

MEMORIAS 2018

"Seminario de Responsabilidad Disciplinaria"

José Gregorio Hernández, Jaime Mejía Ossman, Silvio San Martín Quiñones y David Roa Salguero.



Memorias Seminario de Responsabilidad Disciplinaria, Popayán 2018. / José Gregorio Hernández, Jaime Mejía Ossman, Silvio San Martín Quiñones y David Roa Salguero. Popayán: Corporación Universitaria Autónoma del Cauca y Corporación Universitaria Comfacauca. Sello editorial Unicomfacauca 2019 y Sello editorial Uniautónoma 2019. [73] p. Texto.

1. Ciencias Sociales – Derecho – Derecho Disciplinario

I. José Gregorio Hernández, Jaime Mejía Ossman, Silvio San Martín Quiñones y David Roa Salguero, Autores.

II Sello editorial Uniautónoma.

III. Sello editorial Unicomfacauca.

ISSN: 2744-8533

Hecho el Depósito Legal que marca el Decreto 460 de 1995.

© Corporación Universitaria Autónoma del Cauca, 2020
© Corporación Universitaria Comfacauca UNICOMFACAUCA, 2020
© José Gregorio Hernández, Jaime Mejía Ossman, Silvio San Martín Quiñones y David Roa Salguero, 2020.
ISSN: 2744-8533
Primera edición en español. Periodicidad: Desconocida.
Sello editorial Uniautónoma y Sello editorial Unicomfacauca [noviembre], 2020



Compiladores: Responsables Uniautónoma: Hoover Hugo Paredes Mosquera, Julián David Guachetá Torres, Martha Elena Segura Sandoval, y Magaly Cárdenas. Unicomfacauca: Salomón Rodríguez y Diana Belalcázar
Diagramación: María Alejandra González Rivera
Corrección de estilo: Salomón Rodríguez Guarín
Diseño de carátula: María Alejandra González Rivera

Sello Editorial Uniautónoma
Serie: Jurídica y Democracia
Editor General de Publicaciones Sello Editorial Uniautónoma: Ramsés López Santamaría, Vicerrector de Investigación
Calle 5 No. 3-85
Popayán, Colombia
Teléfono: PBX: 8213000 - Fax: 8214000
<https://www.uniautonomia.edu.co/>

Texto financiado por: El proyecto de Investigación “La Afectación a la Vida Privada de Servidor Público en Colombia al Amparo de la Ilícitud Sustancial Disciplinaria 2002 – 2017” ganador de la convocatoria interna de financiación de proyectos de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca adjudicada mediante Resolución 0175 del 3 de septiembre de 2018 y que se ejecutó de manera conjunta con la Corporación Universitaria Unicomfacauca

Sello Editorial Unicomfacauca.
Editor General de Publicaciones Sello Editorial Unicomfacauca: Ricardo Adrián González Muñoz, Director de Investigaciones
Calle 4 # 8-30.
Popayán, Colombia.
Teléfono: 57+(2)8386000 Ext 148.
<http://www.unicomfacauca.edu.co>

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de información, ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado: electrónico, mecánico, fotocopia, etc., sin permiso previo de los titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

IMPRESO EN COLOMBIA
PRINTED IN COLOMBIA

CONTENIDO

1. Introducción	1
2. Perspectiva Constitucional de Derecho Disciplinario en Colombia. Doctor José Gregorio Hernández Galindo	2
3. Estado Social de Derecho Nueva Perspectiva Axiológica en el Código General Disciplinario Doctor Jaime Mejía Ossman	14
4. Primer Panel de preguntas	32
5. Ilícitud Sustancial Disciplinaria Doctor Silvio San Martín Quiñones Ramos	35
6. El Régimen Disciplinario y La Vida Privada del Servidor Público Doctor David Roa Salguero	52
7. Segundo Panel de Preguntas	64

INTRODUCCIÓN

La presente publicación es una compilación de las ponencias que se presentaron en el Seminario de Responsabilidad Disciplinaria, que se llevó a cabo el 17 de octubre del año 2018, en la ciudad de Popayán, organizado por los programas de derecho de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca y de la Corporación Universitaria Comfacaucá, representando el trabajo derivado de la realización de una de las actividades previstas en la ejecución del proyecto denominado “la afectación a la vida privada del servidor público en Colombia al amparo de la ilicitud sustancial disciplinaria 2002 a 2017”, con el rigor académico y la excelencia como objeto natural de las instituciones en mención.

