus cargos por insuficiencia profesional, queja o desempeño insatisfactorio de sus funciones. El proceso administrativo se adelanta conforme a los principios generales del Derecho e incorpora los recursos mediante los cuales se ampara el derecho a la defensa y a la doble instancia.

Los funcionarios públicos franceses giran alrededor de la órbita de la categoría funcional, aquí denominado deber funcional, sin detrimento de su estabilidad laboral considerada inherente a la función pública. El objetivo fundamental del Derecho disciplinante francés es el de garantizar la eficiencia y calidad del servicio público, por lo que cada funcionario debe poner su mayor empeño en el desarrollo de sus funciones a fin de evitar las sanciones correspondientes por su desgreño, o

inclusive verse incurso en la sanción capital del despido cuando a su insuficiente desempeño se le agrega el ingrediente de la reiteración de la falta.

### **1.3.2. España.**

La actividad disciplinaria administrativa surge en el derecho español como una prolongación del Derecho romano, el cual a su vez hace tránsito por el Derecho Canónico hasta enraizarse en las estructuras de las administraciones locales y provinciales. A partir de la Constitución española de 1978 el Derecho Disciplinario Administrativo es admitido como una regulación jurídica de alto contenido ético, tal como lo señaló el Tribunal Constitucional en Sentencias del 15 de junio y 23 de octubre de 1984: “La jurisdicción disciplinaria administrativa, estatuida con el designio de perfeccionar y sanear los servicios públicos, afecta de modo directo al prestigio y dignidad profesional del funcionario y a la integridad de sus derechos. (...) El Derecho disciplinario, (...) tiene un significado eminentemente ético, en cuanto que su objetivo primordial más que el restablecimiento del orden social quebrantado es la salvaguardia del prestigio y dignidad corporativa”.<sup>27</sup>

El marcado carácter ético del Derecho Disciplinario español lo aleja por completo de cualquier connotación de índole jurídico penal; evidentemente, las sanciones disciplinarias surgen bajo un modelo moral encaminado preferentemente a la corrección, alejándose de la coacción. En el mismo sentido, la sanción disciplinaria no conduce indefectiblemente a las consecuencias políticas emanadas de las sanciones penales, ya que su propósito fundamental no es otro que el de sanear la administración y conseguir la mayor eficiencia en la administración pública.

---

<sup>27</sup> CASTILLO BLANCO, Federico A., *Función Pública y Poder Disciplinario*, Madrid, Editorial Cívitas S.A., 1992, p 217.

Es importante resaltar que el derecho sancionador administrativo español hace una nítida distinción entre el disciplinado en virtud de relación de dependencia con la administración del Estado y el ciudadano como obligado a cumplir una serie de obligaciones, especialmente las relacionadas con la materia tributaria; esta dicotomía entre derecho sancionador administrativo interno y derecho sancionador administrativo externo ha llevado a los tratadistas a admitir una clara separación entre las sanciones administrativas y las penales,<sup>28</sup> estas últimas responsables de irradiar todo el derecho administrativo sancionador desde el surgimiento de las instituciones de la residencia y la visita, propias del derecho administrativo, pero constitutivas de la tipificación del delito en caso de no cumplirse la orden impartida por el monarca. Pero el trasegar de la organización del Estado trastocó esos dos elementos por los principios de jerarquía y autoridad como sustentadores del Derecho Disciplinario español, implicando el primero el sometimiento del funcionario de una manera escalonada a jerarquías superiores, encontrando su techo en el Monarca o en el Primer Ministro, y éstos a su vez, en la Constitución, en las leyes y en los reglamentos, y el segundo, es decir la autoridad, la coherencia sistemática del ordenamiento jurídico al cual se someten todos los funcionarios públicos, estableciéndose una estructura administrativa reglada a la vez que disciplinada, sin que pueda obrarse de manera contraria al manual o reglamento.

El Derecho Disciplinario español está sometido, como es lógico, a los principios y derechos fundamentales consagrados en la Carta Política, primando entre ellos el derecho a la defensa descrito en el artículo 24 Superior el cual, según las voces de la Sentencia 77 de 1983 del Tribunal Constitucional, impone un límite a la

---

<sup>28</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. Problemas capitales del Derecho Disciplinario. Madrid, Editorial Cívitas, 1970, p 73.

potestad sancionadora de la administración, ya como garantía previa al proceso o como tutela a favor del procesado dentro de las respectivas instancias.<sup>29</sup> A este respecto la referida sentencia concluyó lo siguiente: “Los principios esenciales reflejados en el artículo 24 de la Constitución en materia de procedimiento han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la administración en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 de la Constitución”.<sup>30</sup>

Con fundamento en la Constitución de 1978 España incorpora al Derecho Disciplinario Administrativo contenido en el Real Decreto 33 de 1986 -Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado- principios de orden tanto material como procedimental con el fin de tutelar los derechos fundamentales de los servidores públicos y velar por la realización de los cometidos estatales. Dentro de los principios materiales se destacan el de reserva de ley, que determina la exclusión de cualquier órgano diferente al legislador como competente para dictar las disposiciones relacionadas con los deberes, derechos, faltas y procedimientos que han de adelantarse respecto de los servidores públicos; el de tipicidad, que describe los tipos o conductas sancionables bajo la figura de las cláusulas abiertas en virtud de la remisión que hace el legislador a deberes deontológicos y a conceptos jurídicos indeterminados; el de retroactividad de las normas sancionadoras no favorables, concomitante con el de aplicación de la norma más favorable, y los principios de non bis in ídem y debido proceso. En el marco de los principios procedimentales el Real Decreto 33 de 1986 incorpora el de prohibición de las sanciones de plano como símil de los procesos sumarios que antecedieron al Estado Social y Democrático de Derecho; el de subordinación a la

---

<sup>29</sup> CASTILLO BLANCO, Federico A. Op. Cit. Ps 391 y 392.

<sup>30</sup> *Ibidem.*, p 393.

autoridad judicial, por el cual los Tribunales Administrativos controlan los actos producidos por las autoridades en desarrollo de los procedimientos disciplinarios, y el principio de derecho de defensa, como expresión de la garantía del acceso a la administración de justicia, ya por la vía de la asistencia de un letrado en el curso del proceso o por la ocurrencia a las segundas instancias o a los tribunales administrativos especializados.<sup>31</sup>

El Derecho Disciplinario Español se diseñó inicialmente como un catálogo de normas puramente éticas,<sup>32</sup> pero en razón del desarrollo de la organización del Estado y la modernización de las instituciones públicas, se previó la necesidad de darle a esta disciplina un carácter eminentemente jurídico, sin descuidar los elementos deontológicos que lo singularizan. Avala esta apreciación lo expresado por el tratadista Jiménez Castro en los siguientes términos:

“De acuerdo con las concepciones formalistas sobre la organización, la disciplina consiste en la obediencia, diligencia, energía, actitud correcta respecto a los superiores y a las normas dadas que deben tener los subordinados, todo ello de acuerdo con las reglamentaciones establecidas para sus labores, a fin de garantizar la satisfacción de los propósitos de la empresa dentro de un marco de actuación colectiva. La nueva concepción de la disciplina ha superado tal criterio de moralidad del cumplimiento de deberes y lo ha cambiado por otro de mayor importancia, puesto que se basa en uno más acorde con los enfoques humanos del individuo. Esa nueva concepción es la de la subordinación del interés particular al interés social, no por temor o por imposición de reglas formales, sino por moral, convicción y responsabilidad acerca de la necesidad de supeditar las acciones individuales a las normas colectivas, de las cuales se derivan beneficios para todos los integrantes”.<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> CASTILLO BLANCO, Federico A., Op. Cit., ps 221 a 247.

<sup>32</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sala V, Sentencias de 15 de junio y 23 de octubre de 1984, citadas por CASTILLO BLANCO, Federico A., Op. Cit., ps 217 y 218.

<sup>33</sup> JIMÉNEZ CASTRO, Wilburg. Introducción al Estudio de la Teoría Administrativa, México, Editorial Limusa, 1963, p 207.

Dentro de esta perspectiva del moderno derecho disciplinario administrativo, y bajo el principio de la moralidad pública, la legislación española se perfila a diseñar una normatividad coherente con la filosofía esbozada por Jiménez Castro, y así lo sostiene Castillo Blanco, precisando que esta meta es posible siempre y cuando se supere la rigidez en el trato y la falta de comunicación entre jefes y subordinados y la creencia generalizada de que el régimen disciplinario debe ser inflexible en orden a salvaguardar posiciones jerárquicas, y se elimine la tendencia a abusar de la confianza así como la rebeldía de los subordinados ante las autoridades superiores, todo lo anterior dentro de un marco que si bien no abandona lo jurídico tiende a asimilar aspectos propios de la Sociología, la Psicología y la ciencia de la Administración.<sup>34</sup>

### **1.3.3. Colombia.**

El texto primigenio del artículo 20 de la Constitución Política de 1886, vigente hasta el 3 de julio de 1991, consagraba que “los particulares no son responsables ante las autoridades sino por infracción de la Constitución o de las leyes. Los funcionarios públicos lo son por la misma causa y por extralimitación de funciones, o por omisión en el ejercicio de éstas”.<sup>35</sup> En los casi ciento cinco años de vigencia de ese precepto superior el legislador, ordinario o extraordinario, expidió una serie de normas jurídicas encaminadas a desarrollar su contenido. Es así como la ley 4ª de 1913 confirió al Ministerio Público la función de vigilar la conducta de los

---

<sup>34</sup> CASTILLO BLANCO, Federico A., Op. Cit., ps 185 y 186.

<sup>35</sup> POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín. Constituciones de Colombia, Tomo IV, Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1986, p 212.

empleados públicos estableciendo como única falta disciplinaria el vicio de la beodez, el cual constituía impedimento absoluto para ejercer cualquier empleo público, siendo sancionable con remoción del puesto el empleado a quien se le comprare haberse embriago por lo menos dos veces durante el semestre. Así mismo, la falta de asistencia a las oficinas o el mal desempeño de sus funciones generaba la imposición de multa hasta por veinte pesos y la suspensión o remoción del empleo.<sup>36</sup>

Una de las reformas profundas incorporadas a la Constitución de 1886 se materializó mediante Acto Legislativo 01 de 1936, hecho jurídico que concretó el retorno al poder del Partido Liberal luego de la denominada Hegemonía Conservadora, la cual concentró todo el poder burocrático impidiendo que el Partido Liberal tuviese acceso a la administración pública, situación jurídico-política que dio paso a la expedición en 1938 de la ley 165 por la cual se crea la carrera administrativa para los empleados nacionales, departamentales o municipales que presten servicios administrativos permanentes, consagrándose aquí un conjunto de deberes, derechos y prohibiciones a los cuales debía sujetarse el empleado público. El artículo 8 de la ley en cita imponía a los empleados deberes tales como el de la lealtad al espíritu de la Constitución y de las leyes de la República; la eficiencia, la imparcialidad y discreción en la prestación del servicio encomendado a su pericia; el acatamiento a los superiores jerárquicos, en cuanto se trate del cumplimiento de sus funciones, y la

---

<sup>36</sup> ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Régimen Político y Municipal, Bogotá, Editorial Temis, 1983, ps 99 a 123.

honorabilidad y buena fama en su comportamiento social. A renglón seguido el precepto legal disponía que “el quebrantamiento de cualquiera de los deberes que este artículo establece hará perder al empleado el derecho a las prerrogativas de la carrera administrativa”.<sup>37</sup>

En virtud de la ley 165 de 1938 se creó por primera vez un órgano competente para conocer los procesos disciplinarios adelantados contra los servidores públicos que incumplían el catálogo de deberes, recibiendo el nombre de Consejo de Administración y Disciplina que cumplía, entre otras funciones, la de “conocer de oficio, o mediante denuncia de cualquier ciudadano, de las quejas que se formulen contra los empleados sobre su conducta o su competencia”.<sup>38</sup>

Otra consecuencia de la reforma constitucional de 1936 fue la expedición del Código Penal de dicho año que incorpora el principio denominado peligrosista, el cual enfatizaba en las condiciones subjetivas del individuo y no en la gravedad de la falta. Esta filosofía impregnó el espíritu del Decreto Ley 2091 de 1939, en donde se determinaron las sanciones disciplinarias y el procedimiento que debía seguirse para la aplicación de las mismas cuando los servidores públicos incumplían los deberes consagrados en la ley. Allí se consignó la obligación en cabeza de los jefes de oficina de rendir un informe anual sobre los servicios y comportamiento de cada uno de los servidores públicos bajo su subordinación, el cual se incorporaba a la hoja de vida del respectivo funcionario. El Decreto ley en cita incorporó en

---

<sup>37</sup> ORTEGA TORRES, Jorge, Op. Cit., p178.

<sup>38</sup> Ibidem, p 180.

materia de sanciones disciplinarias la amonestación, la multa hasta la cuantía de un sueldo mensual, el traslado a otro cargo y la remoción del empleo. Estableció también un procedimiento sujeto a las disposiciones del Código Penal en los eventos de la remoción del empleo, pero en los demás casos se aplicaban las penas correccionales establecidas en el CODIG de Régimen Político y Municipal (ley 4ª de 1913).<sup>39</sup>

Mediante la Ley 19 de 1958, y dentro del denominado del Frente Nacional que determinó la equitativa distribución entre liberales y conservadores de los empleos públicos, se dispuso la clasificación de los mismos teniendo en cuenta los deberes correspondientes a cada empleo, la responsabilidad a que queda sujeto el servidor público que haya de desempeñarlo, y los requisitos mínimos que se exigen de aquel para que pueda ser nombrado. Así mismo la ley en cita dispuso la creación del Departamento Administrativo del Servicio Civil y la adición de la ley 165 de 1938 respecto de los temas referidos a la carrera administrativa, especialmente lo pertinente con el régimen disciplinario de sus funcionarios.

Las facultades conferidas al ejecutivo mediante la ley 19 de 1958 en torno al servicio civil, la carrera administrativa y el régimen disciplinario de los servidores públicos no fueron aplicadas, razón que motivó la expedición de la ley 65 de 1967 que posibilitó la promulgación de los decretos leyes 2400 y 3074 de 1968 contentivos de las normas generales reguladoras de la administración del personal

---

<sup>39</sup> PINEDA DE MARTÍNEZ, Rosa. Derecho Disciplinario. Bogotá, Editorial Librería Ediciones del Profesional, 2004, p 4.

civil que prestaba sus servicios a la rama ejecutiva del poder público. En dichas disposiciones se incorporó un catálogo de deberes, derechos y prohibiciones así como un régimen disciplinario que contemplaba las sanciones a las cuales se hacía merecedor el empleado que incumpliere los deberes o que incurriera en las prohibiciones allí consignadas.

Mediante la ley 13 de 1984 se instituyó un procedimiento revestido de un carácter eminentemente administrativo para investigar y sancionar a los funcionarios que incurriesen en faltas disciplinarias. Esta ley puede considerarse como el hito que delimitó el Derecho Penal Administrativo y el Derecho Disciplinario Administrativo, ya que de manera categórica se señaló su remisión, en caso de vacío normativo, a las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo, y se guardó absoluto silencio respecto de la aplicación de normas de carácter penal.

A partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 el Estado colombiano atendió el clamor permanente de los servidores públicos respecto de la necesidad de reglamentar lo atinente con la carrera administrativa como medio de acceder a los cargos públicos, expidiendo las leyes 27 de 1992 y 443 de 1998, normas que fueron declaradas inexecutable en su mayor parte por la Honorable Corte Constitucional, en especial con la sentencia C- 372 de 1999, que dejó sin piso el sistema de carrera administrativa imperante. En efecto, este Alto Tribunal manifestó en la referida providencia lo siguiente:

“Considera la Corte, por una parte, que sí la constitución Nacional del Servicio Civil establecida por la Constitución es un organismo único

encargado de administrar y vigilar por regla general el sistema de carrera, ningún sentido tiene la existencia de comisiones independientes a nivel territorial, no previstas por aquélla, cuya función descoordinado e inconexa desvertebraría por completo la estructura que la constitución ha querido configurar en los términos descritos, frustrando los propósitos esenciales de sus artículos 125 y 130. Pero además, si lo que se predica del régimen de carrera en las Contralorías es su carácter especial, a tal punto que frente a ellas ninguna atribución puede cumplir la Comisión Nacional del Servicio Civil, menos todavía puede admitirse la existencia de cuerpos similares a ella en las Contralorías de los departamentos y municipios. Lo que se impone es el establecimiento de las normas que sobre el particular la ley especial debe prever, de conformidad con las aludidas disposiciones constitucionales. Las frases impugnadas son, pues, inexecutable. Será el legislador el que determine, ya sin los condicionamientos que el artículo 14 consagra, el régimen especial aplicable a la selección de personal dentro de la carrera administrativa para los mencionados organismos, y la forma en que deben adelantarse los procesos pertinentes”.<sup>40</sup>

De manera específica, y respecto del régimen disciplinario de los servidores públicos, se expiden Ley 200 de 1995, primer Código disciplinario Único, y la Ley 734 de 2002, actualmente vigente, cuyo contenido y alcance será analizado en el capítulo segundo de la presente investigación. Mediante la ley 200 de 1995 se adoptó el Código Disciplinario Único que, al decir de Pineda Martínez, si bien representó un gran avance al unificar la dispersa legislación sobre la materia ya que allí “se establecieron medios probatorios idóneos para todos los servidores públicos que han incurrido en faltas disciplinarias y se plasmaron los principios rectores”<sup>41</sup>, con su aplicación se empezaron a detectar vacíos e inconsistencias que hicieron necesario presentar un nuevo proyecto de ley para corregir e incluir asuntos atinentes al régimen de sanciones, el compendio de deberes y de faltas gravísimas, el régimen especial de los particulares que ejercen funciones públicas,

---

<sup>40</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-372 de 1999, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, 2000.

<sup>41</sup> PINEDA MARTINEZ, Rosa. Op. Cit., p 7.

el de los notarios, el de la rama judicial y otros aspectos”.<sup>42</sup> Los vacíos e inconsistencias a que alude la doctrinante motivaron a la Procuraduría General de la Nación a presentar un nuevo proyecto de Ley en el año 2000, el cual dio lugar a la hoy conocida ley 734 de 2002 que, junto con la doctrina y la jurisprudencia suscitada por diversas acciones de inconstitucionalidad en su contra, ha permitido crear un cuerpo jurídico dotado de identidad propia.

#### **1.4. POTESTAD SANCIONATORIA DEL ESTADO.**

Al erigirse el Estado como ente regulador de las relaciones interpersonales los propios asociados han aceptado su sujeción al imperio de la ley y a la autoridad de los gobernantes; de allí emana el principio de soberanía del Estado a través del cual se irriga el poder coercitivo para imponer la ley y hacerla cumplir, so pena de diferentes sanciones, sean éstas limitantes de la libertad o de carácter patrimonial. Cuando la mayor parte de la sociedad acepta unas normas jurídicas sancionadoras y a los funcionarios públicos que las llevan a cabo surge, en términos generales, lo que se conoce como estado de derecho, ya que toda actuación de las autoridades administrativas, legislativas, jurisdiccionales o de control, debe someterse al imperio de la ley.

---

<sup>42</sup> PINEDA MARTÍNEZ, Rosa. Op. Cit., p 7.

El artículo 6º del Código Civil dispone que “la sanción legal no es solo la pena sino también la recompensa: es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la trasgresión de sus prohibiciones”. Allí queda condensada la filosofía del Estado de Derecho. Sin embargo, a partir de finales de la década de los cuarenta del siglo XX, y con ocasión de la expedición de las Constituciones de la posguerra de Italia y Alemania, se erige el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho, relegando el culto a la norma e imponiéndose la primacía de los principios y valores diseñados en los diferentes tratados constitucionales que hoy se sintetizan en los preámbulos o en el título pertinente a los principios fundamentales de la mayoría de las Cartas políticas que rigen a los Estados actuales.

El derecho de castigar o sancionar, conocido como *jus puniendi*, que los asociados han colocado en cabeza de las autoridades del Estado, ha hecho un tránsito paulatino del espacio jurisdiccional al ámbito administrativo. Hoy en día no todo es norma penal; los ordenamientos jurídicos modernos tienden a reducir el número de catálogos punitivos y a disminuir las conductas sancionables con pena privativa de la libertad para abrir paso a la sanción social, a la multa o a las restricciones de la locomoción en áreas geográficas determinadas. Por su parte, la administración del Estado, con fundamento en la soberanía popular y en la democracia participativa, adquiere una dimensión especial orientada al bien y al servicio público, uno y otros guiados por el principio de moralidad y referidos a conceptos eminentemente éticos.

Es teoría generalizada que la potestad punitiva o jus puniendi está radicada de manera exclusiva en el Estado y que toda forma de castigo que reciben los asociados, se éste directo o indirecto, emana de dicha facultad. Sobre ese fundamento ha de entenderse tanto la sanción penal como la sanción administrativa.<sup>43</sup> El jus puniendi es un poder absoluto del Estado y se manifiesta con mayor capacidad coercitiva y amedrantadora en el ámbito penal, sin que ellos sea óbice para que otras áreas del Derecho como el civil, el tributario, el policivo, y muy especialmente el administrativo, incorporen catálogos sancionadores dentro de sus respectivas normatividades.

La Corte Suprema de Justicia, cuando ejercía la guarda de la Constitución, ha señalado que el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja pues recubre, como género, al menos cinco especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o "impeachment"<sup>44</sup>.

También ha señalado la jurisprudencia que si bien hay elementos comunes a los diversos regímenes sancionadores es lo cierto que las características específicas de cada uno de ellos exigen tratamientos diferenciales<sup>45</sup>.

---

<sup>43</sup> NAVARRO DE BAUTISTA, Zulma. La Potestad Disciplinaria, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000, p 28.

<sup>44</sup> Sentencia 51 de la Corte Suprema de Justicia, del 14 de abril de 1983, MP Manuel Gaona Cruz, citada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-214 de 1994, MP Antonio Barrera Carbonell.

<sup>45</sup> Ver Sentencia C-827/01 M.P. Alvaro Tafur Galvis S.V. Magistrados Rodrigo escobar Gil y Jaime Araujo Rentería.

#### 1.4.1. **Ámbito Penal.**

Se puede afirmar, sin temor a equívocos, que las primeras normas creadas por las sociedades antes del surgimiento del Estado fueron de naturaleza punitiva, y con su desarrollo todo se orientó a lograr una obediencia generalizada respecto de la autoridad y de sus órdenes mediante la amenaza de una sanción. Las penas, especialmente la restrictiva de la libertad y la de la muerte, caracterizaron el sistema penal antiguo tanto en el continente asiático como en el europeo, logrando su pináculo bajo la égida del Imperio Romano. Todas las culturas antiguas, sin excepción, diseñaron un inventario punitivo en el que predominaban instituciones tales como la ley del talión, las ordalías y el juicio de Dios, a través de las cuales impusieron el orden y el sometimiento, si no de pueblos enteros, de amplios sectores de la población pertenecientes a un mismo grupo étnico, y fueron evolucionando hasta alcanzar su consagración en códigos escritos que superaron la tradición verbal, diseñando inclusive una clasificación de las conductas contrarias al ordenamiento jurídico en hechos ilícitos privados y hechos ilícitos públicos que llevaban aparejada en su descripción la correspondiente sanción.

El *jus puniendi* instituido en los estados antiguos no tenía el carácter de universal. En Grecia y Roma el poder sancionador del Estado sólo se extendía hasta el *pater familias*, quien a su vez se constituía en soberano frente a las mujeres y a los hijos. “Era todo un juez, y como tal depositario del derecho social del castigo”.<sup>46</sup> Este poder soberano trasciende la historia antigua para ubicarse en los modelos

---

<sup>46</sup> PÉREZ, Luís Carlos, Derecho Penal, Partes General y Especial, Tomo II. Bogotá, Editorial Temis, 1982, p 6.

canónicos ideados por la Iglesia Católica en Europa continental, de manera que los príncipes o señores feudales asumieron toda la autoridad y poder soberano, y en especial el *jus puniendi*, pudiendo decidir sobre la voluntad y la vida de los siervos de la gleba.<sup>47</sup>

La pena privativa de la libertad, junto con las torturas, castigos forzados y la muerte, se apoderaron en el Derecho Canónico y en el Derecho Penal durante todo el medioevo y buena parte de la Edad Moderna hasta el surgimiento del tratado sobre los delitos y las penas de Cesare Beccaría, que impone una ruptura con el modelo tradicional, pasando del *jus puniendi* arbitrario al *jus puniendi* legal, lo que significa que no podía existir pena sin norma previa que la estipulara. No obstante esta innovación, la obra de Beccaría es el punto final de un proceso iniciado en 1679 con el Habeas Corpus Act por el cual las personas retenidas podían suplicar comparecer ante el rey para obtener la solución de su situación jurídica. Fue tan sólo con la expedición de la Carta de Derechos de Inglaterra de 1689, el proceso de independencia de las colonias norteamericanas y la Declaración de los Derechos del Hombre que se materializó el Estado de Derecho, es decir la sujeción de las autoridades públicas, incluido el rey, al imperio de la norma jurídica.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> *Ibidem.*, p 8.