El evento fue estructurado con la participación de estudiantes y docentes de dos semilleros, a saber: el Semillero Estudios Contemporáneos del Derecho, perteneciente al Grupo Interdisciplinario en Ciencias Sociales y Humanas GISCH de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca; y el segundo, el semillero de investigación “Bioética y Derecho”, que hace parte del grupo “Ciencias de la Gestión” de la Corporación Universitaria Comfacaucá. Así las cosas, el seminario es concebido desde y hacia la investigación jurídica en el contexto actual colombiano.

En este sentido, el evento se pensó con el deseo de propiciar un escenario que permitiera construir diálogos y debates frente a las cuestiones actuales del derecho disciplinario en Colombia, de manera que a partir de allí se realice una contribución académica para forjar nuevas perspectivas provenientes desde los estudiantes, pasando por los litigantes hasta los propios funcionarios públicos.

Para dar cumplimiento a lo anterior, se contó con la presencia de reconocidos juristas y académicos de gran prestigio tales como: el Dr. Jaime Mejía Ossman, el Dr. José Gregorio Hernández Galindo, el Dr. Silvio San Martín Quiñonez y el Dr. David Roa Salguero, lo cual permitió que sus ponencias se consolidaran alrededor de la responsabilidad disciplinaria.

Finalmente, es de vital importancia resaltar el acompañamiento y el impulso que desde las directivas de cada una de las instituciones se ha realizado, en tanto constituyen un apoyo invaluable para sacar adelante las ideas generosas que desde los semilleros de investigación se gestan con la intención de formular proyectos de investigación con un impacto social y académico.

PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DISCIPLINARIO EN COLOMBIA.

Doctor José Gregorio Hernández Galindo

Presento a todos unos saludos muy cordiales. Es un honor participar en este evento de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca. El tema que se ha seleccionado, es, en este momento de la vida del país, de la mayor trascendencia. Agradezco a los señores directivos la cordial invitación y así como las palabras del señor Decano, que me honran enormemente. Tengo toda la voluntad, señor Decano, de vincularme muchísimo más a esta Institución, por la que guardo gran admiración y respeto.

Muchísimas gracias por la invitación al señor Rector, a la señora ex Rectora, al señor Director del Consultorio Jurídico y, por supuesto, a todos ustedes los estudiantes y profesores de la Universidad, y al público que nos acompaña.

El tema de la responsabilidad disciplinaria -y está muy bien que se haya subrayado el concepto “responsabilidad” para este evento-, desde el punto de vista constitucional, nos lleva a una serie de reflexiones que quiero exponer y someter a consideración de ustedes.

Reflexiones sobre el sentido que la jurisprudencia le ha dado a la responsabilidad disciplinaria.

Debemos manifestar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional no ha sido siempre coherente, ni ha sido trazada en el mismo sentido. Ha habido variaciones; algunos cambios, avances y retrocesos, porque en muchas ocasiones la Corte Constitucional sienta un principio en una sentencia y después, en otro fallo, considera que fue exagerado, y es entonces, en una sentencia posterior, cuando la Corte modifica o modera el orden que había trazado en una determinada providencia anterior, bien sea de constitucionalidad o de tutela, y esos cambios muchas veces generan, infortunadamente, inseguridad jurídica.

Los cambios de jurisprudencia deberían tener lugar sobre la base de ser indispensables para la evolución de los enfoques judiciales (que, desde luego, son naturales en toda sociedad), y con mayor responsabilidad.

En efecto, la Corte Constitucional debería motivar claramente un cambio de jurisprudencia, diciendo la razón del mismo, y debería, sobre la base de los

argumentos empleados, sostener hacia el futuro –sin nuevos cambios– el punto de vista que ha plasmado en el nuevo fallo, que se supone justificado y fundamentado, y no retroceder. Pero no es lo que ocurre normalmente; pues encontramos providencias de muy distinta orientación que no logran generar el concepto de jurisprudencia como guía, como orientación para el ciudadano común y corriente, y desde luego, para los servidores públicos.

Este tema de la responsabilidad disciplinaria, inicialmente nos lleva a considerar hasta dónde el Derecho Disciplinario está cumpliendo con la función que le corresponde en el seno de la sociedad. Debo advertir que, a pesar de la crítica que seguramente expresaré en los siguientes minutos, considero muy importante la función del Derecho Disciplinario, especialmente en la lucha contra la corrupción y en las distintas etapas de actuación del Estado para preservar, en el ámbito institucional, un orden y un respeto que son indispensables para que el Estado Social de Derecho pueda operar.

Hago esta advertencia, porque la crítica no está orientada a desvirtuar la actividad de quienes ejercen la autoridad disciplinaria, sino a señalar los cauces que, desde el punto de vista constitucional, deben ser respetados.

En este sentido, el artículo sexto de la Constitución Política establece con claridad que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, y que los servidores públicos lo son por la misma causa, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones; así tenemos, ante todo, el principio de legalidad, el cual no es posible entender en una democracia, para alguien sancionado, sin que haya un parámetro de legalidad; es decir, sin que haya la previsión de las conductas que son señaladas como no deseadas dentro del sistema jurídico llamado a introducir orden en el Estado y la sociedad o, en el ejercicio de la función correspondiente. Señalamiento que resulta indispensable para poder iniciar un proceso y para poder culminarlo mediante una decisión que imponga, por ejemplo, una sanción de cualquier índole.

Responsabilidad genérica. Los servidores públicos. Los particulares.

La responsabilidad a la que alude el artículo sexto de la Constitución es genérica; comprende varias formas plasmadas en el sistema jurídico. Así, tenemos la responsabilidad penal, la responsabilidad fiscal, la responsabilidad disciplinaria, la responsabilidad patrimonial, por lo hay varios elementos que allí coinciden, repito, porque el concepto es genérico. Lo aplicamos a los servidores públicos (que deben responder por violación de las normas, pero también por abuso o por omisión), y a los particulares, en principio, quienes, en principio, solo son responsables por

vulnerar las normas y excepcionalmente por el ejercicio eventual de función pública. Ha de verse ese concepto de responsabilidad de acuerdo con el concepto democrático, que es el que preside nuestra Constitución.

Desde luego, la Corte Constitucional ha señalado, con razón, que a esa responsabilidad de los particulares no la podemos dejar sin la referencia a que los particulares en ocasiones ejercen funciones públicas. La misma Constitución lo contempla, cuando el particular ejerce función pública en la medida de lo que dispongan las normas pertinentes. Y, desde luego, asumen responsabilidad, como si fueran funcionarios, porque allí obran como tales, en la materia respectiva. Los servidores públicos son responsables por la misma causa al violar la Constitución o la ley o por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Lo disciplinario y lo penal

Todos entendemos que, en el campo disciplinario, no podemos exigir de la misma manera y con las mismas consecuencias lo que se exige en materia penal. El principio de tipicidad, por ejemplo, no se puede aplicar de la misma forma.

Es evidente que las distintas conductas, las acciones o las omisiones que tienen lugar en el ejercicio de una función pública, no son susceptibles de establecer con la taxatividad y la precisión con que se prevén las conductas de orden penal que dan lugar a las sanciones de la misma índole. Hay un cierto nivel de mayor flexibilidad en la concepción de las faltas y en la previsión de las consecuencias que tienen esas faltas, desde el punto de vista de la actuación de la autoridad disciplinaria.