<sup>48</sup> NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Bogotá, Editorial Temis, 2000, ps 42 a 47.

El derecho de castigar en cabeza del Estado se torna democrático en el Estado liberal inspirado en la Revolución Francesa a raíz de la separación de los tres poderes y del establecimiento del sistema de pesos y contrapesos entre unos y otros, y muy especialmente mediante la figura del sufragio universal que permitió que la norma jurídica fuese expresión del poder soberano del pueblo.

A finales del siglo XIX y durante todo el siglo XX se va conjugando una socialización del derecho a castigar por parte del Estado; de allí que el tránsito del Estado de Derecho al Estado Social y Democrático de Derecho acaecido a partir de la segunda mitad del siglo XX adopta este presupuesto como uno de sus pilares básicos. Así las cosas, la oralidad de los procesos penales y la reimplantación del jurado de conciencia en aquellos países en donde se había eliminado, permite a la sociedad en general participar de la administración de justicia, sin que ello implique la renuncia del Estado de su potestad punitiva.

El Derecho Penal moderno se inclina, como ya se había anotado, por la disminución notable de las penas privativas de la libertad y de la condena a muerte, sustituyéndolas por penas pecuniarias, trabajo social, limitación de la libertad a ciertos espacios geográficos y la reclusión los fines de semana, primando un derecho penal de acto o de culpabilidad y los principios de resocialización y reincorporación de los transgresores de la ley penal a la vida social, y muy especialmente a las actividades laborales económicamente remuneradas.

#### **1.4.2. Ámbito Disciplinario.**

En la medida en que el Estado moderno se fue constituyendo a manera de empresa, el elemento disciplinante se trasladó al interior de sus instituciones y entidades; los reglamentos y manuales de procedimiento tomaron vigor en razón de la noción de función pública, tornando a cada servidor en un operario u obrero de la administración. De este modo surgen al interior del Derecho Administrativo dos áreas que paulatinamente van tomando autonomía, siendo ellas el Derecho Administrativo Laboral y el Derecho Disciplinario Administrativo, relacionados uno y otro en razón de que cumplen un fin común que no es otro que el logro de los cometidos estatales bajo la preeminencia del bien común y la moralidad pública.

La disciplina supone un conjunto de normas preestablecidas que se imponen a un conjunto determinado de personas, siendo su nota característica la especialidad, y en el caso del Derecho Administrativo Disciplinario, las resoluciones, los reglamentos y el conjunto de deberes y derechos tienen como destinatario al servidor público, pero entendiéndolo como el instrumento racional que utiliza el Estado para alcanzar los fines propuestos en la Carta Política.

En la medida en que el Derecho Administrativo adquirió plena autonomía en Francia separándose de los Derechos Penal y Civil, los ordenamientos jurídicos de otras latitudes, caso Colombia, diseñaron un modelo de administración que lentamente pasó de ser la mera actividad rogada a una categórica función pública

de la cual se puede exigir su cabal cumplimiento, no como gratuidad del Estado sino como derecho fundamental y esencial de los asociados. Así las cosas, el Derecho Disciplinario Administrativo emerge como el garante de la eficiencia, eficacia y moralidad del servicio público.

La potestad sancionatoria del Estado comprende diferentes áreas tales como la civil, la policiva, la penal, la laboral y la administrativa, pero en el campo propiamente dicho del Derecho Penal la sanción adopta el ropaje de pena, de aflicción, en tanto que en las otras esferas su finalidad es la prevención o la exigencia del cumplimiento de unos deberes específicos. El Derecho Disciplinario Administrativo se escinde del Derecho Penal a partir del surgimiento del Estado Social y Democrático de Derecho el cual, bajo los principios de solidaridad y del orden económico y social justo, impone a los servidores públicos el cumplimiento de unos deberes respecto de unas funciones específicas incorporadas en los manuales respectivos de las diferentes entidades.

El Derecho Disciplinario Administrativo no solo tiene la tarea de conservar el orden jurídico administrativo, como lo planteara Gustavo Humberto Rodríguez en 1989, sino que además debe propender por el cabal cumplimiento de las labores de los servidores públicos a fin de alcanzar los cometidos estatales dentro de un marco de disciplina administrativa regida por los principios de eficacia, eficiencia, economía, igualdad, celeridad, imparcialidad, publicidad y, muy especialmente el

de moralidad, tal como lo señala el artículo 209 de la Carta Política, en armonía con los artículos 122 a 124 de la misma obra.

La Corte Constitucional en Sentencia C-125 de 2003 manifestó lo siguiente:

“Hoy en día, la doctrina *jus* publicista reconoce claramente que la potestad sancionadora forma parte de las competencias de gestión que se atribuyen a la Administración, puesto que si un órgano tiene la facultad jurídica para imponer una obligación o regular una conducta con miras a lograr la realización del interés general, el incumplimiento de ese mandato implica que el órgano que lo impuso tenga atribuciones sancionatorias”.<sup>49</sup> En el mismo sentido la Sentencia C-214 de 1994 señaló que:

“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 habilita 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 y constituye un complemento de la potestad de mando, pues contribuye a asegurar el cumplimiento de las decisiones administrativas.

(...) Ahora bien, en el terreno del Derecho Disciplinario estricto, esta finalidad se concreta en la posibilidad que tiene la administración pública de imponer sanciones a sus propios funcionarios quienes, en tal calidad, le están sometidos a una especial sujeción. Con esta potestad disciplinaria se busca de manera general el logro de los fines del Estado mismo y particularmente asegurar el cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública (...).<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2003, Magistrado Ponente, Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2004.

<sup>50</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2002, Op. Cit., 2004.

Así las cosas, la potestad sancionadora del Estado se manifiesta en relación con los asociados o de sus propios funcionarios, siendo estos últimos sujetos de una especial disciplina que trae aparejada la prevención de la trasgresión de las normas a la vez que la sanción en caso de incumplimiento de los deberes, prohibiciones e incompatibilidades en ellas señalados, todo ello bajo el principio del deber funcional como emanación de la sujeción especial de los funcionarios públicos a la administración. Por ello cuando la Corte Constitucional se refiere a una actividad disciplinaria respecto de los particulares, se debe entender que éstos cumplen funciones públicas. Del mismo modo, el servidor público a partir del momento de tomar posesión del cargo o empleo queda disciplinado en virtud de la notificación perentoria que mediante dicho acto hace la administración de las funciones que le asigna, y por ende, del conjunto de deberes, derechos e incompatibilidades que el Código Disciplinario Único le imponen.

## 2. AUTONOMÍA DEL DERECHO DISCIPLINARIO

La ciencia jurídica es un tronco común o único que hunde sus raíces en los principios y valores que anteceden a la existencia del Estado, y en la medida en que el conocimiento y las diferentes actividades sociales, económicas, políticas, culturales y religiosas de los pueblos requieren de una reglamentación especial, se van conformando a través del tiempo diversas áreas jurídicas, que a su vez van nutriendo nuevas codificaciones, hasta alcanzar el punto de especialización y desarrollo que hoy en día se conoce, sin que pueda decirse que han perdido el ligamen con su fuente primigenia.

La historia del Derecho no registra reparos ni controversias respecto del deslinde entre lo público y lo privado, tal como aconteció en el Derecho Romano. Del mismo modo, en los orígenes de la formación ordenada o '*corpus juris*' de la ciencia jurídica no se suscitó debate alguno entre los asuntos propios del penal y del civil, pues el interés se centraba en la resolución inmediata, ordenada y sistemática de un problema concreto que no necesitaba adjetivación, simplemente se hablaba de Derecho.

El Derecho continental europeo luego de la caída del Imperio Romano (siglo V d.C.) permitió la formación del Derecho Canónico, primer estatuto disciplinario de la humanidad que comprendía la casi totalidad de las facetas de la vida individual y social de los súbditos de la Iglesia Católica y que perduró hasta la elaboración

de la Enciclopedia (1751 a 1772), que junto con el surgimiento del positivismo merced a la obra de Augusto Comte (1852) dio lugar al concepto de especialización del conocimiento, a lo que no escapó la ciencia del Derecho, iniciándose el proceso de amojonamiento o separación del Derecho Civil frente al Penal, y más tarde al Administrativo, apareciendo nociones claras tendientes a la configuración del Derecho Constitucional, Político y de Comercio, entre otros. El siglo XX ve nacer, por desmembración del Derecho Civil, los ámbitos jurídicos Laboral, de Familia, Agrario y Minero, y abre las compuertas a toda forma de regulación jurídica entre las que sobresale el Derecho Disciplinario Administrativo como una emanación de la potestad sancionadora del Estado, el cual ha venido en las últimas décadas imponiendo sus principios, criterios y estructuras para reclamar su emancipación del Derecho Penal.

Para alcanzar su autonomía una ciencia requiere mucho más que proclamarla, siendo necesario entonces demostrar un mínimo grado de especialización, su objeto de estudio propio, metodología de investigación particular, objetivo singular, difusión y construcción conceptual propia, y en tratándose de un área jurídica debe además tener un desarrollo normativo específico.

## **2.1. FUENTES JURÍDICAS QUE NUTREN AL DERECHO DISCIPLINARIO.**

Predicar la autonomía de un área jurídica no supone su generación espontánea y más bien ubica la materia de estudio dentro de un marco referencial del cual se alimenta para elaborar su propia construcción teórica. Es así como el Derecho Disciplinario adopta algunos principios del Derecho Penal, del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal, y sobre ellos estructura todo su andamiaje

normativo, sin perder de vista que unos y otros beben en la fuente del Derecho Constitucional.

### **2.1.1. Principios del Derecho Penal Aplicables al Derecho Disciplinario.**

Los principios que hoy se conocen como fundamentales, y que según la doctrina anteceden a la creación del Estado, tan sólo alcanzaron una primera elaboración y consolidación durante el siglo XVIII, necesitándose la doble conflagración mundial para que la Declaración Universal de los Derechos Humanos plasmara toda una serie de derechos y garantías que inicialmente insertos en los Códigos Penales de diversos países democráticos no propiciaron su pleno ejercicio y aplicación. De allí que se hizo necesario elevarlos a rango constitucional para que irradiaran plenamente la actividad jurisdiccional y administrativa, y fue tal su grado de penetración que hoy en día todas las áreas del Derecho toman sus postulados generales como carta de navegación para enrumbar sus propios objetivos.

No se puede desconocer que principios tales como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, cosa juzgada, favorabilidad, debido proceso, culpabilidad e igualdad, entre otros, son elaboración del quehacer constante de la ciencia jurídica en un trasegar de casi veintitrés siglos, pero sólo adquieren dimensión universal cuando son referidos a la esencia del ser humano y tenidos como intrínsecos a ella, y conjugados unos y otros dan cuerpo al concepto de dignidad humana, tutelado preferentemente frente a cualquier otra consideración de carácter político o social.

El Derecho Disciplinario forma parte integral del ordenamiento jurídico en general y del Derecho sancionador en particular, y resulta de buen recibo admitir que una serie de principios nacidos de las entrañas ya del Derecho Constitucional, ya del Penal, le sirven hoy de fundamento, lo que no significa que por este motivo pierda su condición de autónomo pues a lo largo de su configuración ha venido estructurando un conjunto de elementos que le son propios y que determinan su grado de identidad.

El anterior aserto se puede ilustrar con lo predicable del principio de tipicidad, que tiene sus propias peculiaridades en tratándose del Derecho Disciplinario, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en Sentencia C-427 de 1994:

“Es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan<sup>51</sup>

Enderezada a reconocer la nítida diferenciación que en materia de tipicidad existe entre el Derecho Penal y el Disciplinario, la Corte reiteró en 1999 la doctrina anterior, señalando que:

---

<sup>51</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-427 de 1994, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1995.

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

Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron”.<sup>52</sup>

La seguridad jurídica exige por parte del Estado la precisión normativa tanto en ámbito penal como en el Disciplinario, pero el consagrar este último tipos penales abiertos no niega este propósito estatal; muy por el contrario, ordenar la actuación del Estado a través de un catálogo de deberes de profundo contenido ético, permite un mayor grado de compromiso o sólo del servidor público sino de la ciudadanía en general, porque no va a encontrar en las autoridades la presencia de un aparato represor sino a un garante de la protección y salvaguarda de los bienes públicos.

---

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-907 de 1999, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2000.

Una de las tareas primordiales del Derecho Disciplinario es la de ir avanzando hacia la positivación de los tipos abiertos que, se aclara, no son ajenos al Derecho Penal, los cuales no excluye de garantías especiales al servidor público disciplinado. En el Derecho Disciplinario los principios de tipicidad y legalidad no se plasman imbricados exclusivamente en la ley sino que su fundamento salta al plano de los principios y valores que orientan al Estado, y muy especialmente a la administración pública, de allí que al imponer una sanción al funcionario que haya incumplido sus deberes, el administrador disciplinante deberá examinar en qué tanto la conducta reprobable vulneró los principios de igualdad, moralidad y eficacia, entre otros, poniendo es riesgo el decoro y el buen nombre de la administración.

Es necesario reiterar que tanto el Derecho Penal como el Disciplinario son ordenamientos jurídicos de 'acto' en donde prima la voluntad del transgresor de la norma frente a la materialización del hecho considerado como típico o sancionable, siendo exigible en uno y otro ámbitos, la plena constatación de la creación mental de la conducta final para que ella sea sancionada. Sin embargo el debate doctrinal ha profundizado sobre el tópico a raíz de la eliminación que hizo el legislador de la figura de "lesividad" que había sido propuesta como artículo 5º del CDU por encontrarla propia del Derecho Penal y ajena al Disciplinario, y en el Debate adelantado en el Congreso sobre la materia se presentaron las siguientes argumentaciones para sustentar dicha eliminación:

"La expresión "lesividad" es propia del derecho penal, mecanismo de control social que tiene como fundamento la protección de bienes

jurídicos cuyo contenido viene dado por los derechos fundamentales. Trasplantar del derecho penal al derecho disciplinario tal expresión comporta introducir factores perturbadores que incidirán en la correcta interpretación de la ley, habida cuenta que, si bien en derecho disciplinario deben regir las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, las mismas deben estar dotadas de su contenido propio y autónomo.

Ciertamente que el derecho disciplinario protege en términos generales el correcto desempeño de la función pública, lo cual hace a través de una consideración global de la materia; empero, las especificaciones de tal protección vienen dadas por la imposición de deberes funcionales acordes con la función que cumple el servidor público en un Estado Social y Democrático de Derecho (artículos 2º, 6º y 122 inciso 2º de la Carta Política).

Decoro, eficiencia y eficacia no son los únicos valores constitucionales encarnados en los deberes funcionales, habida cuenta que juegan otros como la moral pública, la imparcialidad, transparencia y objetividad que emanan de la Carta Política y el orden jurídico desarrolla.

No basta como tal la infracción a un deber, ni a cualquier deber, sino que se requiere, para no convertir la ley disciplinaria en instrumento ciego de obediencia, que ello lo sea en términos sustanciales; esto es, que de manera sustancial ataque por puesta en peligro o lesión el deber funcional cuestionado.

Ello es lo que se busca con la redacción inicial, empero, la misma resulta equívoca en la medida en que trata de buscar una autonomía e independencia del derecho penal a través de la utilización de las categorías dogmáticas de éste.

En efecto, la exposición de motivos presentada por la Procuraduría General de la Nación deslinda derecho penal y derecho disciplinario, señalando a éste como un “sistema autónomo e independiente, con objetivos y características propios”, precisando la necesidad de diferenciar la antijuridicidad penal de la disciplinaria, pues en aquél se habla del “principio de lesividad o de antijuridicidad material”.

Pues bien, si ello es así, como lo es por resultar correcto, no se puede utilizar en derecho disciplinario la expresión lesividad, habida cuenta que la misma denota un sistema de injusto montado sobre la base de la lesión a bienes jurídicos tutelados, cuya puesta en peligro o lesión origina la antijuridicidad material como categoría dogmática.

El derecho disciplinario no puede ser entendido como protector de bienes jurídicos en el sentido liberal de la expresión, toda vez que se instauraría una errática política criminal, habida cuenta que no existiendo diferencias sustanciales entre derecho penal y derecho disciplinario por virtud de ello, llegaría el día en que el legislador, sin más ni más, podría convertir sin ningún problema todos los ilícitos disciplinarios en injustos penales.

Si, como lo afirmó la exposición de motivos “el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro”, tal cometido, sin que se presente a interpretaciones diferentes, se logra con la modificación propuesta”.<sup>53</sup>

Eliminada la expresión lesividad del Proyecto de Código Disciplinario Único y plasmada en su lugar la de “ilicitud sustancial” (art. 5º CDU), se conjugan en un solo cuerpo normativo los principios de tipicidad y antijuridicidad referidos al elemento esencial del deber funcional. La Corte Constitucional señaló en Sentencia C-948 de 2002, con Ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, que esta norma favorece la autonomía del derecho disciplinario en materia de antijuridicidad frente a lo diseñado por el Derecho Penal, y precisó:

“Para la Corte, como se desprende de las consideraciones preliminares que se hicieron en relación con la especificidad del derecho disciplinario, resulta claro que dicho derecho está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. En este sentido y dado que, como lo señala acertadamente la vista fiscal, las normas disciplinarias tienen como finalidad encauzar la conducta de quienes cumplen funciones públicas mediante la imposición de deberes con el objeto de lograr el cumplimiento de los cometidos fines y funciones estatales, el objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a dudas el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública.

---

<sup>53</sup> Congreso de la República, Gaceta del Congreso 263 de 2001.

El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta.

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria.

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por si misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines”.<sup>54</sup>

En el mismo orden de ideas se debe advertir que tanto el Derecho penal como el Disciplinario tienen como motivante de la sanción la configuración de la culpabilidad, en su modalidad culposa o dolosa, quedando radicada en uno u otro ámbito la responsabilidad objetiva, tal como se expuso en el Capítulo 2 de la presente investigación.

A partir de la noción del deber funcional se construye el ilícito disciplinario, siendo este, el desconocimiento del deber que altera el buen funcionamiento de la función pública.

---

<sup>54</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, Op. Cit., 2003.

En esta línea interpretativa el concepto del Señor Procurador General de la Nación, en Sentencia de la Corte Constitucional de 2002 sostuvo lo siguiente: “El objeto de protección del derecho disciplinario es sin lugar a duda el deber funcional de quien tiene a su cargo una función pública. El incumplimiento de dicho deber funcional, es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, si no que, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir, el que atente contra el buen funcionamiento del estado y por ende contra fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta”.<sup>55</sup>

### **2.1.2. Principios del Derecho Administrativo Aplicables al Derecho Disciplinario.**

Los fundamentos que informan al Derecho Administrativo son los de libertad, igualdad, jerarquía normativa, publicidad e irretroactividad de las normas, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos, efectividad de la tutela judicial, proporcionalidad, objetividad administrativa, participación de los ciudadanos, unidad, autonomía y solidaridad, y sobre ellos descansa la protección del Estado y la realización de sus fines y cometidos esenciales. Si se tiene en cuenta que el objeto específico del Derecho Disciplinario no es otro que el de sujetar a los funcionarios públicos a unas reglas

---

<sup>55</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galviz, Concepto 2924 de 2002. Quien interviene el presente proceso dado el impedimento planteado y aceptado por la Corporación del señor Procurador General de la Nación Edgardo José Maya Villazón y del señor Viceprocurador General de la Nación Carlos Arturo Gómez Pavajeau, quienes intervinieron en razón de sus funciones en el trámite del proyecto que dio origen a la Ley 734 de 2002.

de conducta con miras a preservar el decoro y buen nombre de la administración, resulta marcada su relación con los principios orientadores del Derecho Administrativo cuya función principal es la de poner en marcha todo el aparato estatal para desarrollar los cometidos a él impuestos por el ordenamiento Superior, de donde se infiere que uno y otro se necesitan recíprocamente y que la exclusión de cualquiera de los dos del mismo curso o cause provocaría inestabilidad en la actividad estatal.

Dentro del Estado Social y Democrático de Derecho priman dos principios básicos dentro de los cuales debe encauzarse la administración pública: los de solidaridad y orden económico y social justo,<sup>56</sup> esbozados tanto en el preámbulo como en el artículo 1 de la Constitución Política. El desarrollo de estos presupuestos está en cabeza preferentemente de los servidores públicos, y es por eso que a partir del momento de su posesión quedan obligados con el Estado y la comunidad, sin que ello substraiga a todos los asociados del deber constitucional de obrar de conformidad con el principio de solidaridad social.

### **2.1.3. Principios del Derecho Procesal Aplicables al Derecho Disciplinario.**

El eje central del Derecho Procesal es el principio constitucional del debido proceso, aplicable a toda actuación tanto judicial como administrativa, según las voces del inciso 1 del artículo 29 constitucional. De allí emanan principios tales como el de legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, derecho a la

---

<sup>56</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p 406.

defensa, publicidad, contradicción, doble instancia, non bis in ídem y cosa juzgada material y procesal.

El Derecho Procesal, cualquiera sea su ámbito de aplicación, requiere de un elemento que lo dinamice y ponga en marcha, siendo éste el derecho subjetivo público denominado acción cuyo principal titular es el Estado, más aún en tratándose de materias penales, administrativas o disciplinarias. A este respecto la Corte Constitucional señaló lo siguiente:

“Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales.

La acción penal, en cambio, cubre tanto la conducta de los particulares como la de los funcionarios públicos, y su objetivo es la protección del orden jurídico social. Cabe agregar que ya no es posible diferenciar la acción penal de la acción disciplinaria por la existencia en la primera de los conceptos de dolo o culpa, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 200 de 1995, parcialmente acusada, "en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa".<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996, Op. Cit., 1997.

Es importante precisar que en su calidad de derecho subjetivo público la acción está radicada en cabeza del Estado como de los particulares. Sin embargo, cuando el legislador restringe o limita esta potestad, sólo a quien se le faculte para que la ejerza podrá denominarse titular, como se desprende de la lectura juiciosa de los artículos 2º de la ley 734 de 2002 y 66 de la ley 906 de 2004. Pero de conformidad con lo reglado por el artículo 229 constitucional toda persona tiene derecho a acceder a la administración de justicia, sea para incoar una acción o para ejercer el derecho de defensa o de contradicción. En este orden de ideas, resulta claro que el Derecho Procesal, en todos sus órdenes, es un ordenamiento jurídico creador de instituciones, procesos y procedimientos encargados de garantizar la debida y pronta administración de justicia.

Retomando el hilo conductor es claro advertir que el Derecho Disciplinario en su ámbito estrictamente administrativo adopta todos los principios del Derecho Procesal, especialmente los incorporados en el Código Contencioso Administrativo, con el fin de armonizar en los propósitos y cometidos estatales. De allí que el proceso disciplinario, que en últimas es una actuación administrativa, asuma como propio el objeto de los procedimientos administrativos señalado en el artículo 2 del CCA (Decreto Ley 01 de 1984): “Los funcionarios tendrán en cuenta que la actuación administrativa tiene por objeto el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios

públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley”.

No debe perderse de vista que el Derecho Disciplinario Administrativo es el instrumento eficaz del cual se vale la administración pública para el cabal cumplimiento de sus propósitos constitucionales, teniendo en cuenta el interés general y la solidaridad como pilares sobre los que descansa el Estado Social y Democrático de Derecho.

## **2.2. FUNDAMENTACIÓN EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO.**

La actividad disciplinante es connatural a la existencia de la familia, la sociedad y el Estado y ha permitido la cohesión del grupo social, la transmisión oral de los valores culturales y el desarrollo educativo de las distintas generaciones. El quehacer del ser humano le impone, en cualquier estadio de su desarrollo, un mínimo de organización y, por ende, de aconductamiento y sometimiento a unas reglas impuestas ya por el propio individuo, ya por el grupo social al que pertenece, o por el propio Estado, en este último caso a través de normas jurídicas con fuerza vinculante y capacidad coercitiva dado su obligatorio cumplimiento. Todo lo anterior ha permitido el nacimiento y estructuración de una moderna rama jurídica denominada Derecho Disciplinario, a la cual se le ha negado reiteradamente su condición de autónoma para predicarle una dependencia directa ya del Derecho Penal, ya del Administrativo.