Sin embargo, es muy importante tener en cuenta que hay un núcleo esencial del principio de legalidad, y, en consecuencia, nadie puede ser sancionado sino por incurrir en faltas previamente contempladas en la ley, de manera expresa y clara. No debe dejarse la definición de la falta a una definición “a posteriori”, por capricho de la autoridad respectiva. No debe dejarse en blanco la norma que prevé la falta, aún la disciplinaria. Es decir, el ordenamiento jurídico debe ser lo suficientemente seguro desde la perspectiva de cómo actuar y cómo no se debe actuar, desde el punto de vista disciplinario.

Ahora bien, ¿Cuáles son las condiciones mínimas para dejar en cabeza de la subjetividad de la autoridad disciplinaria, la posibilidad de señalar si se incurrió en una falta o no?, jamás con base en un tipo en blanco. Ello significaría, ni más ni menos, que estamos expuestos al capricho y a la arbitrariedad, y eso no es lo propio de un Estado de Derecho.

La normatividad tiene que ser suficientemente clara, desde luego con la característica que señalo de que no es igual una norma disciplinaria a una norma penal; pero tiene que haber un núcleo básico esencial de respeto a una norma previa para establecer la responsabilidad. La disciplinaria es una función administrativa, aunque en el caso de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, que, en virtud del Acto Legislativo N° 2 de 2015, será reemplazada por otro ente que tendrá a su cargo el control disciplinario sobre los miembros de la rama judicial (La Comisión Nacional de Disciplina Judicial), y también sobre los abogados en ejercicio, salvo ese caso, y por referencia que hace la misma en la actualidad se denomina “jurisdiccional”. Pero sustancialmente debería entenderse que el control disciplinario se ejerce en el plano administrativo. La naturaleza de los actos mediante los cuales se sanciona o se exonera a alguien de responsabilidad, desde la perspectiva disciplinaria, es administrativo. Ello resulta sumamente claro cuando se trata de decisiones que adopta la Procuraduría General de la Nación o las que adoptan las personerías municipales o distritales y los órganos de control interno de las entidades administrativas.

En todos esos casos mencionados *supra*, nos encontramos ante decisiones de carácter administrativo; ahora bien, si eso es así, de todas maneras, el tema disciplinario cae, bajo el ordenamiento constitucional, en el debido proceso, porque el artículo 29 de la Carta Política, que guarda relación con el artículo 6 de la Constitución, sobre el principio de legalidad, estipula sin lugar a dudas que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. A toda clase. No podemos entender algunas referencias de la jurisprudencia constitucional como excusa para exonerar los procesos disciplinarios del debido proceso; pues siempre, en todo proceso disciplinario como actuación administrativa y como en los procesos judiciales, debe ser observado el debido proceso, que es obligatorio y corresponde a un derecho fundamental. Por eso, precisamente, es fundamental cumplir la norma del artículo 29 cuando señala, que nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Este proceso tiene unas consecuencias y la principal radica, en que no me pueden juzgar por una conducta que no esté debidamente contemplada en norma preexistente y con base en la cual, se inicia el proceso respectivo. Todo aquello que corresponda sencillamente a una arbitrariedad, vulnera el debido proceso; de ahí que, algunas referencias que ha hecho la Corte Constitucional, que por cierto no corresponden a la *ratio decidendi*, es decir, no es la razón por la cual se falló en determinado sentido la exequibilidad o la inexecuibilidad de una norma, deben ser morigeradas.

El principio de legalidad, las faltas y las sanciones

Aunque en fallos recientes, la Corte ha suavizado su posición al respecto, en algún momento exageró en la distinción entre el ámbito disciplinario y el penal, y sostuvo que, cuando el derecho disciplinario se aplica, debe existir la posibilidad de suficiente amplitud para la autoridad disciplinaria, amplitud que muchas veces se convierte en arbitrariedad. Cuando precisamente se piensa que la descripción de las conductas debe ser “llenada” específicamente en el caso concreto, por la autoridad, y hay muchos ejemplos, se desatiende el principio de legalidad y la autoridad administrativa está en posición de abusar y sancionar porque quiere y no por las razones que la ley debe contemplar.