La sistemática negación de la autonomía del Derecho Disciplinario constituye, por sí, la aceptación de que ha surgido un nuevo ámbito jurídico que reclama el reconocimiento de su objeto, metodología, fines y construcción conceptual, y es tal su preponderancia a nivel mundial que sobre él se ha elaborado un amplio acervo doctrinal, jurisprudencial y legislativo que tiende mayoritariamente hacia su proclamación como ente emancipado del Derecho Penal, llegando a plantearse inclusive que aquel comienza a invadir terrenos antes exclusivos y excluyentes de este último.

Modernamente se entiende que las áreas del saber no se caracterizan por la acumulación de conocimientos sino por ser generadoras de nuevos interrogantes, que a su vez exigen la formulación de respuestas coherentes que satisfagan una necesidad social, evitando la mera elucubración desprovista de un propósito general; y en este modelo encaja plenamente el Derecho Disciplinario teniendo en cuenta que ha venido desplegando la nueva concepción del derecho axiológico que muy seguramente irá a desplazar a futuro el derecho represor y castigador milenariamente impuesto por el Derecho Penal como expresión de una sociedad que ha legitimado las profundas diferencias sociales.

Autonomía no significa independencia, sino que, como lo define el Diccionario de la Lengua Española, es la “condición de quien, **para ciertas cosas**, no depende

de nadie”<sup>58</sup>(subraya fuera de texto), precisión predicable del derecho que nos ocupa ya que su constante quehacer no le impone remisiones instrumentales ni teóricas a otros campos jurídicos, pese a que en sus principios generales sigue dependiendo del Derecho Constitucional, del Administrativo y del Procesal. Enrique Aftalión en su obra Derecho Penal Administrativo trae el siguiente comentario que puede ilustrar aquí los asertos que se han venido esbozando:

“Atribuir a un determinado sector del ordenamiento jurídico autonomía científica importa, en el plano de la técnica jurídica, elaborar con él, lo que tradicionalmente se llama una *construcción jurídica*, el más depurado fruto de la dogmática. El proceso por el que se llega a la construcción puede esbozarse del siguiente modo: Primero, partiendo inductivamente de una serie de situaciones particulares, se busca por abstracción la idea unitaria que las preside; después, se extrae de tal idea todas sus consecuencias y se generalizan los principios así obtenidos, de modo tal que sirvan para dar cuenta de una serie de nuevos casos congéneres. (...) En rigor, toda construcción jurídica, aunque se pretenda ver en ella una categoría puramente lógica u ontológica, alberga ingredientes histórico-contingentes, e importa, quiérase o no, una correcta toma de posición axiológica frente a la experiencia jurídica”.<sup>59</sup>

No puede perderse de vista que el Derecho en general es una construcción cultural y por lo tanto inacabada, de constante elaboración, por lo que no resulta extraña la configuración de nuevas esferas que sin perder su punto de convergencia inclinen la investigación hacia nuevos campos, aportando elementos frescos o revaluando algunos que por el propio giro de la vida moderna imponen su desuso.

---

<sup>58</sup> REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Editorial Espasa, 2002, p 170.

<sup>59</sup> AFTALIÓN, Enrique. Derecho Penal Administrativo, Buenos Aires, Editorial Desalma, 1955, p 83.

### **2.2.1. Especialización. Objeto Propio.**

El Derecho Disciplinario es una modalidad del Derecho sancionador que dentro de los principios generales del Estado Social y Democrático de Derecho está dirigido a garantizar la buena marcha de la administración, siendo éste su objeto específico. Para llevarlo a cabo construye una serie de normas generales y particulares enderezadas a que las actuaciones administrativas se ejecuten con sujeción a los principios de moralidad, igualdad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

La jurisprudencia nacional se ha pronunciado sobre el objeto del Derecho Disciplinario, señalando lo siguiente:

“Disciplina que encuentra fundamento en la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, la violación de régimen de inhabilidades, incompatibilidades, (...).Por ello el régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos a quienes corresponde estar al servicio del Estado y de la comunidad (C.P. art. 123), dado que la función administrativa está al servicio de los intereses generales y debe desarrollarse con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad (C.P. art. 209).

Por ello ha precisado la jurisprudencia, que el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cual sea el órgano o la rama a la que pertenezcan”.<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002, Op. Cit., 2003.

El elemento que especializa al Derecho Disciplinario no es otro que el de regular las relaciones que surgen entre el Estado y los funcionarios públicos en desarrollo del deber funcional. Este es su objeto propio, del cual no se ocupa ninguna otra área jurídica, porque la particularidad que enlaza al Estado con el servidor público no trasciende los ámbitos penal, civil, laboral o policivo, entre otros, ni aún, al administrativo, porque la labor de este último es la de trazar los derroteros generales que ha de cumplir el Estado en todos sus órdenes, pero no es de su competencia dinamizar el deber funcional.

Si en desarrollo de su objeto, esto es, garantizar la buena marcha de la administración, el Derecho Disciplinario encuentra que el funcionario público omitió, olvidó o se extralimitó en el ejercicio de sus funciones poniendo en peligro el decoro y el buen nombre de la misma, faculta a la autoridad administrativa competente para iniciar y llevar a cabo la investigación pertinentes, y para imponer la sanción que a su justo juicio considere conveniente, lo que no significa que sea éste un derecho sancionador represivo, porque son diversos los elementos que lo separan del Derecho Penal, tal como lo estableció la Corte Constitucional:

"Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.

"La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública.

"La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en las que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos".<sup>61</sup>

Dentro de estos precisos linderos señalados por la Corte Constitucional, en acopio de la jurisprudencia y la doctrina extranjeras, no cabe duda que la especialización del objeto del Derecho Disciplinario lo erige como un cuerpo normativo autónomo que ha venido imponiendo sus propios límites y determinando su ámbito de aplicación específico.

### **2.2.2. Metodología.**

Un método científico se encamina a facilitar a un área del conocimiento la búsqueda de su sustento epistemológico para que pueda diferenciarse de otros ámbitos que se le parecen o relacionan, y debe acudir a la fijación de reglas y procedimientos a seguir para llevar a buen término sus cometidos.

---

<sup>61</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-438 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1993.

Es necesario diferenciar entre un método general que sirve faro a los campos del conocimiento que tienen vocación científica y un método particular que se ocupa de desarrollar el objeto y complejidad de una materia específica que no pregona pretensiones de esta índole. Es preciso señalar entonces que método, es aquel conjunto de operaciones teóricas y procedimentales que permiten validar o justificar un área de investigación o un campo del conocimiento.

Las pretensiones del Derecho Disciplinario no alcanzan para ubicarlo dentro del plano puramente científico, y se enrumba, eso sí, hacia el modesto sitio de área específica del conocimiento en razón de haber adquirido ya un reconocimiento legislativo, docente, doctrinal y jurisprudencial, y como sus fuentes de conocimiento son eminentemente formales, es decir, la Constitución, la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre no contraria a derecho, los resultados de su accionar investigativo conforman un acervo teórico característico, propio, específico, con fronteras definidas frente a otros saberes jurídicos.

No puede perderse aquí de vista que el Derecho Disciplinario no sólo acopió el sustento teórico que hoy lo posiciona como un derecho autónomo, sino que además lo difundió, lo publicitó y lo puso en práctica dentro de una específica población (funcionarios públicos) que lo ha aceptado y acatado sin prevenciones de ninguna naturaleza.

En términos generales, el Derecho Disciplinario como área específica de conocimiento partió, en la búsqueda de su identidad, de la formulación de un problema a resolver, y luego de superar diversas etapas secuenciales ha obtenido

unos resultados teóricos relevantes que le han permitido estructurar todo el andamiaje teórico y normativo que lo sustenta, y sus logros cognoscitivos están a disposición de la crítica general para que sobre ella misma se reelaboren nuevos postulados que le permitan crecer y encumbrarse hasta alcanzar plenamente su reconocimiento universal.

### **2.2.3. Objetivo Particular.**

El propósito primordial del Derecho Disciplinario es prevenir, mediante idóneas políticas de administración pública, la realización por parte de los funcionarios estatales, de conductas lesivas para la buena marcha de la administración, y su objetivo supletorio es el de sancionar a aquellos funcionarios públicos cuya actuación transgreda el catálogo de deberes, derechos y obligaciones que el reglamento específico les impone. Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-996 de 2001 precisó lo siguiente:

“En múltiples decisiones, esta Corporación ha estudiado la naturaleza y finalidad del derecho disciplinario y ha concluido que éste es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de Derecho (CP art. 1º), por cuanto de esa manera se busca garantizar la buena marcha y buen nombre de la administración pública, así como asegurar a los gobernados que la función pública sea ejercida en beneficio de la comunidad y para la protección de los derechos y libertades de los asociados (CP arts. 2º y 209). Por ello, el derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, ya que los servidores públicos no sólo responden por la

infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP Art. 6º).<sup>62</sup>

Dentro de la estructura de un Estado Social y Democrático de Derecho le es dable a la administración ejercer la potestad disciplinaria mediante el catálogo de normas sustantivas y adjetivas creadas para tal fin. Y así lo ha señalado la Corte Constitucional en Sentencia C-708 de 1999:

“Constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública.

“En el cumplimiento de esos cometidos estatales y durante el ejercicio de las correspondientes funciones o cargos públicos, los servidores públicos no pueden distanciarse del objetivo principal para el cual fueron instituidos, como es el de servir al Estado y a la comunidad en la forma establecida en la Constitución, la ley y el reglamento (...). Las reglas disciplinarias que así se expidan determinarán sobre la respectiva responsabilidad del infractor y la asignación de una sanción, por carecer los servidores públicos de la idoneidad requerida para la prestación del servicio y de un comportamiento ajustado y exigido en los términos previamente establecidos por el ordenamiento jurídico.”<sup>63</sup>

La finalidad que procura el Estado con la potestad disciplinaria es la custodia y preservación del orden administrativo, para lo cual utiliza incentivos, preventivos y sanciones a fin de impedir la materialización de conductas contrarias a los deberes

---

<sup>62</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-996 de 2001, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2002.

<sup>63</sup> Corte Constitucional, sentencia C-708 de 1999, Op. Cit., 2000.

funcionales, propiciando un ambiente de moralidad y eficacia al interior de la administración.

#### **2.2.4. Construcción Conceptual Propia.**

El proceso de autonomía de un área de conocimiento, y en especial de un sistema o subsistema jurídico impone la obligación de la elaboración de una serie de conceptos, principios y postulados que faciliten el alindamiento de su objeto propio y objetivo particular en un campo específico fácilmente identificable tanto por sus defensores como por sus contradictores. Este planteamiento encuentra asidero en las consideraciones formuladas por Aftalión:

“A nuestro juicio, sólo pueden existir dos ideas regulativas para saber si una rama cualquiera es, o no, científicamente autónoma: a) Si los principios que le informan, por su carácter antológicamente original y por constituir una construcción jurídica sistemática, completa y cerrada, hacen innecesaria toda recurrencia a los principios de otra rama, estaremos frente a una disciplina plenamente autónoma; b) Si los principios de la rama en cuestión aparecen como contingentes excepciones, o especificaciones de los de otra disciplina, a la que recurre además para la solución de los casos no previstos, no cabe hablar de una rama autónoma, si no, a lo sumo, de un recuadro o ramal más o menos excepcional o especializado”.<sup>64</sup>

El camino tortuoso que debe recorrer en procura de su autonomía una disciplina jurídica por su cualificación puramente teórica, exige de una elaboración precisa de vocablos, términos y conceptos que lo vayan convirtiendo, bien en un derecho de excepción, bien en un derecho especial; en el estricto margen del Derecho Disciplinario esta labor ha sido facilitada por el desarrollo aislado pero concurrente

---

<sup>64</sup> AFTALIÓN, Enrique, Op. Cit., p 81.

de la dogmática constitucional, penal, administrativa y procesal que han puesto a su servicio todo un catálogo de palabras y conceptos que han venido nutriendo el ahora elaborado cuerpo normativo y doctrinal que lo caracteriza.

El Derecho Disciplinario ha venido construyendo particulares acepciones para denominar actuaciones, relaciones, procedimientos y sanciones propias de su naturaleza, a la vez que creando vocablos innovadores que si bien tienen su sinonimia representada en otra parcela jurídica, le imprimen personalidad e identidad propias. Lo importante aquí no es esta inventiva semántica, sino que sobre ella se han diseñado las más depuradas jurisprudencias, los más acabados conceptos doctrinarios, las más elucubradas interpretaciones y ha concitado el interés de egregios académicos en los diferentes campos del saber jurídico.

#### **2.2.5. Deontología y Derecho Disciplinario.**

La ciencia o tratado de los deberes y derechos, y particularmente de los resultantes de una determinada actividad social, adquiere el nombre de deontología y se aplica hoy en día especialmente a la moral profesional y de los grupos sociales que ejercen actividades especializadas, dirigiéndose esencialmente hacia dos planos bien diferenciados: uno, a procurar el bien dentro del ámbito laboral en el que se esté inserto, y otro hacia la autosatisfacción por el bien causado.

Este término es aplicable a cualquier profesión o actividad en donde la falta de sincronización de los medios empleados con los fines propuestos anula axiológicamente la actividad material. Desde esta órbita es válido afirmar que siendo el Derecho Disciplinario un conjunto de deberes y derechos, es también un tratado deontológico de altísima significación imponible a la administración pública, específicamente a sus servidores.

Resulta pleonástico hablar de Derecho Disciplinario deontológico, ya que siendo éste un catálogo mayoritariamente axiológico es de su esencia ser contentivo de de derechos y deberes, y aquí está radicada una de sus especificidades frente a las demás ramas jurídicas, porque aún la más laxa no alcanza a emular la diversa elaboración valorativa contenida en las normas de carácter sustantivo y adjetivo del orden que aquí se refiere.

Para cumplir el propósito deontológico que acompaña al Derecho Disciplinario no basta con la mera catalogación y estructuración de una serie de derechos y deberes, sino que se hace indispensable adquirir un compromiso ético frente al Estado y a la sociedad con miras a lograr el buen servicio, para lo cual se hace perentorio que la administración pública adelante programas de capacitación dirigido tanto a los servidores públicos y a los particulares que cumplen funciones públicas como a la comunidad en general para que, los dos primeros, comprendan su alcance y así lo ejecuten, y los terceros, conozcan su contenido y se beneficien de su filosofía de moralidad, equidad y eficiencia administrativa.

### 2.3. ESPECIFICIDAD DEL DERECHO DISCIPLINARIO.

Ha sido objeto de consideración por las Corporaciones en numerosas ocasiones<sup>65</sup>, en las que se ha referido particularmente a tres aspectos que, por lo demás, ellos son (i) la imposibilidad de transportar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario, (ii) el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria y (iii) la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal.

Lo antes referido, resume los tres puntos fundamentales diferenciadores del Derecho Disciplinario frente al Derecho Penal.

En relación con la imposibilidad de asimilar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario se ha señalado que:

*“La no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.”<sup>66</sup>*

---

<sup>65</sup> Al respecto ver la Síntesis efectuada en la Sentencia C- 181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra S.P.V.I. de los Magistrados Jaime Córdoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Alvaro Tafur Galvis. Ver igualmente entre otras las sentencias C-708/99 M.P. Alvaro Tafur Galvis, C-155/02 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño S.P.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett.

<sup>66</sup> Sentencia T-146 de 1993.

Y en otra ocasión, la Corte se expresó:

*“Sea lo primero señalar que, el ejercicio del derecho del Estado a sancionar (ius punendi) las faltas disciplinarias que cometan sus servidores para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, lesivas de los bienes jurídicos protegidos con ellas, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente para los regímenes sancionatorios, particularmente, en lo que hace al derecho penal<sup>67</sup>, en la medida en que ambos participan de elementos comunes. Sin embargo, la remisión a los institutos de ese derecho sólo es viable en el evento de una inexistencia de regulación específica y suficiente, habida cuenta que el derecho disciplinario constituye una disciplina autónoma e independiente de orden jurídico<sup>68, 69</sup>”.*

Otro punto de gran importancia para determinar que la autonomía del Derecho Disciplinario es el hecho de que los objetivos perseguidos por la ley disciplinaria son claramente distintos a los que pretende el régimen penal.

La ley disciplinaria tiene como finalidad específica la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.

la Corte ha precisado que el derecho disciplinario pretende garantizar “la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los

---

<sup>67</sup> Ver la Sentencia T-438/92, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>68</sup> Sentencia C-769/98, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>69</sup> Sentencia C- 708/99 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

diferentes servicios a su cargo”<sup>70</sup>; cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de “igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” a que hace referencia la norma constitucional.

La Corte ha precisado igualmente que en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones<sup>71</sup>. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella 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<sup>72</sup>.

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

---

<sup>70</sup> Sentencia C-341 de 1996

<sup>71</sup> En reiterados pronunciamientos esta Corporación ha resaltado que la órbita de injerencia del derecho disciplinario se circunscribe al comportamiento de los servidores públicos en ejercicio de sus cargos. Por ello se ha expuesto que “*El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo*”. Corte Constitucional. Sentencia C-341-96. M. P. Antonio Barrera Carbonell. En el mismo sentido, se ha indicado que “*El Código Disciplinario Único comprende el conjunto de normas sustanciales y procesales, con las que el legislador pretende asegurar la obediencia, la disciplina, la eficiencia y el adecuado comportamiento de los servidores públicos en el ejercicio de sus cargos*”. Corte Constitucional. Sentencia C-712.01. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

<sup>72</sup> Ver Sentencia C-373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño. S.P.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett.

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 imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia<sup>73</sup>.

Como último aspecto a mencionar, es el referente a los tipos abiertos, las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.

Ha dicho la Corte:

*“(..)* es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan:

*‘La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva*

---

<sup>73</sup> Ver Sentencia C- 181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra S.P.V.I. de los Magistrados Jaime Cordoba Triviño, Eduardo Montealegre Lynett y Alvaro Tafur Galvis.

*delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

*Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron<sup>74</sup>.<sup>75</sup>*

De las consideraciones anteriores se desprende entonces que las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse el operador disciplinario para imponer las sanciones correspondientes, circunstancia que sin vulnerar los derechos de los procesados<sup>76</sup> permite una mayor adaptación del derecho disciplinario a sus objetivos. Así mismo cabe concluir que la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado y que dado que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del

---

<sup>74</sup> Sentencia C-427/94, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

<sup>75</sup> Sentencia C- 708/99 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

<sup>76</sup> Sobre la vigencia del sistema de tipos abiertos en el ámbito disciplinario y su respeto del debido proceso Ver entre otras la Sentencia C-181/02 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento, por lo que la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas.

### **3. SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO DISCIPLINARIO Y LA LEY PENAL.**

Buena parte de la doctrina nacional y extranjera ha supeditado el desarrollo del Derecho Disciplinario a los principios generales del Derecho Penal. Rojas Caro, por ejemplo, entiende al primero como “un derecho penal en miniatura”,<sup>77</sup> trasladándole, tácitamente, toda la estructura dogmática del ordenamiento punitivo. En la otra orilla se encuentra la tendencia teórica que propugna por la escisión de estas dos áreas sancionadoras para constituir ámbitos jurídicos plenamente diferenciados, alineándose en ella Gustavo Humberto Rodríguez quien plantea que los principios que orientan al Derecho Penal y al Derecho Disciplinario son radicalmente diferentes, basándose el primero en la creación de tipos y en la construcción de normas que tienen como objeto reprimir y prevenir la delincuencia mediante penas de finalidad múltiple, en tanto que el segundo “se limita a mantener a los funcionarios en su dependencia jerárquica, mediante sanciones que si bien asumen la índole de las penas, tienen simplemente un carácter correctivo”, concluyendo que “el ejercicio de la potestad disciplinaria es administración y el de la potestad criminal es justicia”.<sup>78</sup>

El debate teórico en torno al ámbito diferenciador entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario ha preocupado a la doctrina y a la jurisprudencia colombianas a partir de la segunda mitad del siglo XX merced al influjo de las

---

<sup>77</sup> ROJAS CARO, José. Derecho Disciplinario Militar, Madrid, Editorial Tecnos, 1990, p 62.

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto, Op. Cit., p 19.

corrientes penalistas y administrativistas originadas en la Europa continental. El asunto parece zanjarse inicialmente a favor de una distinción del Derecho Disciplinario Administrativo frente al Penal, tal como lo esbozara Rodríguez Rodríguez, planteamientos que, en gran medida, son acogidos y superados ampliamente por Gómez Pavajeau, quien sostiene lo siguiente:

“Resulta verdaderamente importante y crucial diferenciar al derecho penal del derecho disciplinario, al menos en el contexto interno del orden jurídico colombiano. ¿Por qué? Porque, como es sabido por todos, y como lo ha aceptado de manera unánime la doctrina universal, el derecho penal es la *última ratio* en el control social de la conducta de los ciudadanos. Esto significa, ni más ni menos, que el derecho penal es el último recurso al cual hay que acudir en el control social. Es un instrumento que como tal solamente puede ser utilizado en casos extremos; por lo tanto, si esto es así, el derecho penal tiene que tener un perfil muy bien definido para no confundirlo con otros mecanismos de control social que lo anteceden, en la medida en que, si esa diferencia no es clara, el derecho penal, en vez de ser un derecho penal mínimo, como corresponde en todo Estado social y democrático de derecho, en especial por los orígenes liberales del moderno derecho penal, se confundiría con otros mecanismos de control social que le anteceden, lo cual implicaría que se constituyera en un derecho penal máximo. En otros términos, es decir, como afirman algunos, que derecho disciplinario y derecho penal son prácticamente la misma cosa, y que la diferencia entre ellos es apenas de tipo cuantitativo, una diferencia de grado en cuanto a las sanciones que se imponen, significaría implementar una errática y peligrosa política criminal del Estado. En efecto, si no existen diferencias cualitativas entre derecho disciplinario y derecho penal, simple y llanamente, el legislador podría de un día para otro decir que todo lo que es constitutivo de falta disciplinaria es también constitutivo de delito: de esa forma originaríamos lo que se conoce como infracción penal y el derecho penal, perdería crédito como el instrumento más radical, más extremo y más poderoso en el control de la conducta humana en sociedad”.<sup>79</sup>

---

<sup>79</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Op. Cit., p 42.

La moderna teoría de los derechos fundamentales en el Estado Social y Democrático de Derecho permite afirmar que toda área jurídica, por mínimo que sea su radio de acción, es derecho constitucional aplicado, aserto que resultó de buen recibo por parte de los impulsores del Código Disciplinario Único en Colombia por considerar que esta área, más que ninguna otra, desarrolla los principios generales que ocupan el texto superior al orientar el quehacer del funcionario público hacia el buen servicio y hacia el logro de los cometidos estatales.

Si se entiende la función pública como “la realización por parte de las diferentes entidades y organismos del Estado, de un conjunto de tareas y actividades acordes con su misión, visión y objetivos, con el fin de cumplir sus funciones y asegurar la consecución de sus fines”<sup>80</sup>, alcanzables éstos sólo mediante la incorporación al servicio público de servidores eficientes y eficaces provistos de la más alta dosis de moralidad e imparcialidad en sus actuaciones, se tendrá que el Derecho Disciplinario Administrativo procura como meta final orientar y encauzar, a través de un estatuto de prohibiciones y sanciones, pero muy especialmente de estímulos, la labor de todos y cada uno de los sujetos disciplinables dentro de un marco conductual eminentemente ético que a la vez que les permite cumplir a cabalidad con el catálogo de deberes y obligaciones los aleja del estricto régimen del Derecho Penal al enderezar sus actuaciones hacia la más elaborada condición de transparencia y pulcritud.

---

<sup>80</sup> PINEDA DE MARTÍNEZ, Rosa, Op. Cit. P 39.

### **3.1. RESPECTO DE LOS PRINCIPIOS QUE LOS RIGEN.**

Es premisa del moderno constitucionalismo colombiano que toda área jurídica se nutre de los principios fundamentales incorporados en la Carta Política, coligiéndose de aquí que cualquier ámbito del derecho puede incorporar, sin limitación alguna, los que le sean esenciales para dinamizar su propio desarrollo. En este orden de ideas, tanto el Derecho Penal como el Disciplinario adoptan principios constitucionales que les son comunes por ser uno y otro emanación de la potestad sancionadora del Estado, lo que no supone la identidad respecto de sus características particulares y de su naturaleza jurídica.