Para ilustrar lo anterior, imaginemos el caso de una norma disciplinaria que diga que está prohibida la falta de respeto a los superiores dentro de la Institución correspondiente. El servidor público tiene que guardar respeto y tiene que referirse a sus superiores dentro de ese parámetro general de respeto y de acatamiento; respeto que debe ser mutuo también, porque los superiores no tienen por qué faltarle al respeto a los inferiores. Pero supongamos que esa norma establece que se debe respetar al superior, y algún día, un servidor público, ante cierta observación de su superior, levanta los hombros. Entonces, el superior puede considerar que está incurriendo en una falta de respeto, por lo tanto, le impondrá la sanción que dependerá de la autoridad disciplinaria, y hasta lo destituirá si estima –según su particular criterio– que es falta de respeto. De modo que las normas han de ser lo más concretas y específicas que sea posible al legislador, para describir las conductas sin dar paso a la arbitrariedad. Y su interpretación debe ser proporcionada y razonable.

En efecto, observen ustedes que la misma Constitución debería ser revisada en el punto relacionado con definir quiénes gozan del fuero constitucional especial y cuáles son las causas constitucionales o legales para su sanción ¿Quiénes gozan del fuero constitucional especial? El Presidente de la República, los magistrados de las altas corporaciones -Corte Constitucional, Corte Suprema de Justicia, Consejo de Estado, Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación- gozan de un fuero en cuya virtud solamente pueden ser sancionados por el Senado de la República, previa acusación de la Cámara de Representantes, y por lo propiamente penal, la Corte Suprema de Justicia. Las causas pueden ser constitucionales o legales.

Sin embargo, las causas constitucionales únicamente son tres: a) Delito en ejercicio de la función pública, como, por ejemplo, el peculado, el prevaricato; b) Delito común. Por ejemplo, el homicidio; c) La indignidad por mala conducta. Y ahí entramos en un terreno bastante difícil. ¿Cuándo una conducta de uno de estos altos servidores públicos es indigna? Va a depender de las convicciones y orientaciones de

quienes acusen o juzguen: una Cámara o un Senado de concepción más amplia, más liberal, probablemente no tenga el mismo enfoque de un Senado o de una Cámara de tendencia conservadora. Entonces, lo que puede ser indigno para los de tendencia conservadora, para los de tendencia liberal puede no serlo. Ese funcionario, entonces, puede ser señalado como indigno y hasta ser destituido, por algo que en realidad no implica una falta de respeto a la función pública que desempeña, pero queda dependiendo todo del criterio subjetivo de quien impone la sanción.

Respecto a los asuntos disciplinarios, tenemos que partir de la base de que ese funcionario o esa persona contra quien se inicia un proceso de esta naturaleza, es inocente y tendremos que demostrarle, en el curso del proceso, que es responsable, por eso es tan importante que aquí, para este Foro, se haya escogido el concepto *Responsabilidad Disciplinaria*, porque la responsabilidad no se presume; ser responsable, bien sea por culpa, bien sea por dolo, necesita de la actividad del Estado.

Partimos así de un supuesto básico de presunción que, desde luego, no es una presunción de Derecho. Es una presunción *iuris tantum*, presunción que admite prueba en contrario. ¿A quién le corresponde la función de probar? Le corresponde a quién está llamado a adelantar el proceso y a tomar la decisión, a la autoridad disciplinaria. En estos casos tiene que demostrarse cabalmente que para que haya responsabilidad, tiene que haber una prueba en relación con la conducta respectiva, y ha de ser valorada la prueba, y aunque haya distinción, como la hay entre el Derecho Penal y el Derecho Disciplinario, de todas maneras, nadie puede ser condenado sin haber desvirtuado la presunción de inocencia. Una vez desvirtuada la presunción de inocencia, se puede imponer la sanción sobre la base de haber establecido la responsabilidad en cualquiera de sus niveles y desde luego, viene la graduación de la sanción, según lo que se haya probado en el curso del proceso.

En consecuencia, la función de establecer previamente todo un debate probatorio, necesita de la estricta observancia de las normas procesales específicas que están contempladas en la ley. Concretamente, para el caso disciplinario, en el Código Disciplinario Único, contenido hoy en la Ley 734 de 2002, y que perderá vigencia con la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019.