#### **3.1.1. Dignidad Humana.**

La dignidad humana es el elemento filosófico que sirve de punto de convergencia entre distintas y disímiles corrientes de pensamiento. Como lo aprecia Williams Thomas, el concepto de la dignidad de la persona está presente en el preámbulo de muchas constituciones del mundo como presupuesto antropológico del derecho,<sup>81</sup> positivación que facilita su comprensión como núcleo esencial de los derechos fundamentales predicables en todas las instancias procesales en donde se pretenda imponer el *jus puniendi* del Estado.

La dignidad humana encierra un cúmulo de valores, algunos de ellos con validez universal y otros, en escala menor, aceptados y reclamados por grupos minoritarios. Esa escala de valores parte del concepto de racionalidad del ser

---

<sup>81</sup> WILLIAMS, Thomas, Fundamento de los Derechos del Hombre y Principio Rector del Bien Común, Conferencia, Barcelona, Diciembre de 2002.

humano y tiene como eje central la existencia, es decir, el derecho a la vida. La dignidad humana es inherente al hombre, connatural a él, y no se disminuye ni limita por ninguna consideración. Es el atributo que diferencia al hombre de manera cualitativa y esencial de los demás seres de la naturaleza, y lo iguala a plenitud entre todos los de la misma especie, sin distingos de sexo, edad, religión, nacionalidad, raza o condiciones físicas o económicas.

El artículo 1º Superior determina como uno de los elementos fundantes del Estado Social de Derecho el respeto de la dignidad, principio que es acogido tanto por los Códigos Penal y de Procedimiento Penal, como por el Código Disciplinario Único (ley 734 de 2002). Es así como el ordenamiento penal incorpora, tanto en su parte sustantiva como adjetiva, como eje central de su cuerpo normativo el principio de la dignidad humana. El artículo 1º de la ley 599 de 2000 contentiva del Código Penal, preceptúa lo siguiente: “**Dignidad humana.** El derecho penal tendrá como fundamento el respeto a la dignidad humana”. Por su parte, el artículo 1º de la ley 906 de 2004, Código de Procedimiento Penal, establece: “**Dignidad humana.** Los intervinientes en el proceso penal serán tratados con el respeto debido a la dignidad humana”. Ahora bien, el artículo 8º del Código Disciplinario Único determina que “Quien intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”. Como se desprende del tenor literal de las normas arriba referenciadas, los tres textos convergen dentro de la misma filosofía que orientó al Constituyente de 1991 respecto de garantizar a todas las personas, incluidas aquellas que han transgredido el ordenamiento

jurídico, el respeto del conjunto de los derechos fundamentales que encarnan la esencia de su condición humana.

La Corte Constitucional reafirmó el carácter de principio y valor fundante de la dignidad humana dentro del ordenamiento constitucional y legal del Estado colombiano, y así lo consignó en Sentencia T-499 de 1992:

“El respeto de la dignidad humana debe inspirar todas las actuaciones del Estado. Los funcionarios públicos están en la obligación de tratar a toda persona, sin distinción alguna, de conformidad con su valor intrínseco (CP, arts. 1, 5 y 13). La integridad del ser humano constituye razón de ser, principio y fin último de la organización estatal. El principio fundamental de la dignidad humana no sólo es una declaración ética sino una norma jurídica de carácter vinculante para todas las autoridades (CP art. 1). Su consagración como valor fundante constitutivo del orden jurídico obedeció a la necesidad histórica de reaccionar contra la violencia, la arbitrariedad y la injusticia, en búsqueda de un nuevo consenso que comprometiera a todos los sectores sociales en la defensa y el respeto de los derechos fundamentales.

El hombre es un fin en sí mismo. Su dignidad depende de la posibilidad de autodeterminarse (CP art. 16). Las autoridades están precisamente instituidas para proteger a toda persona en su vida, entendida en un sentido amplio como ‘vida plena’. (...) Una administración burocratizada, insensible a las necesidades de los ciudadanos, o de sus mismos empleados, no se compadece con los fines esenciales del Estado, sino que al contrario, cosifica al individuo y traiciona los valores fundantes del Estado Social de Derecho”.<sup>82</sup>

En el ámbito penal el mandato del respeto a la dignidad humana connota unas restricciones para los funcionarios judiciales y carcelarios en relación con el procesado o el condenado, no siéndoles admisible cualquier trato inhumano, cruel

---

<sup>82</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-499 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional.

o degradante bajo el pretexto de obtener informaciones o verdades, aún cuando éstas estén encaminadas a identificar a los cómplices o autores materiales de conductas punibles, ya que al Estado, y especialmente a sus autoridades, les está vedado el ejercicio desproporcionado de la fuerza, y muy especialmente utilizar en cualquier forma la violencia. Dentro de esta línea de conducta, y en tratándose del Derecho Disciplinario, los servidores públicos que investigan las faltas cometidas por los disciplinados deberán sustraerse de ejercer sobre ellos cualquier acto de presión física o moral, bajo pretexto de garantizar la buena administración pública.

Actualmente, se ha introducido una nueva forma de derecho penal, que parece oponerse al principio y valor fundante de la dignidad humana. La tesis de Jakobs, que se refiere a la existencia de un derecho penal del enemigo, que toma especial relevancia después del atentado del 11 de septiembre a los Estados Unidos.

El derecho penal del enemigo se caracteriza según Jakobs en tres elementos que se pueden resumir de la siguiente manera:

1. Amplio adelantamiento de la punibilidad.
2. Penas previstas desproporcionadamente altas.
3. Determinadas garantías procesales son relativizadas o incluso suprimidas.<sup>83</sup>

---

<sup>83</sup> JAKOBS, Günter. Estudios de Derecho Judicial 20, 1999, ps 137 y ss.

Dentro de esta perspectiva, el fin principal del derecho penal del enemigo es la seguridad cognitiva, permitiendo de esta manera, eliminar a todos aquellos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas. Con este instrumento el Estado amenaza a sus enemigos.<sup>84</sup>

Para determinar a los enemigos hay que diferenciarlos de los ciudadanos. El derecho penal del ciudadano, define y sanciona delitos o infractores de normas que llevan a cabo los ciudadanos de manera incidental, en cambio, el derecho penal del enemigo, hace referencia a aquellos individuos que se han apartado del derecho de un modo duradero. Es el caso de la criminalidad organizada (Organizaciones terroristas, de narcotráfico, tráfico de drogas.).<sup>85</sup>

A quienes concurren en las circunstancias mencionadas, se les atribuirá la condición de “enemigos” del sistema social, atribución que presupone la privación negación de la condición de personas. Puesto que, “la persona no es algo dado por la naturaleza, sino una construcción social que se puede atribuir o no.”<sup>86</sup>

Para hacer frente a los enemigos se recurre:

---

<sup>84</sup> Véase JAKOBS, citado por GARCIA MARTIN, L. Consideraciones Críticas sobre el Actual Denominado “Derecho Penal del Enemigo”, En revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, 2005, pg.8.

<sup>85</sup> JAKOBS, G. El derecho Penal del Ciudadano y Derecho penal del Enemigo, en Jakobs/Cancio Melia: Derecho Penal del Enemigo, Madrid, Editorial Cevitas S.A., 2003, pg 39 ss.

<sup>86</sup> JAKOBS, G. El derecho Penal del Ciudadano y Derecho penal del Enemigo, en Jakobs/Cancio Melia: Derecho Penal del Enemigo, Madrid, Editorial Cevitas S.A., 2003, pg 50 y 80 ss.

- Tipos penales que anticipan la punibilidad a actos que sólo tienen el carácter de preparatorios de hechos futuros.
- Desproporcionalidad de las penas.
- Restricción de las garantías y derechos procesales.
- Regulaciones del derecho penitenciario: Endurecen las condiciones de clasificación de los internos.<sup>87</sup>

Los argumentos esgrimidos por los defensores de la configuración y legitimación del derecho penal del enemigo, se basan, en la realidad de la existencia de enemigos y la falta de seguridad cognitiva, poniendo en peligro la vigencia del ordenamiento jurídico, eje fundamental para mantener la vinculación del derecho penal general a la noción del estado de derecho, problema que no ha sido resuelto por el derecho penal ordinario, ni medios policiales.

De lo anteriormente expuesto, es válido recalcar que, el derecho penal del enemigo ha encontrado un gran rechazo mayoritario en cuanto discurso teórico doctrinal y en cuanto planteamiento político criminal. El término “enemigo” induce a un rechazo emocional: Etiquetamiento a los denominados enemigos.

---

<sup>87</sup> Véase, GARCIA MARTIN, L. Consideraciones Críticas sobre el Actual Denominado “Derecho Penal del Enemigo”, En revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, 2005, pg.9 y 10.

El debate tiene lugar en relación con el derecho de sociedades democráticas que reconocen y garantizan derechos y libertades fundamentales que depositan el poder en auténticos estados de derecho. No se le puede reconocer el carácter de derecho, puesto que, pretende construirse bajo el postulado de la negación de sus destinatarios como personas. Al respecto, Muñoz Conde afirma que: “Nadie puede ser nunca definido como no persona”.<sup>88</sup>

El derecho penal del enemigo no estabiliza normas, si no demoniza determinados grupos de infractores. En consecuencia, el derecho penal del enemigo no es un derecho penal del hecho, si no de autor. En la doctrina tradicional, queda excluida la responsabilidad jurídica penal por meros pensamientos, orienta a la actitud interna del autor. En una sociedad moderna, la esfera de intimidad adscrita al ciudadano no puede quedar limitada a los impulsos neuronales, los pensamientos son libres.

Es válido concluir que, derecho penal del enemigo sólo puede ser concebido como instrumento para identificar precisamente al no derecho penal presente en las legislaciones positivas, por tal motivo se rechazan los presupuestos enunciados posteriormente, por las razones ya expresadas, y además porque tanto el Derecho Penal como el Derecho Disciplinario vigentes en nuestra sociedad, son ordenamientos jurídicos de “acto” en donde prima la voluntad del

---

<sup>88</sup>MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo, Editor Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, pg. 118.

transgresor de la norma frente a la materialización del hecho considerado como típico, siendo exigible la plena constatación de la creación penal de la conducta final para que ella sea sancionada.

### **3.1.2. Debido Proceso.**

Cuando el artículo 29 constitucional determina que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” está reconociendo una nítida diferenciación entre las instancias estrictamente judiciales y las de carácter administrativo, entre ellas la disciplinaria. El instituto del debido proceso supone una serie de garantías que determinan su efectividad, tales como el juzgamiento conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, el juez competente, el juez propio, la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y a un proceso público sin dilaciones injustificadas, el derecho 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, y el derecho de no ser admitida prueba alguna obtenida contrariando los presupuestos e instancias procesales.

Dichos derechos y garantías deben ser aplicados, ipso jure, tanto en el proceso penal como en el disciplinario. En efecto, el artículo 6º del Código de Procedimiento Penal establece que “Nadie podrá ser investigado ni juzgado sino conforme a la ley procesal vigente al momento de los hechos, con observancia de

las formas propias de cada juicio”, y en ausencia de un desarrollo formal de este mandato se debe acudir, para su interpretación y aplicación, al texto integral del artículo 29 superior. Por su parte el artículo 6º del Código Disciplinario Único dispone que “el sujeto disciplinable deberá ser investigado por funcionario competente y con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, en los términos de este código y de la ley que establezca la estructura y organización del Ministerio Público”.

El análisis del artículo 6º disciplinario *sub examine* permite estructurar el debido proceso bajo tres ámbitos mínimos, a saber:

1. Las faltas disciplinarias sólo pueden ser investigadas por el funcionario competente, es decir, aquel que ha sido revestido de tal calidad mediante providencia administrativa, ya sea por estar asignado a la unidad de control interno disciplinario creada en la respectiva entidad pública o por ser el jefe inmediato del servidor público investigado. Igualmente son funcionarios competentes para investigar los designados para tal fin por la Procuraduría General de la Nación o los Personeros Distritales o Municipales, tal como lo enseña el numeral 3 del artículo 143 del CDU.
2. El funcionario investigador debe adelantar su actuación con observancia formal y material de las normas que determinen la ritualidad del proceso, esto quiere decir que además de acatar los principios consagrados en los artículos 29 y 228 de la Carta debe cumplir estrictamente la actuación procesal descrita en el capítulo pertinente del Título IX del Código Disciplinario Único. En este orden de

ideas, el funcionario disciplinado tiene derecho a que todas las actuaciones administrativas disciplinarias sean públicas y permanentes, prevaleciendo el derecho sustancial respecto del procedimental.

3. Tanto el funcionario investigador como el disciplinado deben adelantar todas las actuaciones en los términos del CDU y del Decreto Ley 262 de 2000 por estar contenidos en ellos los principios y ritualidades que para los servidores públicos se han diseñado de manera específica, es decir, el funcionario investigador no podrá acudir a la aplicación analógica a fin de trasladar al proceso disciplinario normas que puedan contrariar el principio del debido proceso disciplinario, en razón de su naturaleza ética.

Un punto de gran importancia al hablar del debido proceso, es el del garantismo penal. Enseña Ferrajoli, que el garantismo nació en el derecho como una respuesta frente a la gran divergencia existente entre lo que establecen las constituciones y demás normas superiores de los ordenamientos jurídicos que consagran derechos y garantías ideales para los ciudadanos y lo que acontecen en la realidad en donde tales derechos y garantías muchas veces no se cumplen.<sup>89</sup> Reduciendo la brecha entre el plano normativo y la realidad, es decir, ente el “el deber ser” y “el ser”.

El enfoque garantista requiere la existencia de un Estado de derecho garantista, donde sus normas deben consagrar que, no hay pena sin crimen, ni crimen sin

---

<sup>89</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Madrid, Editorial Tratta, 1997.

ley, ni ley penal sin necesidad, ni necesidad sin ofensa, ni ofensa sin acción, ni acción sin culpabilidad, ni culpabilidad sin juicio, ni juicio sin acusación, ni acusación sin prueba, ni prueba sin defensa. Por lo mencionado, el grado de garantismo es entonces algo que se obtiene a posteriori, ya que la caracterización de un sistema como garantista nunca viene dada de ante mano sino solo después de la confrontación con el modelo.<sup>90</sup> Del anterior modelo, se deduce, que no se podrá imponer tipos penales que correspondan a un derecho penal de autor ni se castigara meros pensamientos o actos sin conciencia.

Ferrajoli, en la última parte de su obra, elabora una teoría general del garantismo, en la que establece las pautas de consolidación y desarrollo futuro, señalando que el garantismo no es solo un modelo normativo de derecho (Modelo de estricta legalidad) sino además una teoría jurídica de la validez y efectividad (operando como doctrina de legitimación) y sobre todo de deslegitimación interna del derecho penal y una filosofía política (Basada en la primacía del individuo). Dentro del modelo de derecho propuesto se destaca la existencia de garantías liberales, destinada a proteger los máximos espacios de libertad de los individuos, por lo que tienen por contenido prestaciones estatales y garantías sociales destinadas a garantizar los derechos económicos y sociales de los individuos. Aquellas conforman es Estado liberal y estas el Estado social.<sup>91</sup>

---

<sup>90</sup> Véase, SUAREZ, Luisa y GARCIA, Adela, Artículo, Criminología Crítica y Garantismo Penal, Universidad de Maracaibo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Maracaibo, 2005.

<sup>91</sup> Véase, FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal, Madrid, Editorial Tratta, 1997.

El garantismo puede ser una instancia de transformación social, la lucha en hacer cumplir al Estado esas declaraciones consagradas en normas superiores.

En síntesis, el principio fundamental del debido proceso es garante de un cúmulo de derechos fundamentales que dan sustento al concepto de dignidad humana.

### **3.1.3. Legalidad.**

El inciso 2 del artículo 29 constitucional consagra categóricamente el principio de legalidad, determinando que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las 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”, precepto que fue retomado, más en su espíritu que en su forma, tanto por el Derecho Disciplinario (artículo 4º) como por el Penal (art. 6º) y el Procesal Penal (art. 6º).

El principio de legalidad, también llamado de reserva por cuanto que faculta de manera exclusiva y excluyente al legislador para crear las normas jurídicas tanto penales como disciplinarias, impone límites al poder punitivo del Estado ya que exige la preexistencia de la norma tipificadora o descriptora antes de la comisión de la conducta punible o de la falta, y tal como lo señala el tratadista Velásquez, no hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad, sin ley escrita, estricta cierta y previa:

“- No hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad, sin ley escrita, Esto porque está prohibido el derecho consuetudinario, en materia Penal, como medio para crear hechos punibles, penas o medidas de seguridad.

- No hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad sin ley estricta. Esta prohibido acudir a la analogía (salvo el Favor Rei) para fundamentar hechos punibles, penas o medidas de seguridad.

- No hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad sin ley cierta. Como exigencia directa del apotema de legalidad, rige el postulado de certeza o determinación, también llamado de taxatividad. De conformidad con este postulado tanto los hechos punibles como las consecuencias jurídicas deben estar consagrados de manera clara, precisa y determinada en la ley. A ello se opone, como es de suponerse, la consagración de medidas de seguridad indeterminadas.

- No hay hecho punible, no hay pena ni medida de seguridad sin ley previa. Ello porque está prohibida la aplicación retroactiva de la ley en materia de hechos punibles y de consecuencias jurídicas; salvo, claro está, el Favor Rei Esto es de trascendencia en materia de medidas de seguridad, pues estas deben regirse siempre por la ley previa o, excepcionalmente, por las más favorables, lo cual parece desconocer la doctrina positiva”.<sup>92</sup>

El principio de legalidad es de carácter universal porque es aplicable a todos los ámbitos jurídicos, sin distinción alguna, pero se requiere muy especialmente respecto de materias como la penal y la disciplinaria en donde, inevitablemente, se ven involucradas la vida, la libertad, la honra y la dignidad humana, por tratarse de transgresiones que ponen en peligro bienes jurídicos tutelados por el Estado o principios y valores reconocidos socialmente por la comunidad.

Es importante precisar que mientras para las normas de carácter penal el destinatario del precepto es toda persona, sin distinción alguna, en el Derecho Disciplinario el universo se limita al servidor público y al particular que cumple

---

<sup>92</sup> VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General, Bogotá, Editorial Temis, 2002, ps 42 a 45.

funciones públicas, exclusivamente. Del mismo modo, la conducta sancionable en lo disciplinario está claramente definida como falta, en tanto que en lo penal la estructura normativa alude a conductas punibles que requieren una definición de manera inequívoca por parte del legislador.

Es de recalcar que en el Derecho Penal las conductas delictivas se ha determinado la exigencia de mayor precisión, para cumplir con el supuesto de *lex certa*, debido al importante papel que ha desempeñado en la dogmática penal la categoría de tipicidad como constitutivo esencial del principio de legalidad, en el Derecho disciplinario la corte ha manifestado: “El principio de legalidad en el campo del Derecho Disciplinario es menos exigente en cuanto al requisito de que la conducta sea descrita con precisión en la ley, ha resaltado que otro aspecto de este principio, el de reserva de ley, constituye también una garantía del debido proceso disciplinario...”

En síntesis, se puede afirmar que el legislador es el único autorizado constitucionalmente para determinar las conductas constitutivas de faltas disciplinarias.

En cuanto a la aplicación de ley en el tiempo, la regla general señala que las leyes rigen a partir de su promulgación, hacia el futuro y hasta su derogatoria. De esta manera, constituye la principal garantía de conocimiento, por parte de los

asociados, de la voluntad de su legislador; así como la base fundamental para la seguridad y la estabilidad del orden jurídico<sup>93</sup>.

De este modo, el principio en cuestión tiene íntima vinculación con la protección de los derechos adquiridos, protección expresamente consagrada en el artículo 58 de la Carta según el cual, *“se garantizan los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”*.

En materia sancionatoria, el principio de que la ley rige las situaciones de hecho que surgen durante su vigencia se traduce en la máxima jurídica *nullum crimen, nulla poena sine lege*, cuya consagración constitucional se encuentra en el artículo 29 de la Carta que dispone: *“nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto se le imputa”* (art. 29, C.P.).

De este modo, una ley posterior estaría impedida para regir una situación jurídica que ha surgido con anterioridad a su vigencia.

En materia procesal, el principio se invierte: la regla general es que la aplicación de la ley procesal en el tiempo es inmediata, debido al carácter público de la

---

<sup>93</sup> “El principio general que informa nuestra legislación positiva es el que las leyes han de tener efecto de aplicación para lo porvenir y no para el pasado, a menos que el legislador expresamente diga lo contrario, lo que equivale a decir que ellas en principio no tienen efecto retroactivo, esto es, que las situaciones jurídicas alcanzadas durante el período de vigencia de determinado precepto no pueden ser vulneradas por una nueva disposición. La irretroactividad de la ley encuentra su fundamento esencialmente en serios motivos de conveniencia y seguridad, que tienden a dar estabilidad al orden jurídico”(C.S.J. Sala de Casación Civil, Sentencia de mayo 24 de 1976)

misma, y que la ley nueva rige los procedimientos que se han iniciado bajo la vigencia de la ley anterior; excepto las diligencias, términos y actuaciones que hayan comenzado a correr o a ejecutarse bajo la vigencia del régimen derogado.

Existe la posibilidad de establecer una excepción a tal precepto para permitir que situaciones de hecho acaecidas bajo la vigencia de una ley sean reguladas por otra. Se refiere al principio de favorabilidad, según el cual, una situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. El artículo 29 de la Constitución Política ha consagrado dicho principio en los siguientes términos *“en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable”*.

Generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultra actividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia.

En materia penal y, actualmente, en el campo del derecho disciplinario, el principio de favorabilidad se aplica también a las normas procesales, a pesar de que se

mantiene el principio general de la aplicación inmediata. Así lo ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional:

“...la norma general que fija la ley es el efecto general inmediato de las nuevas disposiciones procesales, salvo en lo referente a los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, las cuales continúan rigiéndose por la ley antigua. Esta norma general, en principio, no resulta contraria a la Constitución pues no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas, que es lo que expresamente prohíbe el artículo 58 superior. Sin embargo, su aplicación debe respetar el principio de favorabilidad penal”. (Sentencia C-619 de 2001. Subrayas fuera del original)

“En este orden de ideas, se concluye que tanto en materia sustantiva como procesal, las disposiciones más favorables al inculpado deben aplicarse de manera preferente, aunque el régimen transitorio determine en principio cosa diversa.”(Sentencia C-625 de 1997. Subrayas fuera del original)

De acuerdo a lo reiterado en la jurisprudencia y la doctrina, el ingreso de nuevas disposiciones procesales en materia penal también debe respetar el principio de favorabilidad, el cual también es aplicable al derecho disciplinario, así lo reconoce el artículo 21 de la ley 734 de 2002 cuando establece:

‘En la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en esta ley y en la Constitución Política. En lo no previsto en esta ley se aplicarán los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia, y lo dispuesto en los códigos Contencioso Administrativo, Penal, de Procedimiento Penal y de Procedimiento Civil en lo que no contravenga la naturaleza del derecho disciplinario.’

### **3.1.4. Tipicidad.**

Uno de los avances cardinales del Estado de Derecho a finales del siglo XVIII fue la configuración, en materia criminal, del principio de tipicidad el cual, por la fuerza propia del desarrollo del derecho sancionador, irrigó todas las esferas y ámbitos que de una u otra manera describían conductas reprochables e imponían sanciones a quien incurriera en ellas. La tipicidad es una forma especial y acabada del principio de legalidad enderezada a precisar y delimitar de manera inequívoca, expresa y clara el acto o conducta sancionable, así como el sujeto activo, el sujeto pasivo y la sanción pertinente, tal como sucede en el Derecho Penal. Pero, en un sentido más amplio, se puede decir que la sola omisión del cumplimiento de un deber o su cumplimiento parcial o tardío, cuando esa conducta pone en riesgo la buena marcha de la administración, es determinante de la transgresión de un deber funcional, constituyendo así la comisión de una falta, sea ésta leve, grave o muy grave y enmarcando una tipología de acciones dignas de sanción, ocurrencia propia del Derecho Disciplinario Administrativo.

La tipicidad es un instituto originario del Derecho Penal entendida como “la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible”,<sup>94</sup> y cumple tres funciones básicas, a saber: la garantizadora, que busca proteger de manera integral mediante el texto escrito, previa la comisión del delito, a quien incurra en una conducta reprochable; la fundamentadora, que sustenta de una conducta su calidad de ilícita, y la sistematizadora, que cumple la labor de

---

<sup>94</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso, La tipicidad, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981, p 22.

integrar los principios generales de la ley penal con cada uno de los tipos descritos por el legislador.<sup>95</sup>

El Código Disciplinario Único no se ocupa de definir la tipicidad, correspondiendo a la jurisprudencia y la doctrina su elaboración y sistematización. En efecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-404 de 2001 desarrolló los alcances de dicho principio señalando que:

“La tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria. Esta forma de definir la tipicidad a través de normas complementarias, es un método legislativo que ha sido denominado el de las normas en blanco. Estas consisten en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas a las cuales remiten las primeras.”<sup>96</sup>

Esta metodología adoptada por el Derecho Disciplinario para determinar la tipicidad de las infracciones disciplinarias es el resultado de aceptar que toda regla de esta naturaleza, tiene un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse aquél para imponer las sanciones correspondientes, tal como lo dice la Corte Constitucional en Sentencia C-181 de 2002. Y reafirma esta Corporación su aserto de la siguiente manera:

---

<sup>95</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso, Op. Cit., ps 29 a 35.

<sup>96</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-404 de 2001, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2002.

“Así, la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado. Para ahondar en las razones que justifican la metodología de los números abiertos, téngase en cuenta que, de acuerdo con el artículo 38 de la Ley 200 (hoy ley 734 de 2002), la falta disciplinaria se constituye con el “incumplimiento de los deberes” por parte del agente estatal, deberes que, según el artículo 40-2 son “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 de un servicio esencial o que implique abuso o ejercicio indebido del cargo de función.”. De lo cual se deduce que lo que genera el reproche de la administración al agente estatal o al particular que ejerce función pública no es propiamente la voluntad de lesionar los intereses protegidos de la función pública sino los comportamientos que impliquen cumplimiento incompleto o defectuoso de los deberes de cuidado y eficiencia que se le encomiendan”.<sup>97</sup>

Si bien la jurisprudencia arriba referenciada obedece al análisis de la ley 200 de 1995, la nueva normatividad contenida en la ley 734 de 2002 recoge los presupuestos allí indicados bajo dos premisas fundamentales: una, el principio de certeza legal y otra, la de la discrecionalidad atribuida al funcionario disciplinador, ya que a éste corresponde decidir qué conductas ejecutadas por el servidor público quebrantando el principio del deber funcional, merecen juicio de reproche jurídico.

El principio de tipicidad fue el elemento garantista por excelencia incorporado en las Constituciones y Códigos Penales europeos a partir de la obra de Beccaría, centrándose inicialmente en la descripción del tipo penal de manera absoluta, sin ninguna remisión a otro ordenamiento jurídico. De allí que la escuela alemana

---

<sup>97</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2002, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2003.

complementara el instituto de la tipicidad con el de legalidad, argumentando que toda conducta punible debe estar contenida en un Código de penas, dogmática que fue recogida por el ordenamiento penal colombiano y refrendada, en su momento, por la Corte Suprema de Justicia en sus Salas Constitucional y de Casación Penal. De aquí se concluyó que la norma que imponía una sanción de carácter penal que no estuviese contenida dentro del Catálogo punitivo era inconstitucional.

En Colombia, desde el Código Penal de Santander del siglo XIX hasta el de 1936 se omitió la incorporación del concepto de tipicidad y fue tan sólo mediante el decreto 100 de 1980 que dicha noción entró a formar parte del ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el artículo 3 del decreto ley en cita disponía lo siguiente: “Tipicidad. La ley penal definirá el hecho punible de manera inequívoca”.<sup>98</sup> Con este mandato se reforzó el ya inserto de legalidad contenido en el artículo 1º del Código Penal de 1936, constituyendo un avance en la moderna dogmática jurídico-penal. Aquí el vocablo ‘inequívoca’ se ajusta en un todo al Estado de Derecho que fundamentaba su razón de ser en la sujeción de todas las autoridades públicas, y del ciudadano en particular, a las normas escritas previamente establecidas.

La noción de tipicidad sufre en Colombia un cambio radical a partir de finales del siglo XX con ocasión de la expedición de la Constitución de 1991 que incorpora el

---

<sup>98</sup> ORTEGA TORRES, Jorge. Código Penal y de Procedimiento Penal, Bogotá, Editorial Temis, 1987, p 11.

modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, en donde además de la norma escrita obliga a todos los asociados el sometimiento a los principios y valores que orientan el ordenamiento constitucional tales como la convivencia, el trabajo, la justicia, el conocimiento, la libertad, la paz, la solidaridad y la prevalencia del interés general frente al particular. Siguiendo estos presupuestos, el nuevo estatuto punitivo, y por mandato del artículo 10, debe definir de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal, para conformar el catálogo de conductas reprochables, teniendo en cuenta que en los tipos de omisión también el deber tendrá que estar consagrado y delimitado claramente en la Constitución Política o en la Ley (art. 10, *ibídem.*). Esta preceptiva deberá entenderse en concordancia con el artículo 6º penal, el cual dispone que “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco”.

Cuando se habla de tipo penal en blanco se alude a aquel precepto que describe de manera incompleta, imperfecta o indeterminada la conducta reprochable, debiendo acudir a norma jurídica distinta o a diverso ordenamiento jurídico, aún de contenido extrapenal, para su cabal comprensión, caso en el cual se habla de normas de reenvío. Para Reyes Echandía, en los tipos penales en blanco “la conducta no aparece completamente descrita en cuanto el legislador se remite al

mismo u otros ordenamientos jurídicos para actualizarla y concretarla”.<sup>99</sup> Los tipos penales en blanco no violan el principio de legalidad, y al decir de la Corte Suprema de Justicia, éste queda a salvo con la sola promulgación de la ley que los contiene, porque a pesar de tener que acudir a la remisión, de manera clara consagra los preceptos y de paso amenaza con una pena a quienes los transgredan.<sup>100</sup>

Dado que en un Estado de Derecho las autoridades sólo pueden hacer lo que les está permitido, el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.<sup>101</sup>

Sobre los tipos abiertos en el derecho disciplinario esta Corte en sentencia C- 708 de 1999, ya se había pronunciado de la siguiente manera:

*“Con base en lo anterior, es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la*

---

<sup>99</sup> REYES ECHANDÍA, Alfonso. Op. Cit., p 156.

<sup>100</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Gaceta Judicial XCI, Bogotá, Imprenta Nacional, 1960, p 975.

<sup>101</sup> C-404 de 2001 M.P Marco Gerardo Monroy Cabra

*diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan<sup>102</sup>:*

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

*“Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron.”.*

En síntesis, respecto de la tipicidad la nota dominante del Derecho Disciplinario administrativo es el tipo en blanco, ya que la falta o conducta descrita deberá remitirse al catálogo de deberes, derechos, prohibiciones e inhabilidades que en desarrollo de la función pública crea el Estado respecto de sus servidores, y además porque a éstos se les imponen una serie de valores éticos abstractos tales como el buen servicio, la moralidad, la eficiencia, la economía y la celeridad que deben concretarse en normas reglamentarias específicas. En tratándose del

---

<sup>102</sup> Sentencia C-427/94, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

Derecho Penal, pese a su objetividad y rigurosidad, hoy en día es de común ocurrencia la creación de tipos penales en blanco, porque como ya se explicó, el moderno derecho penal también sanciona conductas de deber, las cuales imponen valores éticos.

Con base en lo anterior, se puede resaltar que la nota predominante del derecho disciplinario es que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos, a diferencia del Derecho Penal, en donde al descripción de los hechos punibles es detallada y minuciosa. La razón que sustenta esta distinción estriba en que mientras en el ámbito disciplinario el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables debido a la diversidad de comportamientos que contravienen los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, en el penal el fallador está limitado por los precisos preceptos contenidos en el Código de Penas.

### **3.1.5. Cosa Juzgada.**

Una de las mayores garantías procesales que existen tanto en materia penal como disciplinaria es la denominada cosa juzgada, definida por Couture como “la autoridad y eficacia de una sentencia judicial cuando no existen contra ella medios de impugnación que permitan modificarla”.<sup>103</sup> La cosa juzgada es válida en la medida en que identifica como un solo cuerpo la causa que se investiga, el sujeto

---

<sup>103</sup> COUTURE, Eduardo J, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Editorial Desalma, 1998, p 400.

incriminado y el objeto origen de la misma, excepto en los casos en que se presente la figura de la conexidad siendo así que la sentencia que resuelve un caso haga cosa juzgada en otro.

El instituto de cosa juzgada está reglado tanto en el artículo 164 Código Disciplinario Único como en el artículo 21 del Código de Procedimiento Penal, partiendo uno y otro de la definición de la situación jurídica, ya del disciplinado, ya del procesado, respectivamente, por sentencia ejecutoriada, impidiendo así la apertura de nueva investigación o juzgamiento por los mismos hechos que la originaron.

Como parte del núcleo esencial del debido proceso, la cosa juzgada imprime certeza jurídica a las actuaciones judiciales y administrativas. Al respecto ha sido clara esta Corporación al señalar que

*"El principio de la cosa juzgada hace parte indiscutible de las reglas del debido proceso aunque no se halle mencionado de manera expresa en el artículo 29 de la Constitución. Todo juicio, desde su comienzo, está llamado a culminar, ya que sobre las partes no puede cernirse indefinidamente la expectativa en torno al sentido de la solución judicial a su conflicto. En consecuencia, hay un verdadero derecho constitucional fundamental a la sentencia firme y, por tanto, a la autoridad de la cosa juzgada"<sup>104</sup>*

Así, dentro del proceso disciplinario, la figura de la prescripción permite tener certeza de que a partir de su declaratoria la acción disciplinaria iniciada deja de existir.

---

<sup>104</sup> C-543 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

En este sentido, la necesidad de un equilibrio entre el poder sancionador del Estado, y el derecho del servidor público a no permanecer indefinidamente *sub judice* y el interés de la administración en ponerle límites a las investigaciones, de manera que no se prolonguen indefinidamente, justifica el necesario acaecimiento de la prescripción de la acción.

Como corolario se puede afirmar que el principio de cosa juzgada tiene un tratamiento idéntico en los ámbitos penal y disciplinario, enderezándose en ambos Casos a garantizar el equilibrio entre el deber del Estado de sancionar y el derecho del procesado o disciplinado a no permanecer de manera indefinida incurso en un proceso. Sin embargo, el hecho de que se predique la cosa juzgada en materia penal, no significa que no se pueda perseguir la imposición de la respectiva sanción disciplinaria, sin que incurra en la violación del principio del non bis in ídem en razón de la plena autonomía del Derecho Disciplinario frente al Derecho Penal.

### **3.1.6. Favorabilidad.**

Una de las instituciones más antiguas del derecho sancionador es el principio de favorabilidad consagrado desde la Constitución de 1886 y reproducido en el artículo 29 de la Carta de 1991. Este principio inspiró tanto al legislador del 2002 como al del 2004, quienes lo plasmaron en los Códigos Disciplinario Único (art.

14) y de Procedimiento Penal (inciso 2, art. 6º), conservando en un todo su esencia y orientación, con la única salvedad que en el Código Disciplinario Único su aplicabilidad se hace extensiva al disciplinado que esté cumpliendo la sanción, **salvo lo dispuesto en la Carta Política**, aparte que motivó, en su momento, la acción de inconstitucionalidad que fue resuelta favorablemente por el máximo tribunal en Sentencia C-948 de 2002.

Los accionantes argumentaron la inconstitucionalidad del aparte arriba resaltado por considerarlo violatorio de los artículos 28 y 29 Superiores, pero no así lo entendió la Alta Corporación porque consideró que en tratándose de servidores públicos, atentar contra el patrimonio del Estado les genera una inhabilidad imprescriptible para el desempeño de funciones públicas porque además de poner en peligro el patrimonio del Estado deprime el buen nombre y decoro de la administración, labor principalísima que les es encomendada y que juran cumplir en el momento de su posesión (inciso 2, art. 122 CP).

A primera vista esta decisión jurisprudencial parece contradecir el mandato contenido en el inciso 3 del artículo 28 Superior que establece que “en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles”, más aún si se tiene en cuenta que el Código Disciplinario Único recoge en su integridad los principios garantistas establecidos en materia penal, pero debe tenerse en cuenta que ésta obedece a lo expresamente señalado para los servidores públicos en el inciso final del artículo

122 Constitucional que señala: “Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, el servidor público que sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas”, y si la propia Carta no impone límite temporal a la inhabilitación, se entenderá que ésta es imprescriptible.

Los apartes principales de la Providencia C-948 de 2002 en torno a la exequibilidad del aparte “salvo lo dispuesto en la Carta Política” del artículo 14 del Código Disciplinario Único, son los siguientes:

Ahora bien, sin perjuicio de las consideraciones hechas, la Corte debe tomar en cuenta que en el presente caso la norma acusada no establece la inhabilitación permanente como consecuencia de la sanción disciplinaria e independiente de ésta sino que precisamente la configura como “sanción disciplinaria” por lo cual el análisis pertinente debe considerar esa connotación.

Así las cosas cabe señalar, (...) que en tanto sanción, los parámetros para analizar la constitucionalidad del carácter intemporal de la norma varían, pues no se está en este caso frente a un simple impedimento para acceder a cargos o funciones públicas, que es al que alude la jurisprudencia reseñada, sino frente al ejercicio concreto del *ius puniendi* estatal en relación con el cual la preceptiva establecida en el artículo 28 superior debe ser tomada en consideración.

Ahora bien, la Corte constata que en el presente caso el Legislador en ejercicio de su potestad de configuración decidió establecer como sanción una inhabilitación permanente frente a aquellas faltas disciplinarias que afecten el patrimonio económico del Estado.

En ese orden de ideas cabe señalar que la Ley 734 de 2002 desarrolla el criterio establecido por el Constituyente de sancionar con este tipo de inhabilitación a quienes atentan contra el patrimonio del Estado y son condenados por la comisión de delitos contra dicho patrimonio (inciso final del artículo 122 Constitucional). Empero este desarrollo debe enmarcarse dentro de los límites que fija el propio Constituyente en materia de sanciones, por lo que para

la Corte el único entendimiento de la norma acusada que puede resultar acorde con la Constitución es el que se refiere a aquellas circunstancias en las que de acuerdo con el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 734, *ibidem*, una conducta configura simultáneamente la comisión de un delito y de una falta disciplinaria y que con ella se afecta el patrimonio del Estado.

Así las cosas la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “pero cuando la falta afecte el patrimonio económico del Estado la inhabilidad será permanente” contenida en el primer inciso del artículo 46 de la Ley 734 de 2002 pero bajo el entendido que dicha inhabilidad se aplica exclusivamente cuando la falta disciplinaria que con ella se sanciona consista en la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en el inciso final del Artículo 122 de la Constitución Política”.<sup>105</sup>

En este orden de ideas, el principio de favorabilidad en materia de Derecho Disciplinario Administrativo debe analizarse armonizando los contenidos normativos de los artículos 28, 29 y 122 de la Carta, primando en esta materia el inciso final del artículo 122, *ibidem*, porque su referente principal está contenido de manera particular en la responsabilidad predicada de los servidores públicos en el artículo 6º Superior, el cual desarrolla un principio fundamental que orienta la función pública cual es la sujeción del servidor público no sólo a la Constitución y a la Ley sino a los reglamentos propios de la función pública.

Surge así una nítida diferenciación respecto del principio de favorabilidad entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, porque mientras el primero aplica, en cualquier circunstancia, la ley más favorable para el condenado, el segundo presenta una excepción a la norma general cuando el disciplinado se ve incurso

---

<sup>105</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Op. Cit., 2003.

en delitos contra el patrimonio del Estado, existiendo para este evento una sola norma, el inciso 5 de la artículo 122 de la Constitución Política, que contempla la drástica sanción de la inhabilidad intemporal para el desempeño de funciones públicas.

### **3.1.7. Culpabilidad.**

La sujeción que debe el derecho disciplinario a la Constitución implica que además de garantizar los fines del Estado Social de Derecho, debe reconocer los derechos fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico, siendo la culpabilidad uno de ellos según lo consagrado en el artículo 29 Superior en virtud del cual *“Toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable”*.

Es decir, que en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es *“Supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”*<sup>106</sup>. Principio constitucional que recoge el artículo 14 del C.D.U., al disponer que *“en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”*.

---

<sup>106</sup> C- 626 de 1996

Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la ley disciplinaria tipifica las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema denominado "*numerus apertus*", en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como "*a sabiendas*", "*de mala fe*", "*con la intención de*" etc. El fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.

Tanto la ley penal como la disciplinaria proscriben toda forma de responsabilidad objetiva, pudiéndose sancionar las conductas, en cada caso, a título de dolo o culpa. El dolo presupone, como es bien conocido, que el sujeto activo conoce los hechos constitutivos de la infracción y desea su realización, es decir, existe la

voluntad plena de realizar el acto; la culpa, por su parte, supone la materialización de la conducta como producto de incumplir el deber objetivo de cuidado, partiendo del hecho de que el agente “debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo”. Esta descripción de la culpa ha sido aceptada por la Corte Constitucional como aplicable al Derecho Disciplinario, tanto bajo la vigencia de la Ley 200 de 1995 como de la Ley 734 de 2002, y así lo señaló en Sentencia C-948 de 2002, que a su vez tomó los fundamentos de la Sentencia C-155 del mismo año:

“Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho disciplinario de los servidores públicos, toda vez que “el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican *mutatis mutandi* en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado”.<sup>107</sup>

El traslado del principio de culpabilidad del Derecho Penal al Derecho Disciplinario se efectúa, tal como lo señaló la Corte, *mutatis mutandi*, es decir cambiando lo que haya que cambiar, y mientras en el primero está claramente diferenciada la cualificación de la conducta en dolosa, culposa y preterintencional, en el segundo, se omite la preterintención, admitiéndose el dolo y la culpa.

---

<sup>107</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002, Op.Cit., 2003.

### **3.1.8. Presunción de Inocencia.**

El artículo 9º del Código Disciplinario Único incorpora en su artículo, tanto el principio constitucional de presunción de inocencia contenido en el inciso 3 del artículo 29 Superior, como el in dubio pro reo de naturaleza penal, y preceptúa: “A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla”. Es importante precisar que el principio de presunción de inocencia forma parte integral del debido proceso, y por lo tanto asciende al rango constitucional sin que requiera desarrollo legal para su pleno ejercicio y su exigencia garantista, como se desprende de la hermenéutica del artículo 29 de la Carta Política, ya que el constituyente no hizo remisión alguna al legislador para su posterior reglamentación. No así el principio del in dubio pro reo, que surge no como parte integral del debido proceso sino como una gracia especial que se concede al implicado o disciplinado cuando del acervo probatorio no es fácil deducir ni su responsabilidad ni su inocencia.

Es generalmente aceptado que toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia hasta tanto no se profiera fallo condenatorio plenamente ejecutoriado, y como lo sostiene la Corte Constitucional: “Este principio tiene aplicación no sólo en el enjuiciamiento de conductas delictivas, sino también en todo el ordenamiento sancionador -disciplinario, administrativo, contravencional, etc.-, y debe ser respetado por todas las autoridades a quienes compete ejercitar la potestad

punitiva del Estado”.<sup>108</sup> La presunción de inocencia no es sinónimo de negligencia procesal y no excluye la posibilidad de que agotada la instancia investigativa surja una duda razonable que impida emitir un fallo pleno de certeza, caso en el cual debe prevalecer, en función de la presunción de inocencia, el principio del *in dubio pro reo*, o *pro disciplinado*, según se trate del Derecho Penal o del Derecho Disciplinario. En este sentido, la Corte Constitucional aclaró en Sentencia C-728 de 2000 los alcances del *in dubio pro disciplinado* en relación con la presunción de inocencia, en los siguientes términos:

“El *in dubio pro disciplinado*”, al igual que el *in dubio pro reo* emana de la presunción de inocencia, pues ésta implica un juicio en lo que atañe a las pruebas y la obligación de dar un tratamiento especial al procesado.

Como es de todos sabido, el juez al realizar la valoración de la prueba, lo que ha de realizar conforme a las reglas de la sana crítica, debe llegar a la certeza o convicción sobre la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. Cuando la Administración decide ejercer su potestad sancionatoria tiene que cumplir con el deber de demostrar que los hechos en que se basa la acción están probados y que la autoría o participación en la conducta tipificada como infracción disciplinaria es imputable al procesado. Recuérdese que en materia disciplinaria, la carga probatoria corresponde a la Administración o a la Procuraduría General de la Nación, según el caso; dependiendo de quien adelante la investigación, y son ellas quienes deben reunir todas las pruebas que consideren pertinentes y conducentes para demostrar la responsabilidad del disciplinado.

Siendo así, no entiende la Corte cómo se pueda vulnerar la presunción de inocencia cuando se ordena a la autoridad administrativa competente para investigar a un determinado funcionario público que en caso de duda sobre la responsabilidad del disciplinado ésta ha de resolverse en su favor. Y, por el contrario, advierte que de no procederse en esa forma sí se produciría la violación de tal presunción, pues si los hechos que constituyen una infracción administrativa no están debidamente probados en el

---

<sup>108</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-728 de 2000, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2001.

expediente, o no conducen a un grado de certeza que permita concluir que el investigado es responsable, mal podría declararse culpable a quien no se le ha podido demostrar la autoría o participación en la conducta antijurídica.

Para concluir este punto, considera la Corte importante agregar que la duda debe ser razonable, esto es, concordante con la prueba existente en el proceso, pues mal harían la Administración o la Procuraduría, en aducir la duda como fundamento de una decisión favorable al disciplinado, cuando del acervo probatorio recaudado se concluye que sí es responsable de los hechos que se le imputan, proceder que en caso de producirse daría lugar a las correspondientes acciones penales y disciplinarias en contra de la autoridad que así actuara”.<sup>109</sup>

No cabe duda que el Derecho Administrativo Disciplinario comporta todo el conjunto de garantías procesales que materializan el debido proceso, tales como la presunción de inocencia, el in dubio pro disciplinado, el derecho de contradicción y controversia de las pruebas, así como los de imparcialidad y cosa juzgada, entre otros, acotando que la técnica legislativa adoptada en la ley 734 de 2002 fue adoptada por el legislador de 2004 al expedir el Código de Procedimiento Penal, ya que este último refundió en un solo cuerpo normativo los principios de presunción de inocencia e in dubio pro reo, acogiendo la doctrina jurisprudencial ya referenciada.

El principio de presunción de inocencia, por su procedencia constitucional, irradia todo el ordenamiento sancionador, sin que tenga mayor o menor incidencia en el Derecho Penal o en el Derecho Disciplinario. La carta política no distingue entre reo y disciplinado, por lo que prima para uno y para otro la garantía de la

---

<sup>109</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-728 de 2000, Op. Cit. 2001.

presunción de inocencia desde la versión libre hasta la firmeza del fallo, ya disciplinario, ya penal.

### **3.1.9. Doble Instancia.**

Una de las mayores garantías procesales, especialmente en el ámbito del Derecho Sancionador, es el principio de la doble instancia consagrado, entre otros, en los ámbitos penal y disciplinario como emanación del debido proceso estipulado en el artículo 29 constitucional, el cual toma cuerpo legal a través del recurso denominado de apelación, comúnmente conocido como de alzada por cuanto que su nota característica es alzarse, levantarse, oponerse o protestar por la decisión contraria proferida por el juez o el funcionario administrativo. Para Couture el recurso de apelación es “el instrumento técnico que recoge esa misma protesta. El alzarse por sublevarse se sustituye por la alzada por apelar. La justicia por mano propia se reemplaza por la justicia de un mayor juez”.<sup>110</sup>

El recurso de apelación se constituye en la garantía del principio de la doble instancia como presupuesto del debido proceso incorporado en todos los códigos procesales del ordenamiento jurídico colombiano, muy especialmente en aquellos que se ocupan del derecho sancionador. Sin embargo, y pese a que la doble instancia está precisamente consagrada en el inciso 4 del artículo 29 de la Carta, ella misma le señala salvedades que deben ser taxativamente creadas por el

---

<sup>110</sup> COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Editorial Desalma, 1966, p 353.

legislador, excepción hecha en tratándose del derecho sancionador en cualquiera de sus manifestaciones.