No al prejuzgamiento

Así mismo, debemos entender que la institución encargada de aplicar las sanciones, no debe prejuzgar y menos hacerlo públicamente. Por ejemplo, si tiene noticia de algún comportamiento de un funcionario público que podría implicar una falta disciplinaria o un delito, o si un alto funcionario de la Procuraduría o de la Fiscalía

aparece ante los medios de comunicación indicando que esta persona incurrió en tales y cuales faltas, que a lo mejor no incurrió, ya la presunción de inocencia no tiene ningún valor, porque antes del proceso ya se está informando públicamente acerca del tema de una posible responsabilidad y ese funcionario está señalado públicamente por alguien que ejerce una altísima autoridad. En tal caso, ¿Cuál es la impresión que tiene el público? ¿Se trata de un corrupto o de un delincuente?, ¿Se trata de alguien que no merece permanecer en el cargo, que debe ser sancionado, que debe irse para la cárcel si se trata de asuntos penales? Pero, sobre quien no se ha adelantado ningún proceso.

Frente a estos posibles manejos, considero que nuestros altos servidores, que son los que tienen a su cargo la correcta conducción de los procesos, deben preservar los derechos fundamentales y el debido proceso que es un derecho fundamental, así como la presunción de inocencia, y, por tanto, han de respetar y hacer respetar en materia disciplinaria y penal la garantía constitucional.

Lo recomendable es que nuestros altos servidores tengan más cuidado antes de incriminar o de señalar públicamente a la persona, como si ya se le hubiera deducido la responsabilidad; es decir, que se adelante el proceso respectivo otorgando la oportunidad de defensa, permitiendo contradecir las pruebas que se alleguen en su contra y presentar las pruebas que favorecen su posición para evaluar la prueba, con arreglo a Derecho y, solamente así, profiérase la decisión definitiva que establece la responsabilidad. Desde luego, como lo decíamos antes, siendo una actuación administrativa por regla general, el acto correspondiente es susceptible de los recursos por la vía gubernativa y está expuesto también, a las acciones ante lo Contencioso Administrativo. Es lo propio del Estado de Derecho.

En el Estado de Derecho no puede haber atribuciones de infinito alcance o indeterminadas; no debe haber lugar a la arbitrariedad. En el Estado de Derecho se ha de preservar el ordenamiento jurídico y el respeto a ese ordenamiento exige, ante todo, que el ejercicio de la función pública se sujete a las previsiones constitucionales. Por eso, estamos analizando este tema de la responsabilidad desde una perspectiva constitucional. Miren ustedes que, según el artículo 29 de la Constitución, nadie puede ser juzgado, sino, conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa -que es el principio de legalidad-, ante juez o tribunal competente; con observancia de las formas propias de cada juicio, y con plena garantía de su defensa y de su derecho a la prueba.

Si nos atenemos al artículo 29 constitucional, toda persona se presume inocente, mientras la autoridad competente no la haya declarado judicial o

administrativamente culpable, aun en el proceso disciplinario, para imponerle la sanción.

Non bis in idem

Hemos observado que, en muchos casos, recientemente, se ha relativizado el principio según el cual una persona no puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho, que es el principio de *non bis in idem* (no dos veces sobre la misma situación), no se respeta. Así pues, una persona sindicada de alguna conducta, lo es desde el punto de vista disciplinario, desde el punto de vista penal y desde el punto de vista fiscal, y muchas veces las decisiones son contradictorias. O, en el caso de un miembro del Congreso, se pide la pérdida de investidura, pero simultáneamente se pide la nulidad de la elección.

Las inhabilidades

Una norma de la Ley 734 de 2002 (Art. 38, numeral 1) establece que, cuando la pena haya sido impuesta y fuere superior a cuatro años, se tendrán 10 años de inhabilidad para el desempeño de cargos y funciones públicas. Eso ha generado algunas actuaciones que, me permito poner en tela de juicio, por falta de competencia del funcionario correspondiente. El ejercicio de los Derechos políticos tiene en la Constitución dos normas que son inobjetables:

En primer lugar, el artículo 40, el cual señala que todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y que para hacer efectivo este derecho puede tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares, y entre otras formas de participación democrática, puede elegir y ser elegido, y puede acceder al desempeño de funciones y cargos públicos.