Teniendo en cuenta lo antedicho, el Código de Procedimiento Penal establece en su artículo 20 la figura de la doble instancia, al igual que lo hace el Derecho Disciplinario en su artículo 110, no tratándose aquí de un traslado mecánico de los principios del Derecho Penal al Disciplinario, sino del acatamiento que uno y otro hacen de los preceptos superiores referidos al debido proceso. La Corte Constitucional señaló sobre el particular lo siguiente:

“En el ámbito administrativo y, específicamente, en el derecho disciplinario, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías constitucionales inherentes al debido proceso, *mutatis mutandi*, se aplican a los procedimientos disciplinarios, dado que éstos constituyen una manifestación del poder punitivo del Estado. Sin embargo, su aplicación se modula para adecuar el ejercicio del poder disciplinario a la naturaleza y objeto del derecho disciplinario y, especialmente, al interés público y a los principios de moralidad, eficacia, economía y celeridad que informan la función administrativa” (...)En consecuencia, resulta comprensible y razonable que, a la luz de la Constitución (artículos 29 y 31), se consagre como regla general la doble instancia en la regulación de todo procedimiento sancionador, ya que se trata de una garantía para asegurar la legalidad en el ejercicio del *ius puniendi* y, además, salvaguardar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales.<sup>111</sup>

Tal como lo señala la Corte Constitucional, el derecho sancionador, en cualquiera de sus formas, no puede ser ajeno al principio de la doble instancia ya que sólo mediante el arribo de la decisión de primera instancia al juicio del superior jerárquico del funcionario que la profirió, se podrá garantizar a plenitud esta forma

---

<sup>111</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2002, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2004.

particular del debido proceso.

### **3.1.10. Poder Disciplinario Preferente.**

El Constituyente de 1991 asignó al Procurador General de la Nación la suprema dirección del Ministerio Público confiriéndole el rango de ente autónomo frente a las ramas del poder público, dando así un salto cualitativo respecto de la Constitución de 1886 que suscribía al Ministerio Público bajo la suprema dirección del gobierno. Dentro de esta perspectiva el Procurador General de la Nación, tal como lo dispone el numeral 6 del artículo 277 de la Constitución Nacional, cumple entre otras funciones la de ejercer preferentemente el poder disciplinario respecto de todas las personas que desempeñan funciones públicas en relación con sus respectivos cargos, atribución constitucional que le permite adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las sanciones que sean necesarias conforme a la ley.

Bajo esta preceptiva constitucional el artículo 3º de la ley 734 de 2002 determina que: “La Procuraduría General de la Nación es titular del ejercicio preferente del poder disciplinario en cuyo desarrollo podrá iniciar, proseguir o remitir cualquier investigación o juzgamiento de competencia de los órganos de control disciplinario interno de las entidades públicas. Igualmente podrá asumir el proceso en segunda instancia.

En virtud de la misma potestad, mediante decisión motivada, de oficio o a petición de cualquier persona, podrá avocar el conocimiento de aquellos asuntos que se

tramitan internamente en las demás dependencias del control disciplinario. También se procederá en la misma forma cuando se desprenda del conocimiento de un proceso.

El Consejo Superior de la Judicatura es el competente para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional”.

Este texto corresponde a la redacción propuesta en la parte resolutive de la Sentencia C-948 de 2002 en lo atinente con el inciso 3 del artículo 3º de la ley 734, ibídem, luego de la declaratoria de inexecutable de las expresiones “la Procuraduría General de la Nación” y “a prevención” por considerarlas violatorias de los mandatos superiores contenidos en los artículos 256 y 257 de la Carta, argumentación confirmada por la Alta Corporación en Sentencia C-037 de 2003. Los fundamentos recurridos por la Corte Constitucional en la sentencia primeramente citada, son los siguientes:

“En este punto la Corte debe reiterar que la existencia de los contenidos normativos de los artículos 256 y 277 constitucionales ya aludidos no necesariamente debe llevar a la conclusión de una competencia concurrente de la Procuraduría General de la Nación y del Consejo Superior de la Judicatura en relación con la potestad disciplinaria respecto de los funcionarios judiciales, es decir exclusivamente los titulares de la función judicial que deba ser resuelta legalmente ya sea mediante la previsión de un poder disciplinario preferente a favor de la procuraduría o del Consejo de la Judicatura o de una competencia a prevención de uno de los dos organismos. (...)

Para la Corte como ya se expresó atendida la especificidad de la función a cargo de los denominados funcionarios judiciales la mención de atribuciones en los artículos 256 y 277 constitucionales significa, por una parte, que al Procurador corresponde la vigilancia

superior de la conducta oficial de los servidores públicos y que en cumplimiento de esta función habrá de poner en movimiento los mecanismos de control disciplinario e intervenir en los correspondientes procesos disciplinarios (artículo 277,6 C.P.) Y por otra, que al Consejo Superior de la Judicatura, órgano integrante de la propia rama judicial, compete el examen de la conducta y la sanción de 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 (artículo 256,3 C.P.).

(...) En armonía con la conclusión expresada, la Corte, frente a las decisiones que se han traído a colación para marcar el derrotero observado por ella misma antes de esta providencia, encuentra necesario precisar que si bien en un primer momento la Corporación pudo hacer una interpretación diferente del artículo 277 numeral 6 y no señaló para el poder preferente a que aludía la norma limitación alguna, a partir de las decisiones en las que se aceptó que en este campo operaba una competencia a prevención entre la Procuraduría General de la Nación y los Consejos Superior y Seccional de la Judicatura reorientó su interpretación de la Constitución en la dirección que ahora se hace más explícita en la presente sentencia.

(...) En efecto, la Corte destaca que (i) tanto la competencia preferente como la competencia a prevención requieren que haya unidad en cuanto a la función que corresponde a las autoridades que concurren, lo cual como se ha señalado no sucede en el supuesto que se analiza pues bien entendido el contenido de los artículos 256-3-, y 277-6- es claro que en ellos no se establece una competencia con igual contenido tanto para la procuraduría General de la Nación como para el Consejo Superior de la Judicatura; (ii) la aceptación de la competencia a prevención, comporta necesariamente, la aceptación, para el caso en análisis, de la inexistencia de un poder preferente, en cabeza de un órgano – Procuraduría General de la Nación-, llamado a desplazar a otro - Consejo Superior de la Judicatura-, por principio igualmente competente; (iii) por lo demás, si la competencia preferente de la Procuraduría General de la Nación pudiera predicarse en esta circunstancia, en ningún caso podría oponerse a dicho poder preferente el hecho de que el Consejo Superior o los Consejos seccionales de la Judicatura hayan asumido previamente competencia sobre un asunto disciplinario en el que se examine la conducta de un funcionario judicial.

Entonces, se reitera, es la jurisdicción disciplinaria constitucionalmente establecida la competente por asignación expresa del Constituyente para examinar la conducta y sancionar

las faltas de los funcionarios de la rama judicial, sin que su competencia pueda ser enervada por la Procuraduría General de la Nación o por otra autoridad del Estado”.<sup>112</sup>

En el discurrir analítico de la Alta Corporación subyace la clara supresión del poder preferente a la Procuraduría General de la Nación frente al Consejo Superior de la Judicatura y a los Consejos Seccionales en tratándose del conocimiento a prevención de la conducta de los funcionarios de la rama judicial, lo que no implica que el primero de los órganos de control mencionados pierda ese poder preferente en relación con los demás funcionarios de la administración pública. Esa debe ser la correcta hermenéutica en la concordancia del numeral 6 del artículo 277 con el numeral 3 del artículo 256 constitucionales.

Otro aspecto que se deduce de lo expresado en la Sentencia C-948 de 2002 es el alusivo con la autonomía tanto de la Procuraduría General de la Nación como de la Rama Judicial en materia disciplinaria, erigiéndose por lo tanto un ámbito disciplinario administrativo que comprende a todos los funcionarios del Estado carentes de fuero, emanado del numeral 6 del artículo 275 Superior, otro, denominado jurisdicción disciplinaria, que aglutina a los funcionarios judiciales carentes de fuero, según las voces del numeral 3 del artículo 256 Constitucional, y un tercero que puede derivarse de la preceptiva del artículo 178 numeral 3, para los funcionarios judiciales revestidos de fuero constitucional, de cuyas faltas conoce la Cámara de Representantes como ente instructivo y el Senado de la

---

<sup>112</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, Op.Cit., 2003.

República como fallador. De todos modos, la ley 734 de 2002 mantiene incólume el poder preferente asignado a la Procuraduría General de la Nación respecto de los servidores públicos administrativos, y de manera residual respecto de los servidores de la administración de justicia, cuando el Consejo Superior de la Judicatura no conoce a prevención de la conducta de dichos funcionarios. Al respecto dijo la Corte Constitucional: “El poder preferente de la Procuraduría General de la Nación para investigar a funcionarios de la rama judicial que carecen de fuero y a los empleados de la misma, tampoco vulnera el Estatuto Superior, siempre y cuando en el caso de los funcionarios dicha competencia "no haya sido asumida a prevención por parte del Consejo Superior de la Judicatura (art. 257 C.P.)". No ocurre lo mismo con los empleados, pues según el artículo 115 de la ley estatutaria de la administración de justicia, la Procuraduría puede desplazar al superior jerárquico que esté adelantando el proceso”.<sup>113</sup>

### **3.1.11. Sanción.**

Dentro del marco del jus puniendi del Estado corresponde a las autoridades públicas encargadas de la función punitiva, ya en el ámbito penal, ya en el disciplinario, imponer las sanciones pertinentes a quienes transgredan el ordenamiento jurídico penal o el catálogo de deberes y obligaciones del servidor público, respectivamente, pero el propósito de la norma no está orientado simplemente a reprimir al infractor sino que se encamina a restaurarlo para insertarlo luego dentro del grupo social de manera que no se constituya en un

---

<sup>113</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996. Op. Cit., 1997.

peligro para la familia, la sociedad o el propio Estado, equilibrado los conceptos de dignidad humana y prevalencia del interés general.

La función de la sanción involucra, así en el Derecho Penal como en el Disciplinario, una serie de principios y valores éticos, pero el primero conjuga además la garantía y protección de unos bienes jurídicos especialmente tutelados por el Estado cuya característica principal es la generalidad, la universalidad, en tanto que los bienes amparados por el Derecho Disciplinario se restringen a la moralidad y el decoro del servicio público, adquiriendo un carácter particular, lo que no lo convierte en menos importante ya que lo que está en juego es la eficiencia y la eficacia de la administración pública.

En el Estado de Derecho la normatividad penal perseguía de manera inexorable al delincuente con el único propósito de imponerle una sanción, pero en la medida en que se fue construyendo el Estado Social y Democrático de Derecho, dentro del que se inserta Colombia, la primacía de la dignidad humana toma asiento frente al *jus puniendi* del Estado, con lo que la finalidad de la pena se orienta hacia la construcción de un hombre nuevo útil a la sociedad y merecedor de la protección de la sociedad y del Estado.

Bajo el imperio del Estado Social y Democrático de Derecho la función de la pena no se limita a reprimir el delito o a establecer un catálogo escueto de propósitos, sino que cada uno de ellos es adjetivado buscando el equilibrio entre la

trasgresión y la pena. Es así como el artículo 4º del Código Penal establece que la pena cumplirá las funciones de prevención general y especial, retribución justa, reinserción social y protección al condenado. En tratándose del Derecho Disciplinario, por ser éste un conjunto de normas sustanciales y procesales en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo, tal como se había anotado anteriormente, el artículo 16 de la ley 734 de 2002 establece que la sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública, alejándolo, entonces, de una función represiva.

El principio de proporcionalidad en materia disciplinaria es definido por el mismo legislador. El artículo 18 de la propia Ley 734 de 2002, antes transcrito, se recuerda, dice así: *“La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.”*

En este punto la Corte<sup>114</sup>, sentada en relación con la proporcionalidad de las sanciones penales, según la cual el examen de la suficiencia o el exceso de una sanción penal respecto del delito para el cual se contempla implica un juicio de

---

<sup>114</sup> Cf., entre otras, las sentencias C-037 de 1997, C-565 de 1993, C-070 de 1996, C-118 de 1996.

valor que, salvo en aquellos casos de desproporción manifiesta o evidente irrazonabilidad, escapa a las atribuciones del juez constitucional.

Que, *“bien puede el legislador crear o suprimir figuras delictivas, introducir clasificaciones entre ellas, establecer modalidades punitivas, graduar las penas aplicables, fijar la clase y magnitud de éstas con arreglo a criterios de agravación o atenuación de los comportamientos penalizados, todo de acuerdo con la apreciación, análisis y ponderación que efectúe acerca de los fenómenos de la vida social y del mayor o menor daño que ciertos comportamientos puedan estar causando o llegar a causar en el conglomerado.”* Es decir, el legislador puede, dentro de su libertad adoptar la política criminal que se adecue a la situación social del momento y al juicio que en determinada circunstancia llegue a hacer de la incidencia social de ciertas conductas ilícitas.

Sobre el principio de proporcionalidad la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

*“...El concepto de proporcionalidad sirve como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales: cuando dos principios entran en colisión, porque la aplicación de uno implica la reducción del campo de aplicación de otro, corresponde al juez constitucional determinar si esa*

*reducción es proporcionada, a la luz de la importancia del principio afectado*<sup>115</sup>.

El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

### **3.1.12. Independencia de la Acción Disciplinaria.**

El artículo 2 de la ya derogada ley 200 de 1995 contemplaba que “la acción disciplinaria es independiente de la acción penal”, principio éste que fue incorporado en el inciso 3 del artículo 2º de la ley 734 de 2002, bajo el siguiente tenor: “La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta”. Bajo esta premisa el Derecho Disciplinario Administrativo asume como función exclusiva y excluyente el conocimiento, investigación y sanción de las faltas disciplinarias ejecutadas por los servidores públicos en desarrollo de sus funciones, o de los particulares que cumplen funciones públicas, pero deja a otras cuerdas procesales la competencia para

---

<sup>115</sup>Cf., entre otras, las sentencias T-403/92 , T-422 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y SU-089/95, M.P: Jorge Arango Mejía

adelantar las investigaciones sobre asuntos que si bien se originaron en una falta disciplinaria, pueden trascender a otros ámbitos jurídicos. Ilustra este aserto lo resuelto mediante sentencia T-413 de 1992 para dirimir un caso en que se involucra una doble sanción al procesado, pese a la singularidad de la conducta investigada:

“Esta Sala considera que en el presente caso no se da una violación al precepto citado, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, con relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello, es posible, como sucedió en este caso, que el juez penal haya absuelto y, por su parte, el juez disciplinario haya condenado. No hay, por tanto, violación de la norma superior invocada en este punto por el peticionario, como tampoco de otros derechos fundamentales”.<sup>116</sup>

Precisada la imposibilidad de predicar el principio non bis in ídem cuando un sujeto disciplinado es investigado a la vez por dos jurisdicciones diferentes, se sienta una de las premisas fundamentales para abordar la temática de la autonomía del Derecho Disciplinario Administrativo frente a cualquier otro ámbito sancionador. La reiteración jurisprudencial sobre este tópico conlleva a deslindar en principio la acción disciplinaria de la acción penal, sin que de allí puedan resultar dos potestades punitivas totalmente diferenciadas, ya que de una u otra forma la titularidad del jus puniendi seguirá estando en cabeza del Estado.

---

<sup>116</sup> Corte Constitucional, Sentencia T-413 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1993.

Refuerza esta argumentación lo expresado por Rojas Betancourt en el sentido de afirmar que no se viola el principio de non bis in ídem cuando la conducta investigada se realiza por dos jurisdicciones diferentes, por las siguientes razones:

“a) Este principio refiere la prohibición del doble juzgamiento proveniente de una entidad de la misma naturaleza no del que resulte de dos o más entidades públicas de distinta especie. De lo contrario, un tipo de investigación como la penal, inhibiría no sólo la investigación disciplinaria, sino también la fiscal y/o la civil o de responsabilidad extracontractual, o por lo menos generaría una prejudicialidad, jurídicamente cuestionable. (...).

b) También lo que proviene es que el resultado de la acción estatal, le sea atribuido doblemente. Ello no es posible en el presente caso, pues uno es el resultado de la acción penal –en lo fundamental, la imposición de una medida que afecta o puede afectar la libertad personal- y el otro el de la disciplinaria –la imposición de una medida que afecta la situación del ciudadano en un sentido distinto al de su libertad personal-“.<sup>117</sup>

La tendencia doctrinal a precisar las diferencias entre la acción disciplinaria y la acción penal por la vía del non bis in ídem se explica con relativa seguridad en la medida que el desarrollo jurisprudencial y legal ha insistido en ese deslinde metodológico, sin que pueda pregonarse un camino facilista para llegar a dicha conclusión; muy por el contrario, la formación de la ley ha sido un proceso dialéctico al cual han convergido doctrinantes, legisladores, titulares de la acción disciplinaria y la propia jurisprudencia, formando todo un bagaje teórico que permite arribar sin temor alguno a la categórica afirmación de la autonomía del Derecho Disciplinario Administrativo frente al Penal en este ámbito jurídico.

---

<sup>117</sup> ROJAS BETANCOURT, Danilo. *Hermenéutica y Principios Rectores de la Ley Disciplinaria*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1998, p 65.

La sentencia C-427/94,<sup>118</sup> en cuyas consideraciones se hizo referencia a la diferenciación existente entre la acción disciplinaria y la acción penal. Dijo la Corte:

Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros.

La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública.

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

Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron.

---

<sup>118</sup>Sent. C-427/94 M.P. Fabio Morón Díaz

El principio denominado *non bis in ídem*, que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.

*"La identidad en la persona significa que el sujeto incriminado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole.*

*"La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza.*

*"La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos."<sup>119</sup>*

La identidad de la persona juzgada, hace referencia a la individualización o identificación del sujeto sobre el cual recae la acción que ejerce el Estado. Debe existir una relación procesal entre el proceso fallado y el que se quiere iniciar o se ha iniciado, pues debe tratarse de la misma persona.

La identidad del objeto del proceso, debe tenerse en cuenta la naturaleza del hecho imputado, es decir con respecto al elemento intelectual descriptivo de una conducta humana, mirado en su materialidad. Puesto que, el principio del *non bis in ídem* no se aplica, cuando el nuevo examen verse sobre una conducta independiente de la que originó el primer proceso, ya que estaremos en presencia de un hecho nuevo, que puede dar origen, legítimamente, al segundo proceso.

---

<sup>119</sup> Sent de noviembre 22 de 1990 Corte Suprema de Justicia

La identidad en la causa se relaciona con el efecto preclusivo del primer proceso, esto es, que haya existido una decisión de fondo que ponga fin a la controversia, con efectos de cosa juzgada.

No se puede perder de vista que, 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 diferente, los bienes jurídicamente tutelados también, al igual que el interés jurídico que se protege. En cada uno de esos procesos se evalúa la conducta frente a unas normas de contenido y alcance propios.

En términos generales, se puede afirmar que siendo la acción disciplinaria distinta de la acción penal, cada una puede adelantarse en forma independiente, sin que se pueda deducir infracción al principio *non bis in ídem*, pues en este caso no existen dos juicios idénticos.

### **3.2. TITULARIDAD DE LA POTESTAD Y DE LA ACCIÓN DISCIPLINARIA.**

El derecho sancionador emana del *ius puniendi*, cuya titularidad está en cabeza del Estado e irradia tanto al Derecho Penal como al Derecho Disciplinario, siendo absolutamente intransferible a los particulares ya que sólo los jueces penales y los funcionarios públicos disciplinantes podrán investigar las conductas transgresoras

realizadas por los asociados o por sus disciplinados, respectivamente, e imponer las correspondientes penas y sanciones.

Los artículos 1 y 2 de la ley 734 de 2002 determinan la titularidad tanto de la potestad como de la acción disciplinaria en cabeza del Estado; por su parte, el artículo 66 de la ley 906 e 2004 –Código de Procedimiento Penal- asigna al Estado la obligación de ejercer la acción penal por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, y pese a que esta normatividad guarda silencio respecto de la titularidad de la potestad sancionadora, es claro que no se puede ejercer la acción si no se ostenta dicha potestad, de donde se infiere que únicamente el Estado a través de sus funcionarios está revestido de tal poderío.

La Carta Política de 1991 impone a las autoridades de la República la tarea principalísima de proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, así como de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Inciso 2 del artículo 2º), condensándose allí toda la filosofía de la función pública desarrollada a través de los servidores públicos, los cuales deben acatar fielmente los mandatos constitucionales, y muy especialmente las funciones que los reglamentos les asignan para alcanzar los fines esenciales del Estado.

El poder emanado de la soberanía popular, según las voces del artículo 3 Superior, le permite al Estado a través de las autoridades legítimamente

constituidas, ejercer la potestad disciplinaria de la cual es único titular, tal como lo preceptúa el artículo 1º de la ley 734 de 2002. En desarrollo de su soberanía el Estado, a través de las diferentes ramas del poder público, singulariza y personaliza la potestad disciplinaria haciendo uso del instrumento jurídico denominado en el ámbito procesal como 'acción', cuya titularidad está determinada por el artículo 2º de la ley 734 en referencia, que establece lo siguiente: "Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias".

La acción es el instrumento abstracto por el cual toda persona facultada para exigir algo de una autoridad pone en funcionamiento el aparato específico del Estado a fin de que le satisfaga su derecho específico. Para el caso que nos ocupa, la acción disciplinaria es el instrumento mediante el cual el Estado, como sujeto de derechos y obligaciones, exige de sus propios servidores vinculados mediante una relación legal, reglamentaria o contractual, el cumplimiento de sus particulares deberes funcionales, con lo cual todo el catálogo de fines, propósitos y cometidos estatales son alcanzables.

### **3.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DISCIPLINARIA.**

Los destinatarios del régimen disciplinario contenido en la Ley 734 de 2002 son, al tenor de lo dispuesto en los artículos 25 y 53 ibídem, los servidores públicos en ejercicio de funciones públicas; aquellos que hayan cesado en sus funciones y dentro del año siguiente a la terminación de la vinculación legal o contractual con el Estado; los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de éste, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado; los indígenas que administren recursos del Estado y los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria. Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

La Corte Constitucional ha avocado el conocimiento de varias acciones de inconstitucionalidad dirigidas contra los artículos 25 y 53 de la ley 734 de 2002 por considerar sus actores que el universo creado por el legislador desborda ya la noción del servicio público, ya la de funcionario público, o porque se configuran unos rangos especiales asimilables al servicio público, resolviéndolos con la declaratoria de exequibilidad, dado que dentro del Estado social y Democrático de Derecho la línea divisoria entre lo público y lo privado tiende a desaparecer a favor

de lo primero en desarrollo de los principios y valores que inspiran la Carta de 1991.

Uno de los primeros aspectos atacados por los accionantes, bajo el imperio de la ley 200 de 1995, se centró en la dualidad de reglamentos aplicables a los trabajadores oficiales en razón de ser destinatarios de la ley disciplinaria a la vez que del reglamento interno de trabajo de la empresa a la cual prestan sus servicios, esto último por estar sujetos a las normas laborales de derecho privado, en especial los artículos 104 a 126 de esta misma obra, y como quiera que la ley 734 recogió de la ley 200 en cita la enumeración de los sujetos disciplinables, cobra vigencia lo expresado por la Corte Constitucional en Sentencia C-280 de 1996:

“La Corte recuerda que la potestad sancionadora que tiene la administración se manifiesta en dos dimensiones bien diferenciadas, "la disciplinaria (frente a los funcionarios que violan los deberes y prohibiciones) y la correccional (por las infracciones de los particulares a las obligaciones o restricciones en materia de higiene, tránsito, financiera, fiscal, etc.) (Sentencia C-214 de 1994). Esto significa que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo. En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona. Por ello esta Corporación ya había señalado que el "régimen disciplinario cobija a la totalidad de los servidores públicos, que lo son, de acuerdo al artículo 123 de la Constitución, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios (subrayas no originales) (Sentencia C 417 de 1993)

Este ámbito de aplicación de la ley disciplinaria se explica porque la posición del servidor público en el aparato estatal, como ente físico que actualiza la tarea del Estado, comporta una serie de obvias obligaciones especiales de aquel con éste, llamadas a mantener el orden interno de la organización y el logro de los objetivos estatales. Así las cosas, un elemento esencial que define al destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado.

En ese orden de ideas, los trabajadores del Estado vinculados mediante un contrato laboral de trabajo están bajo la subordinación del Estado. Es así como no tiene relevancia para la determinación de la calidad de sujeto disciplinable, la forma de vinculación del servidor público a la organización estatal. Dado lo anterior, los trabajadores oficiales son destinatarios de un régimen disciplinario impuesto por el Estado de forma unilateral. (...)

(...) Entonces, no son destinatarios del régimen disciplinario las personas que están relacionadas con el Estado por medio de un contrato de prestación de servicios personales, por cuanto se trata de particulares contratistas y no de servidores públicos”.<sup>120</sup>

La relación de los servidores públicos con la administración respecto al Derecho Disciplinario es de carácter subjetivo y funcional en cuanto se someten a unos reglamentos emanados de su relación laboral, los cuales les imponen unos deberes, derechos y obligaciones, todos ellos encaminados al logro pleno del buen servicio. Contrario sensu, el particular que cumple temporal o transitoriamente funciones públicas queda sometido a la ley disciplinaria dentro de una perspectiva objetiva ya que su dependencia reglamentaria se da no por la calidad de servidor público sino por el desempeño de una actividad calificada por la ley como pública. Esta situación especial ubica a los particulares que desempeñan funciones públicas como sujetos disciplinables, al tenor de lo

---

<sup>120</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 1996, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1997.

dispuesto en el artículo 123 de la Carta Política, precepto desarrollado por la ley 734 de 2002 en su artículo 53. No obstante, este precepto legal fue tachado de inconstitucional argumentando los actores de la demanda que parte de su contenido violaba el artículo 123 Superior así como los artículos 1, 2 y 6 de la misma Carta. Pese a ello, la Corte Constitucional consideró el texto normativo ajustado en todo a la Carta Política, declarando estarse a lo resuelto en la providencia C-286 de 1996 que conoció sobre el mismo aspecto ahora demandado, fundamentando en aquella oportunidad su decisión como sigue:

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

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

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

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

Así lo contemplan, entre otras normas, los artículos 2, 116, 123, 131, 221 (1º del Acto Legislativo No. 2 de 1995), 246, 267, 277-9, 318, 340 (Cfr. Sala Plena. Sentencia C-015 del 23 de enero de 1996) y 365 de la Constitución, que autorizan el ejercicio de funciones públicas por personas particulares, en ciertas situaciones y previos determinados requisitos que la propia Carta o las leyes establecen, o que les permiten participar en actividades de gestión de esa misma índole.

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

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

Por otra parte, la Corte debe advertir que la norma objeto de proceso fija apenas el ámbito de aplicación de la normatividad disciplinaria e incluye allí a los particulares que ejerzan funciones públicas, lo cual no implica que el mismo precepto se haya ocupado en la definición íntegra del régimen disciplinario que el Estado puede aplicar a tales personas".<sup>121</sup>

Los incisos 2 y 3 del artículo 25 de la ley 734 de 2002 no escaparon a la acción de inconstitucionalidad impetrada por los ciudadanos por considerar sus textos contrarios a los artículos 1, 123 y 246 de la Constitución Política, al establecer como disciplinables a los indígenas que administran recursos del Estado y a los gerentes de cooperativas, fundaciones corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria, excluyendo a los

---

<sup>121</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-286 de 1996, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1997.

demás funcionarios que laboran en las mencionadas entidades, violando en este último evento el derecho a la igualdad.

La Corte Constitucional se pronunció en fallo C-127 de 2003 sobre la constitucionalidad de la cualificación de los indígenas como sujetos disciplinables cuando administran recursos del Estado, en los siguientes términos:

“Resulta claro para la Corte Constitucional que, conforme a la Constitución Política la inclusión como destinatarios de la ley disciplinaria de los indígenas que administren recursos del Estado, no vulnera el artículo 246 de la Carta Política, ni tampoco su artículo 1 como lo sostiene el actor. La norma contenida en el artículo 25 de la Ley 754 de 2002, por este aspecto, coloca a quienes siendo indígenas administren recursos públicos en la misma situación de cualquier colombiano que se encuentre en esa hipótesis, sin que ser destinatarios de la ley disciplinaria signifique decisión anticipada sobre responsabilidad alguna de carácter disciplinario, pues ella se rige por los principios y las reglas establecidas en el código disciplinario, y muy especialmente en su artículo 28.

(...) Por consiguiente, resulta razonable la aplicación del régimen disciplinario a los indígenas que manejen recursos del Estado, pues allí en su condición de particulares serán sujetos pasivos de la acción disciplinaria, siendo ello concordante con lo dispuesto en el artículo 53 del Código Disciplinario Único que señala como sujetos disciplinables a los particulares que administren recursos del Estado y establece el régimen aplicable a los mismos.

Así las cosas, el inciso segundo del artículo 25 de la ley 734 de 2002, no vulnera los derechos constitucionales de los indígenas al incluirlos como destinatarios de la ley disciplinaria, siempre y cuando, tal como lo señalan el interviniente y el Ministerio Público, el Estado capacite y asesore a las autoridades indígenas, para que se produzca una comprensión de cada una de las cláusulas del contrato, a través del cual administrarán recursos públicos y las consecuencias de su infracción”.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 2003, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2004.

Si bien la sentencia arriba anotada declaró exequible el inciso 2 del artículo 25 de la ley 734 de 2002, la supervivencia de la norma jurídica pende de la condición incorporada en la parte motiva del fallo sobre la obligación de las autoridades públicas de capacitar y asesorar a las autoridades indígenas en lo pertinente (entiéndase aquí que tanto la ley como la jurisprudencia limitan la calidad de servidor público a las autoridades indígenas y no se traslada a toda la comunidad aborígen), porque si éstos no alcanzan una verdadera comprensión de los contenidos contractuales no serán responsables disciplinariamente por el mal uso o destino de los dineros recibidos por parte del Estado para cumplir parte de los cometidos estatales.

En el mismo sentido la Corte consideró constitucional la calidad de sujeto disciplinario respecto de los enunciados en el inciso 3 del artículo 25 del Código Disciplinario Único, decidiendo:

“Ha de recordarse por la Corte que las entidades descentralizadas, de cualquier grado que ellas sean, se rigen por el derecho público o por el derecho privado según la naturaleza de la actividad que desarrollen, y de conformidad con lo establecido por la Ley 489 de 1998 para cada caso.

Sin embargo, en todo caso, es deber del Estado actuar para que se cumplan los fines que les fueron dados, ya sea por que es de interés público o para orientar la económica y el desarrollo social, siendo potestad del legislador evaluar la necesidad de someterlas a uno u otro régimen.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución, “son servidores públicos, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades territoriales descentralizadas territorialmente y por servicios”.

Estos servidores están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley o el reglamento, siendo competencia del legislador determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas.

Lo que quiere decir que es la propia Constitución (artículo 124) la que le otorga al legislador la facultad para determinar el régimen aplicable a los servidores públicos, su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva.

Por tanto, al establecer la ley 489 de 1998, que algunas las entidades descentralizadas por servicios, se rigen por el derecho privado, se puede considerar que corresponde al legislador establecer los eventos en que dichos trabajadores pueden ser considerados como servidores públicos, según el grado de responsabilidad en la ejecución y manejo de los recursos del Estado.

Teniendo en cuenta lo anterior, al señalar el inciso tercero del artículo 25 que “para efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen u organicen por el Estado o con su participación mayoritaria”, no se vulnera el derecho a la igualdad alegado por la demandante. Por el contrario, además de ser función del legislador establecer las categorías de servidores públicos, según el tipo de responsabilidad al que se encuentran sometidos, debe entenderse que los sujetos no incluidos en la norma, en razón a su inferior jerarquía, estarán sometidos al derecho privado”.<sup>123</sup>

Se comparte parcialmente la decisión de esta Corporación en atención a que si la norma positiva contenida en la ley 489 de 1998, en concordancia con las demás disposiciones que califican y cualifican a los servidores públicos, otorga la condición de servidores públicos a todos los trabajadores que laboran en una entidad en la cual la participación accionaria es mayoritariamente del Estado, no es comprensible la exclusión que el inciso 3 del artículo 25 de la ley 734, tantas

---

<sup>123</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 2003, Op. Cit., 2004.

veces referida, hace de aquellos funcionarios que laboran en las cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones creadas y organizadas por el Estado o con su participación mayoritaria pero que no ostentan la calidad de gerentes. Lo lógico sería que a estos últimos les recaiga una responsabilidad mayor, dadas las funciones especiales que cumplen, pero no se pueden sustraer de la misma a los demás funcionarios porque del desempeño de sus funciones depende, en gran medida, el cumplimiento de la relación vinculante, sea ésta legal o reglamentaria. Además, olvida la Corte que todos los funcionarios que laboran en entidades en las cuales el Estado tiene participación mayoritaria, reúnen la calidad de servidores públicos.

#### **3.4. DE LA CONDUCTA SANCIONABLE.**

El Derecho sancionador dentro del modelo del Estado Social y Democrático de Derecho se fundamenta bajo el principio de la responsabilidad del acto, esto es, la denominada responsabilidad subjetiva en donde prima el elemento antijurídico atribuido a una persona o sujeto activo del acto sancionable, ya bajo la modalidad dolosa o culposa. La culpabilidad como núcleo esencial del Derecho sancionador no excluye la remisión por parte del Derecho Disciplinario a principios de carácter penal, siempre y cuando estén insertos en el ordenamiento constitucional; igualmente, la noción de acto implica inexorablemente la existencia previa de la voluntad en su complejidad, vale decir, el querer, el preparar y el actuar, desechando entonces un derecho disciplinario de resultado por ser éste fruto no sólo de la voluntad sino también de hechos involuntarios que con frecuencia no

elaboran en la mente del individuo un efecto esperado o lógicamente alcanzable. Sobre este particular el Consejo de Estado sostuvo que: “La simple violación de una norma legal no constituye por sí misma una falta disciplinaria. Dicha violación conllevará la ilegalidad del acto expedido, pero no necesariamente implica una conducta del funcionario sometida a sanción. Para que se configure la falta disciplinaria, se requiere de una parte, la tipificación de la conducta como falta y, de otra, la demostración de la culpabilidad en que hubiere incurrido el funcionario al realizar esa conducta”.<sup>124</sup>

La elaboración del Derecho Disciplinario con fundamento en la responsabilidad del acto supone una íntima relación o integración de los principios de tipicidad y antijuridicidad ya que el sujeto sancionable que realiza la conducta considerada como falta disciplinaria conoce a conciencia, dado su deber funcional, el grado de vulnerabilidad del bien jurídico tutelado por la administración. Siguiendo esta línea doctrinal, el artículo 23 de la ley 734 de 2002 determina que “constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento”.

---

<sup>124</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de junio 27 de 1991, Expediente 911, Magistrado Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez.

El texto legal se refiere a conductas o comportamientos, los cuales requieren del elemento volitivo para su materialización, primando en estas actuaciones el incumplimiento de los deberes emanados de las funciones propias de su cargo. De allí que el inciso 2 del artículo 122 de la Constitución imponga al funcionario público una obligación, que no es mera fórmula retórica sino el elemento vinculante primordial del servidor público con la administración, cuando establece que “ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben”.

#### **3.4.1. Tipología de las Faltas.**

No puede olvidarse, tal como se analizó anteriormente, que la característica principal de la tipicidad en el Derecho Disciplinario Administrativo, es la configuración de tipos abiertos. De allí que los artículos 42 y 43 del Código Disciplinario Único no describen la conducta sino que se remiten a unos conceptos axiológicos para graduar su calidad en gravísimas, graves y leves, señalando con precisión las gravísimas y determinando que las conductas graves y leves, constituidas por el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley, se calificarán siguiendo los siguientes criterios:

1. El grado de culpabilidad.

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

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 49 de la ley 734 de 2002 las faltas gravísimas constituyen causales de mala conducta cuando fueren realizadas por el Presidente de la República, los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado o de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, debiendo el infractor ser

sancionado con la pena de destitución del empleo, o con la privación temporal o definitiva de sus derechos políticos, sin perjuicio de las sanciones penales.

El Título I del Libro III de la ley 734 de 2002 determina un régimen especial para los particulares que en razón de cumplir funciones públicas están sometidos a su ámbito de aplicación, especificando los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas imputables a los mismos. Según las voces del artículo 53, ibídem, son sujetos disciplinables, en este caso, los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de éste, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado. Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

El artículo 54 del mismo Título establece el catálogo de inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses, para los particulares que ejerzan funciones públicas, quedando inmersos en la misma calidad que la Constitución y la ley señalan para los servidores públicos. Es importante precisar que el cumplir algunos particulares funciones públicas no los identifica como servidores públicos, y por lo tanto no forman parte de la administración, razón ésta por la que el legislador consideró que sus conductas no contrarían un catálogo ético sino que trascienden a un ordenamiento de mayor sancionabilidad debiendo,

entonces, responder únicamente por las faltas gravísimas descritas de manera taxativa en el artículo 55 de la ley 734 en cita.

### **3.4.2. Clasificación de las Sanciones.**

El principio de tipicidad incorporado en la ley disciplinaria mediante la figura de legalidad garantiza no sólo la descripción de la conducta sancionable, en el caso de las faltas gravísimas, sino también la indicación de manera clara y expresa de la sanción que ha de imponerse al disciplinable que incurre en una conducta reprochable, que no es otra que cualquiera de las consignadas en el artículo 44 de la ley sub examine, a saber:

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.

La sanción disciplinaria encuentra su fundamento en los principios generales del Estado y surge como una respuesta al incumplimiento del deber funcional que se le impone a cada servidor según su grado de compromiso con la administración pública. De allí que la tipología de las faltas en gravísimas, graves y leves, parte del supuesto subjetivo-objetivo servidor público-manual de funciones, porque sólo

la violación de ese catálogo de deberes es lo que autoriza al funcionario disciplinante o investigador para adelantar el proceso administrativo disciplinario en procura de la buena marcha institucional. La Corte Constitucional precisó en Sentencia C-708 de 1999 el fundamento de la sanción disciplinaria, en los siguientes términos:

“Constituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública, de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública”.<sup>125</sup>

Ese control disciplinario que sobre sus servidores ejerce el Estado no puede dirigirse sólo hacia la faceta negativa del concepto de sanción porque, al igual que el incumplimiento de los deberes conlleva el castigo, su acatamiento debe acarrear la recompensa a través de estímulos expresados material u honoríficamente. En este orden de ideas, la sanción legal, como la define el artículo 6º del Código Civil, debe procurar estimular a los funcionarios públicos, lo que redundará a la vez que en una satisfacción personal en un mejor servicio.

La sanción disciplinaria está sustentada por los principios de igualdad, prevención, proporcionalidad y motivación, todos ellos con claros fundamentos axiológicos. El

---

<sup>125</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-708 de 1999, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2000.

primero alude a la actitud de la administración frente al disciplinado y de éste respecto de todos aquellos que potencialmente pudieron haber cometido la falta; la prevención está encaminada a disuadir a todos y cada uno de los funcionarios públicos respecto de la comisión de conductas reprobables que ponen en riesgo el buen decoro de la administración. Este aspecto preventivo lleva aparejado el elemento correctivo como nota característica de la sanción disciplinaria.<sup>126</sup> La proporcionalidad comporta un equilibrio entre la falta cometida y la sanción impuesta, atendiendo aquí al grado de responsabilidad y autoridad que cada servidor público encarna. Sobre este tópico en particular la Corte Constitucional ha afirmado que: “Este exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad”.<sup>127</sup> Finalmente, la motivación exige una correcta fundamentación de la providencia mediante la cual se impone el correctivo, teniendo en cuenta los elementos que por vía legal y jurisprudencial han catalogado las faltas como gravísimas, graves y leves para adecuarlas a la correspondiente sanción, ésta si taxativamente señalada por el legislador.

---

<sup>126</sup> REYES CUARTAS, José Fernando, Op. Cit., p 65.

<sup>127</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2003, Op. Cit., 2004.

### **3.4.3. Eximentes de Responsabilidad.**

El artículo 28 de la ley 734 de 2002 determina que está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:

1. Por fuerza mayor o caso fortuito.
2. En estricto cumplimiento de un deber constitucional o legal de mayor importancia que el sacrificado.
3. En cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales.
4. Por salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad.
5. Por insuperable coacción ajena o miedo insuperable.
6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.
7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes. No habrá lugar al reconocimiento de inimputabilidad cuando el sujeto disciplinable hubiere preordenado su comportamiento.

La Corte Constitucional al conocer de la acción de inexecuibilidad impetrada contra la expresión “de mayor importancia que el sacrificado” contenida en el numeral 2 del artículo 28 de la ley disciplinaria, y el numeral 4 del mismo

ordenamiento, enderezó su argumentación a favor de la constitucionalidad de ambos textos, y así lo expresó en Sentencia C-948 de 2002:

“Para el actor las expresiones “de mayor importancia que el sacrificado” contenida en el numeral segundo, y el numeral cuarto del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 que establece las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria vulneran el principio de tipicidad a que alude el artículo 29 superior, por cuanto por una vía diferente a la estructuración legal de la conducta considerada como falta disciplinaria, se exige del destinatario de la ley disciplinaria una evaluación de aspectos objetivos relacionados con el tipo disciplinario, pero no insertos en éste, con lo que escapan a la consideración de su voluntad al momento de la comisión del hecho que pueda reprocharse disciplinariamente. Acusación que desestima la vista fiscal para la cual, en la medida en que en el derecho disciplinario tipicidad y antijuricidad sustancial están unidas, la falta disciplinaria bien puede excluirse por colisión de deberes.

Al respecto la Corte recuerda que, como ya se señaló en esta misma providencia, el ejercicio del poder del Estado para sancionar las faltas disciplinarias que cometan sus servidores como mecanismo para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente. Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, entre otros, se muestran como rectores del proceso disciplinario en general.

Así en este campo la garantía constitucional del principio de legalidad impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas, pues sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal. Cuando ello no ocurre así, la norma en cuestión viola la Carta, bien sea porque no determine claramente la conducta reprochada, o porque no define claramente cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que claramente permiten su determinación.

Para el actor los apartes acusados del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 desconocen dichos presupuestos. Para la Corte sin embargo no son necesarios mayores desarrollos para concluir que la

acusación del actor no toma en cuenta que el objeto del artículo 28 en que se encuentran insertos los apartes acusados no es la tipificación de conductas que puedan ser reprochadas disciplinariamente sino que en ella se señalan son las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, causales que dado su carácter general resultan aplicables a todos los tipos disciplinarios y que para poder ser invocadas implican el análisis específico de la situación de cada servidor público en el marco del proceso respectivo.

No sobra señalar además, como lo recuerda la vista fiscal en su intervención, que no es cierto que dichas causales escapen a la consideración de la voluntad del servidor público al momento de la comisión del hecho que pueda reprocharse disciplinariamente, pues dicho servidor tiene la obligación de conocer y cumplir sus deberes funcionales en debida forma con la capacidad de valorar, en un momento determinado, cuales son de mayor importancia para el efectivo cumplimiento de los fines estatales.

Así las cosas frente al cargo planteado la Corte declarará la exequibilidad de la expresión “de mayor importancia que el sacrificado” contenida en el numeral segundo así como el numeral cuarto del artículo 28 de la Ley 734 de 2002 y así lo señalará en la parte resolutive de esta sentencia”.<sup>128</sup>

Como uno de los principios orientadores del Derecho Sancionador es el acto, donde prima la voluntad del sujeto, es lógico entender la decisión de la Corte Constitucional respecto a la demanda incoada contra el aparte del numeral 2 y la totalidad del numeral 4 del artículo 28 de la ley 734 de 2002, ya que el deber funcional supone el conocimiento pleno de sus deberes y obligaciones por parte de cada servidor público, así como los alcances materiales y morales de cada uno de los actos que ejecuta porque, recuérdese, el funcionario estatal en el momento de su posesión jura cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben, y demás está prever que conoce de antemano a qué se está comprometiendo. De aquí se deduce que cada servidor público debe estar en

---

<sup>128</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, Op. Cit. 2003.

capacidad de discernir cuándo un deber constitucional o legal, por su mayor importancia, debe prevalecer frente a aquel que se vulnera, o cuándo las razones de necesidad, adecuación, proporcionalidad y racionalidad, lo facultan para anteponer un derecho propio o ajeno frente al que resulta infringido.

#### **3.4.4. Extinción de la Acción y de la Sanción.**

En virtud de que ninguna persona puede estar de manera indefinida en el campo de la expectativa procesal, el derecho disciplinario ha acogido el instituto de la prescripción cuyo propósito es el de poner límite a la inactividad del Estado para iniciar las acciones disciplinarias correspondientes respecto de los disciplinarios que han quebrantado el orden administrativo laboral y de servicio al público previamente establecido. Así las cosas, el artículo 29 de la ley 734 de 2002 establece como causales de extinción de la acción disciplinaria la muerte del investigado y la prescripción de la acción disciplinaria, no así el desistimiento del quejoso, ya que el Estado no puede renunciar a la potestad sancionadora, dentro de los precisos límites que la propia ley le señala.

El artículo 30 de la norma en cita establece un término máximo de 5 años para que surja la prescripción de la acción, contados para las faltas instantáneas desde el día de su consumación y para las de carácter permanente o continuado desde la realización del último acto, ampliando el término a doce años en los eventos de

las faltas señaladas en los numerales 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 del artículo 48 de la referida ley 734, y aclarando que cuando se trate de varias las conductas juzgadas en un solo proceso, la prescripción de las acciones se cumple independientemente para cada una de ellas, todo ello con sujeción a tratados internacionales que Colombia ratifique. Si el investigado renuncia a la prescripción, el artículo 31 prevé que la acción sólo podrá proseguirse por un término máximo de dos años contados a partir de la fecha de la renuncia.

A este respecto la Corte Constitucional en Sentencia C-244 de 1996 señaló que:

“La prescripción de la acción es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción.

Este fenómeno tiene operancia en materia disciplinaria, cuando la Administración o la Procuraduría General de la Nación, dejan vencer el plazo señalado por el legislador, -5 años-, sin haber adelantado y concluido el proceso respectivo, con decisión de mérito. El vencimiento de dicho lapso implica para dichas entidades la pérdida de la potestad de imponer sanciones, es decir, que una vez cumplido dicho periodo sin que se haya dictado y ejecutoriado la providencia que le ponga fin a la actuación disciplinaria, no se podrá ejercitar la acción disciplinaria en contra del beneficiado con la prescripción.

El fin esencial de la prescripción de la acción disciplinaria, está íntimamente ligado con el derecho que tiene el procesado a que se le defina su situación jurídica, pues no puede el servidor público quedar sujeto indefinidamente a una imputación. Si la acción disciplinaria tiene como objetivo resguardar el buen nombre de la administración pública, su eficiencia y moralidad, es obvio que ésta debe apresurarse a cumplir con su misión de sancionar al infractor del régimen disciplinario, pues de no hacerlo incumpliría una de sus tareas y, obviamente, desvirtuaría el poder corrector que tiene sobre los servidores estatales. "La defensa social no se ejerce dejando los procesos en suspenso, sino resolviéndolos.... Si el proceso no se resuelve, no será por obra del infractor, sino, ordinariamente, por

obra de la despreocupación o de la insolvencia técnica de los encargados de juzgar”.<sup>129</sup>

Estos presupuestos jurisprudenciales se hacen extensivos a la prescripción de la sanción, ya que si la inercia o la inactividad de la administración pública genera la no apertura del proceso ni la imposición de la sanción, el disciplinado, pese a haber transgredido su catálogo de deberes, no podrá estar indefinidamente sub judice a la espera de la correcta administración disciplinaria. En efecto, el artículo 32 de la ley 734 señala que la sanción disciplinaria prescribe en un término de cinco años, contados a partir de la ejecutoria del fallo. Cuando ésta fuere la destitución e inhabilidad general o la suspensión e inhabilidad especial, una vez cumplidas se producirá la rehabilitación en forma automática, salvo lo dispuesto en la Carta Política respecto de los funcionarios que han ocasionado detrimento en el patrimonio del Estado, caso en el cual no opera la prescripción ya que la sanción es indefinida.

---

<sup>129</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996, Op. Cit., 1997.

## CONCLUSIONES

La ciencia del Derecho es una expresión de la cultura y del conocimiento humano que con el transcurso del tiempo y el desarrollo de los pueblos ha ido auspiciando la conformación de áreas especializadas que sin desprenderse del tronco común adoptan método y lenguaje propios y diseñan objetivo y objeto particulares a fin de ser reconocidos como disciplinas y saberes autónomos dirigidos a coadyuvar en la regulación pacífica de las relaciones de convivencia humana y al direccionamiento de sus conductas y comportamientos.

La consolidación del Derecho Penal desde los orígenes de las diversas culturas permitió que sus elaboraciones teóricas y principales postulados orientaran el quehacer jurídico durante más de veinticinco siglos, pero a raíz del surgimiento del Estado Social y Democrático de Derecho a comienzos del siglo XX el catálogo de penas y medidas represivas fue cediendo paso ante una normatividad en la cual todos los asociados, sin distinción alguna, fueron tratados con el respeto debido a la dignidad humana, garantizándoles de paso el debido proceso y todas aquellas prerrogativas que el concierto de las naciones consideró necesarias para asegurar el futuro de la humanidad.

La particular administración del Estado conformada por la triada normas jurídicas-servidores públicos-comunidad, ha requerido la elaboración de una serie de conceptos encaminados a facilitar el buen servicio y el comportamiento correcto y

decoroso de los servidores públicos respecto de los asuntos a su cargo, y ha dirigido sus esfuerzos a seleccionar y capacitar personal idóneo que asimilando la noción de administración pública ponga en marcha su quehacer a favor del correcto cumplimiento de las tareas, fines y propósitos por ella perseguidos.

El concepto de “deber” prima en todo el ordenamiento constitucional colombiano, imponiendo la solidaridad y la prevalencia del interés general como faros orientadores de la administración pública; de allí que una codificación que compendie el conjunto de obligaciones, derechos y deberes de los servidores públicos con ella relacionados debe conjugar tanto los principios superiores vertidos directamente de la Carta Política como aquellos que irrigan e inspiran otros ámbitos jurídicos en lo penal, administrativo y procesal, construyendo de esta manera el especialísimo campo del derecho disciplinario.

El Derecho Disciplinario es el conjunto de normas jurídicas, tanto sustanciales como procesales, mediante las cuales el Estado ejerce su potestad sancionadora respecto de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas, con el propósito de lograr la mayor eficacia en la administración y el cabal cumplimiento de los cometidos estatales.

El largo discurrir del Derecho Disciplinario le ha permitido adoptar una naturaleza administrativa nutrida por los principios fundamentales del Derecho Constitucional, que se desprende nítidamente tanto de su propia definición como de las

características que lo acompañan, emanadas éstas del Código Disciplinario Único o de la interpretación jurisprudencial de rango constitucional.

La potestad sancionatoria del Estado comprende diferentes áreas tales como la civil, la policiva, la penal, la laboral y la administrativa, pero en el campo propiamente dicho del Derecho Penal la sanción adopta el ropaje de pena, de aflicción, en tanto que en las otras esferas su finalidad es la prevención o la exigencia del cumplimiento de unos deberes específicos. El Derecho Disciplinario Administrativo se escinde del Derecho Penal a partir del surgimiento del Estado Social y Democrático de Derecho el cual, bajo los principios de solidaridad y del orden económico y social justo, impone a los servidores públicos el cumplimiento de unos deberes respecto de unas funciones específicas incorporadas en los manuales respectivos de las diferentes entidades. Respecto de sus propios servidores se diferencia de la que se ejerce sobre el total de los ciudadanos en que mientras la primera opera dentro de una cuerda procesal de lo contencioso-administrativo, la segunda está regida por los principios de la jurisdicción ordinaria penal. En uno y otro caso, las respectivas jurisdicciones están sometidas a los principios constitucionales, pero en razón de los propósitos y cometidos del Estado, y al tenor del artículo 6º Superior, corresponde un mayor grado de responsabilidad al servidor público que al ciudadano respecto de las obligaciones y deberes que le imponen la Carta y el ordenamiento jurídico.

Para alcanzar su autonomía una ciencia requiere mucho más que proclamarla, siendo necesario entonces demostrar un mínimo grado de especialización, su objeto de estudio propio, metodología de investigación particular, objetivo singular, difusión y construcción conceptual propia, y en tratándose de un área jurídica debe además tener un desarrollo normativo específico.

Hay que tener en cuenta que, autonomía no significa independencia, sino que, como lo define el Diccionario de la Lengua Española, es la “condición de quien, **para ciertas cosas**, no depende de nadie. Precisión predicable del derecho que nos ocupa ya que su constante quehacer no le impone remisiones instrumentales ni teóricas a otros campos jurídicos, pese a que en sus principios generales sigue dependiendo del Derecho Constitucional, del Administrativo y del Procesal.

El elemento que especializa al Derecho Disciplinario no es otro que el de regular las relaciones que surgen entre el Estado y los funcionarios públicos en desarrollo del deber funcional. Este es su objeto propio, del cual no se ocupa ninguna otra área jurídica y el objeto en particular es la finalidad que procura el Estado con la potestad disciplinaria, es la custodia y preservación del orden administrativo, para lo cual utiliza incentivos, preventivos y sanciones a fin de impedir la materialización de conductas contrarias a los deberes funcionales, propiciando un ambiente de moralidad y eficacia al interior de la administración. El método, es aquel conjunto de operaciones teóricas y procedimentales que permiten validar o justificar un área de investigación o un campo del conocimiento, las pretensiones del Derecho Disciplinario no alcanzan para ubicarlo dentro del plano puramente científico, y se

enrumba, eso sí, hacia el modesto sitial de área específica del conocimiento en razón de haber adquirido ya un reconocimiento legislativo, docente, doctrinal y jurisprudencial, y como sus fuentes de conocimiento son eminentemente formales, es decir, la Constitución, la ley, la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre no contraria a derecho, los resultados de su accionar investigativo conforman un acervo teórico característico, propio, específico, con fronteras definidas frente a otros saberes jurídicos. El Derecho Disciplinario ha venido construyendo particulares acepciones para denominar actuaciones, relaciones, procedimientos y sanciones propias de su naturaleza, a la vez que creando vocablos innovadores que si bien tienen su sinonimia representada en otra parcela jurídica, le imprimen personalidad e identidad propias. Siendo el Derecho Disciplinario un conjunto de deberes y derechos, es también un tratado deontológico de altísima significación imponible a la administración pública, específicamente a sus servidores.

Lo anterior permite establecer la especificidad del Derecho Disciplinario, que se pueden referenciar en: La imposibilidad de transportar integralmente los principios del derecho penal al derecho disciplinario, el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria (Objeto Propio) y la vigencia en el derecho disciplinario del sistema de sanción de las faltas disciplinarias denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, por oposición al sistema de números cerrados o *clausus* del derecho penal.

El derecho penal es la *última ratio* en el control social de la conducta de los ciudadanos. Esto significa, que el derecho penal es el último recurso al cual hay que acudir en el control social. Por tal motivo, el Derecho Penal, debe tener un perfil muy bien definido, ya que, si esa diferencia no es clara, el derecho penal, en vez de ser un derecho penal mínimo, se confundiría con otros mecanismos de control social que le anteceden, lo cual implicaría que se constituyera en un derecho penal máximo. En efecto, si no existen diferencias cualitativas entre derecho disciplinario y derecho penal, simple y llanamente, el legislador podría de un día para otro decir que todo lo que es constitutivo de falta disciplinaria es también constitutivo de delito y se originaría lo que se conoce como infracción penal y el derecho penal, perdería crédito como el instrumento más radical, en el control de la conducta humana en sociedad

Es de gran importancia establecer que, tanto el Derecho Penal como el Disciplinario adoptan principios constitucionales que les son comunes por ser uno y otro emanación de la potestad sancionadora del Estado, lo que no supone la identidad respecto de sus características particulares y de su naturaleza jurídica. El Derecho Disciplinario adopta no sólo algunos principios del Derecho Penal, del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal, y sobre ellos estructura todo su andamiaje normativo, sin perder de vista que unos y otros beben en la fuente del Derecho Constitucional. Se puede expresar que los principios del derecho penal - como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado.

La dignidad humana, encierra un cúmulo de valores. Esa escala de valores parte del concepto de racionalidad del ser humano y tiene como eje central la existencia, es decir, el derecho a la vida. La dignidad humana es inherente al hombre, connatural a él, y no se disminuye ni limita por ninguna consideración. Principio fundante en cualquier ordenamiento jurídicamente legítimo. A pesar de esto, se ha introducido una nueva forma de derecho penal, que parece oponerse al principio y valor fundante de la dignidad humana. La tesis de Jakobs, que se refiere a la existencia de un derecho penal del enemigo, que toma especial relevancia después del atentado del 11 de septiembre a los Estados Unidos. El fin principal de dicho Derecho Penal es la seguridad cognitiva, permitiendo de esta manera, eliminar a todos aquellos que no ofrecen la garantía cognitiva mínima que es necesaria para poder ser tratados como personas. Con este instrumento el Estado amenaza a sus enemigos, que entre otras cosas no son tratados como personas. Al denominado Derecho Penal del Enemigo, no se le puede reconocer el carácter de derecho, puesto que, pretende construirse bajo el postulado de la negación de sus destinatarios como personas, además, tanto el Derecho Penal como el Derecho Disciplinario vigentes en nuestra sociedad, son ordenamientos jurídicos de "acto" en donde prima la voluntad del transgresor de la norma frente a la materialización del hecho considerado como típico, siendo exigible la plena constatación de la creación penal de la conducta final para que ella sea sancionada.

El artículo 29 constitucional determina que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” está reconociendo una nítida diferenciación entre las instancias estrictamente judiciales y las de carácter administrativo, entre ellas la disciplinaria. El instituto del debido proceso supone una serie de garantías que determinan su efectividad, tales como el juzgamiento conforme a leyes preexistentes al acto que se imputa, el juez competente, el juez propio, la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio, el principio de favorabilidad, la presunción de inocencia, el derecho a la defensa y a un proceso público sin dilaciones injustificadas, el derecho 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, y el derecho de no ser admitida prueba alguna obtenida contrariando los presupuestos e instancias procesales. Dichos derechos y garantías deben ser aplicados, ipso jure, tanto en el proceso penal como en el disciplinario.

Respecto al garantismo penal, Ferrajoli, elabora una teoría general del garantismo, en la que establece las pautas de consolidación y desarrollo futuro, señalando que el garantismo no es solo un modelo normativo de derecho (Modelo de estricta legalidad) sino además una teoría jurídica de la validez y efectividad (operando como doctrina de legitimación) y sobre todo de deslegitimación interna del derecho penal y una filosofía política (Basada en la primacía del individuo). Por tal motivo el principio el principio fundamental del debido proceso es garante de un cúmulo de derechos fundamentales que dan sustento al concepto de dignidad humana. (Concepción contrapuesta al Derecho Penal del Enemigo.)

El inciso 2 del artículo 29 constitucional consagra categóricamente el principio de legalidad, determinando que “Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las 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”, precepto que fue retomado, más en su espíritu que en su forma, tanto por el Derecho Disciplinario (artículo 4º) como por el Penal (art. 6º) y el Procesal Penal (art. 6º). “El principio de legalidad en el campo del Derecho Disciplinario es menos exigente en cuanto al requisito de que la conducta sea descrita con precisión en la ley, ha resaltado que otro aspecto de este principio, el de reserva de ley, constituye también una garantía del debido proceso disciplinario...”

La tipicidad es un instituto originario del Derecho Penal entendida como “la abstracta descripción que el legislador hace de una conducta humana reprochable y punible”, la tipicidad de las infracciones disciplinarias es el resultado de aceptar que toda regla de esta naturaleza, tiene un complemento normativo compuesto por disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, al cual debe remitirse aquél para imponer las sanciones correspondientes, el régimen disciplinario se caracteriza, a diferencia del penal, porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están consignadas en *tipos abiertos*, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos.

El principio de cosa juzgada tiene un tratamiento idéntico en los ámbitos penal y disciplinario, enderezándose en ambos casos a garantizar el equilibrio entre el deber del Estado de sancionar y el derecho del procesado o disciplinado a no permanecer de manera indefinida incurso en un proceso.

Respecto del principio de favorabilidad, se puede decir, que existe una clara diferenciación entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, porque mientras el primero aplica, en cualquier circunstancia, la ley más favorable para el condenado, el segundo presenta una excepción a la norma general cuando el disciplinado se ve incurso en delitos contra el patrimonio del Estado, existiendo para este evento una sola norma, el inciso 5 de la artículo 122 de la Constitución Política, que contempla la drástica sanción de la inhabilidad intemporal para el desempeño de funciones públicas.

El lo que se trata del principio de culpabilidad, se efectúa un traslado del principio del Derecho Penal al Derecho Disciplinario, tal como lo señaló la Corte, *mutatis mutandi*, es decir cambiando lo que haya que cambiar, y mientras en el primero está claramente diferenciada la cualificación de la conducta en dolosa, culposa y preterintencional, en el segundo, se omite la preterintención, admitiéndose el dolo y la culpa.

El principio de presunción de inocencia forma parte integral del debido proceso, y por lo tanto asciende al rango constitucional sin que requiera desarrollo legal para su pleno ejercicio y su exigencia garantista, como se desprende de la hermenéutica del artículo 29 de la Carta Política, ya que el constituyente no hizo remisión alguna al legislador para su posterior reglamentación. No así el principio del *in dubio pro reo*, que surge no como parte integral del debido proceso sino como una gracia especial que se concede al implicado o disciplinado cuando del acervo probatorio no es fácil deducir ni su responsabilidad ni su inocencia.

Una de las mayores garantías procesales, especialmente en el ámbito del Derecho Sancionador, es el principio de la doble instancia consagrado, entre otros, en los ámbitos penal y disciplinario como emanación del debido proceso estipulado en el artículo 29 constitucional, el cual toma cuerpo legal a través del recurso denominado de apelación, comúnmente conocido como de alzada por cuanto que su nota característica es alzarse, levantarse, oponerse o protestar por la decisión contraria proferida por el juez o el funcionario administrativo.

El Constituyente de 1991 asignó al Procurador General de la Nación la suprema dirección del Ministerio Público confiriéndole el rango de ente autónomo frente a las ramas del poder público. En el discurrir analítico de la Alta Corporación subyace la clara supresión del poder preferente a la Procuraduría General de la Nación frente al Consejo Superior de la Judicatura y a los Consejos Seccionales en tratándose del conocimiento a prevención de la conducta de los funcionarios de

la rama judicial, lo que no implica que el primero de los órganos de control mencionados pierda ese poder preferente en relación con los demás funcionarios de la administración pública. Esa debe ser la correcta hermenéutica en la concordancia del numeral 6 del artículo 277 con el numeral 3 del artículo 256 constitucionales.

El Estado Social y Democrático de Derecho la función de la pena no se limita a reprimir el delito o a establecer un catálogo escueto de propósitos, sino que cada uno de ellos es adjetivado buscando el equilibrio entre la trasgresión y la pena. Es así como el artículo 4º del Código Penal establece que la pena cumplirá las funciones de prevención general y especial, retribución justa, reinserción social y protección al condenado. En tratándose del Derecho Disciplinario, por ser éste un conjunto de normas sustanciales y procesales en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo, tal como se había anotado anteriormente, el artículo 16 de la ley 734 de 2002 establece que la sanción disciplinaria tiene función preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública, alejándolo, entonces, de una función represiva.

El principio de proporcionalidad en materia disciplinaria es definido por el mismo legislador. El artículo 18 de la propia Ley 734 de 2002, antes transcrito, se

recuerda, dice así: “*La sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida. En la graduación de la sanción deben aplicarse los criterios que fija esta ley.*” El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales: la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido, la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios), y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes.

Los artículos 1 y 2 de la ley 734 de 2002 determinan la titularidad tanto de la potestad como de la acción disciplinaria en cabeza del Estado; por su parte, el artículo 66 de la ley 906 e 2004 –Código de Procedimiento Penal- asigna al Estado la obligación de ejercer la acción penal por intermedio de la Fiscalía General de la Nación, y pese a que esta normatividad guarda silencio respecto de la titularidad de la potestad sancionadora, es claro que no se puede ejercer la acción si no se ostenta dicha potestad, de donde se infiere que únicamente el Estado a través de sus funcionarios está revestido de tal poderío.

Los destinatarios del régimen disciplinario contenido en la Ley 734 de 2002 son, al tenor de lo dispuesto en los artículos 25 y 53 *ibídem*, los servidores públicos en ejercicio de funciones públicas; aquellos que hayan cesado en sus funciones y dentro del año siguiente a la terminación de la vinculación legal o contractual con

el Estado; los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de éste, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado; los indígenas que administren recursos del Estado y los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria. Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva.

Es importante precisar que mientras para las normas de carácter penal el destinatario del principio de legalidad es toda persona, sin distinción alguna, en el Derecho Disciplinario el universo se limita al servicio público y al particular que cumple funciones públicas, exclusivamente. Del mismo modo, la conducta sancionable en lo disciplinario está claramente definida como falta, en tanto que en lo penal la estructura normativa alude a conductas punibles que requieren una definición de manera inequívoca por parte del legislador.

El Derecho sancionador dentro del modelo del Estado Social y Democrático de Derecho se fundamenta bajo el principio de la responsabilidad del acto, esto es, la denominada responsabilidad subjetiva en donde prima el elemento antijurídico atribuido a una persona o sujeto activo del acto sancionable, ya bajo la modalidad dolosa o culposa. La culpabilidad como núcleo esencial del Derecho sancionador.

La sanción disciplinaria está sustentada por los principios de igualdad, prevención, proporcionalidad y motivación, todos ellos con claros fundamentos axiológicos. El primero alude a la actitud de la administración frente al disciplinado y de éste respecto de todos aquellos que potencialmente pudieron haber cometido la falta; la prevención está encaminada a disuadir a todos y cada uno de los funcionarios públicos respecto de la comisión de conductas reprobables que ponen en riesgo el buen decoro de la administración. Este aspecto preventivo lleva aparejado el elemento correctivo como nota característica de la sanción disciplinaria. La proporcionalidad comporta un equilibrio entre la falta cometida y la sanción impuesta, atendiendo aquí al grado de responsabilidad y autoridad que cada servidor público encarna.

El Derecho Disciplinario como área específica de conocimiento partió, en la búsqueda de su identidad, de la formulación de un problema a resolver, y luego de superar diversas etapas secuenciales ha obtenido unos resultados teóricos relevantes que le han permitido estructurar todo el andamiaje teórico y normativo que lo sustenta, y sus logros cognoscitivos están a disposición de la crítica general para que sobre ella misma se reelaboren nuevos postulados que le permitan crecer y encumbrarse hasta alcanzar plenamente su reconocimiento universal.

## BIBLIOGRAFÍA

AFTALIÓN, Enrique R., Derecho Penal Administrativo, Buenos Aires, Editorial Desalma, 1955.

ALESSI, Renato. Instituciones de Derecho Administrativo, Tomo I, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1970.

BECCARIA, Cesare. De los Delitos y de las Penas, Bogotá, Ediciones Aguilar, 1979.

BRITO RUIZ, Fernando. La Función Pública y el Derecho Disciplinario. EN: Colección Derecho Disciplinario No. 1. Bogotá, Imprenta Nacional, 2002.

CASTILLO BLANCO, Federico A., Función Pública y Poder Disciplinario, Madrid, Editorial Cívitas S.A., 1992.

COUTURE, Eduardo J, Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires, Editorial Desalma, 1998.

FERRAJOLI, Luigi, Derecho y Razón, Madrid, Editorial Tratta, 1997.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-417 de 1993. Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1994

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 1996, Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1997.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002, Magistrada Ponente Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2003.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gavirira Díaz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1997.

-----, Corte Constitucional, Sentencia T-581 de 1992. Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1993.

-----, Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia 17 del 7 de marzo de 1985, Magistrado Ponente Manuel Gaona Cruz, 1986.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2003.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-253 de 2003, Magistrado Ponente Jaime Córdova Triviño, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2004.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2003, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2004.

-----, Corte Constitucional, Sentencia T-499 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional.

-----, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Gaceta Judicial XCI, Bogotá, Imprenta Nacional, 1960.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-404 de 2001, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2002.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2002, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2003.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2003.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas Hernández, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2003.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-728 de 2000, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2001.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-280 de 1996, Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1997.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-286 de 1996, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1997.

-----, Sentencia C-127 de 2003, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2004.

-----, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia de junio 27 de 1991, Expediente 911, Magistrado Ponente Libardo Rodríguez Rodríguez.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-708 de 1999, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2000.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2003, Magistrado Ponente Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2004.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1997.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-095 de 2002, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2004.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-948 de 2002, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2003.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1997.

-----, Corte Constitucional, Sentencia T-413 de 1992, Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1993.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-427 de 1994, Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1995 .

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-907 de 1999, Magistrado Ponente Alvaro Tafur Galvis, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2000.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996, Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1997.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002, Magistrado Ponente Clara Inés Vargas, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2003.

-----, Corte Constitucional, Sentencia C-996 de 2001, Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2002.

-----, Corte Constitucional, Sentencia T-438 de 1992, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 1993.

-----, Corte Constitucional, sentencia C-708 de 1999, Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis, Bogotá, Gaceta de la Corte Constitucional, 2000.

DE LAUBADÉRE, André. Manual de Derecho Administrativo, Traducción de Jesús Villamizar Herrera, Bogotá, Editorial Temis, 1984.

GARCIA MARTIN, L. Consideraciones Críticas sobre el Actual Denominado “Derecho Penal del Enemigo”, En revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica, 2005.

GOLDSCHMIDT, James. Citado por MATTES, Heinz. Problemas de Derecho Penal Administrativo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1976.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, Dogmática del Derecho Disciplinario, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y BARBOSA CASTILLO, Gerardo. Bien Jurídico y Derechos Fundamentales, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge E., La Responsabilidad Disciplinaria y la Responsabilidad Fiscal, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1998.

JAKOBS, G. El Derecho Penal del Ciudadano y Derecho Penal del Enemigo, en Jakobs/Cancio Melia: Derecho Penal del Enemigo, Madrid, Editorial Cevitas S.A., 2003.

JIMÉNEZ CASTRO, Wilburg. Introducción al Estudio de la Teoría Administrativa, México, Editorial Limusa, 1963.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Bogotá, Editorial Temis, 1983.

MAYA VILLAZÓN, Edgardo José. La Estructura de la Falta Disciplinaria y la Jurisprudencia de la Ley 734 de 2002, Bogotá, Procurando, febrero 24 de 2004.

MATTES, Heinz. Problemas de Derecho Penal Administrativo, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1976.

MEYER, Citado por HARO BELCHEZ, Guillermo. El Régimen Disciplinario en la Función Pública, Toluca, Arte y Serigrafía S.A., 1993.

MUÑOZ CONDE, Francisco, Edmund Mezger y el Derecho Penal de su Tiempo, Editor Valencia: Tirant Lo Blanch, 2001, pg. 118.

NARANJO MESA, Vladimiro. Teoría Constitucional e Instituciones Políticas, Bogotá, Editorial Temis, 2000.

NAVARRO DE BAUTISTA, Zulma. La Potestad Disciplinaria, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.

NIETO GARCÍA, Alejandro. Problemas capitales del Derecho Disciplinario. Madrid, Editorial Cívitas, 1970.

ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Régimen Político y Municipal, Bogotá, Editorial Temis, 1983.

-----, Código Penal y de Procedimiento Penal, Bogotá, Editorial Temis, 1987.

PÉREZ, Luís Carlos, Derecho Penal, Partes General y Especial, Tomo II. Bogotá, Editorial Temis, 1982.

PINEDA DE MARTÍNEZ, Rosa. Derecho Disciplinario. Bogotá, Editorial Librería Ediciones del Profesional, 2004.

POMBO, Manuel Antonio y GUERRA, José Joaquín. Constituciones de Colombia, Tomo IV, Bogotá, Biblioteca Banco Popular, 1986.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, Editorial Espasa, 2001.

REYES ECHANDÍA, Alfonso, La tipicidad, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1981.

ROJAS BETANCOURT, Danilo. Hermenéutica y Principios Rectores de la Ley Disciplinaria, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 1998.

ROJAS CARO, José. Derecho Disciplinario Militar, Madrid, Editorial Tecnos, 1990.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Gustavo Humberto. El derecho administrativo disciplinario, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1989.

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p 406.

SUAREZ, Luisa y GARCIA, Adela, Artículo, Criminología Crítica y Garantismo Penal, Universidad de Maracaibo, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Maracaibo, 2005.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sala V, Sentencias de 15 de junio y 23 de octubre de 1984, citadas por CASTILLO BLANCO, Federico A., Op. Cit., ps 217 y 218.

VELASQUEZ VELASQUEZ, Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General, Bogotá, Editorial Temis, 2002.

WILLIAMS, Thomas, Fundamento de los Derechos del Hombre y Principio Rector del Bien Común, Conferencia, Barcelona, Diciembre de 2002.