En segundo lugar, el artículo 98 de la Constitución señala que la ciudadanía es requisito indispensable para poder ejercer los derechos políticos como los que mencionamos.

La ciudadanía se pierde de hecho, cuando se ha renunciado a la nacionalidad y a su ejercicio de la ciudadanía; y, por lo tanto, los derechos políticos inherentes se pueden suspender en virtud de decisión judicial, en los casos que determine la ley. Por decisión judicial, no a partir de una decisión administrativa. Y no respecto de cargos de elección popular de acuerdo con el Pacto de San José de Costa Rica, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

Siguiendo esta perspectiva, la decisión judicial o la decisión administrativa depende del ámbito en el que estemos; pero ocurre que la Procuraduría General de la Nación, que es la entidad que expide el certificado de antecedentes disciplinarios, extiende las inhabilidades más allá de lo fallado por los jueces. Ha venido ocurriendo que una persona que ha sido sancionada penalmente se presenta a la Fiscalía General de la Nación habiendo cumplido la pena y la inhabilidad que el mismo juez le impuso, solicita el certificado de antecedentes disciplinarios y, si la pena que le habían impuesto era de más de cuatro años, quien certifica, de una vez le añade diez años de sanción, diez años de inhabilidad, aunque el juez competente le haya impuesto una inhabilidad inferior.

En estos casos, vamos a mostrar el ejemplo de una persona real; a esta persona, que era miembro del Congreso, la Corte Suprema de Justicia le impuso una inhabilidad que se circunscribía a cinco años y medio, pero en el certificado de antecedentes le impusieron diez años de inhabilidad. ¿En qué quedó la sentencia de la Corte Suprema?

La responsabilidad disciplinaria y la sanción impuesta al funcionario que se trata en el ejemplo citado, no era por corrupción. El delito imputado no era de aquellos que previene el artículo 122 de la Constitución que establece una sanción de por vida, sabemos que este artículo es muy estricto.

¿Cómo es posible, que quién certifica sea quien imponga la sanción de privación de los derechos políticos durante 10 años? Sencillamente, por aplicación automática de la norma del código, sin que medie una decisión que imponga esa sanción concretamente; es decir, se aplica directamente la ley, pero por encima de la sentencia que profirió, en este caso del ejemplo, la Corte Suprema de Justicia, que restringió la sanción a cinco años y medio.

Al respecto, pregunto: ¿De dónde salen los otros años? ¿Cuál decisión está sancionando el exceso de años que no estaban sancionados por la Corte Suprema de Justicia? ¿Quién está inhabilitando a esa persona? El funcionario que certifica, pero él no es competente porque no puede imponer una sanción de inhabilidad absolutamente a nadie.

Con el ejemplo que cito, y la argumentación que ofrezco, deducimos que la Procuraduría sí tiene que revisar esto, porque una cosa es que la norma haya previsto que cuando se adelante un proceso a una persona y se le imponga una sanción penal, una pena superior a cuatro años, deberá aplicar una sanción de diez años, y otra, observar que, si una persona fue sancionada con una inhabilidad inferior, mediante sentencia, ésta le puso un límite temporal que nadie, menos un empleado que

certifica, puede incrementar. La persona no tiene por qué ser condenada por él. Lo que tendríamos allí sería sencillamente, que el funcionario que certifica -vaya uno a saber de qué nivel en la Procuraduría-, no solamente estaría imponiendo sanción; sino que, ese funcionario estaría capacitado para modificar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

Esta situación es sumamente grave para cualquier juez de la República, y sí tenemos que preocuparnos porque entonces, ya puede ocurrir que funcionarios puramente administrativos, sin conocimiento de un proceso, y sin que a la persona se le haya adelantado propiamente un proceso disciplinario, imponga una sanción de inhabilidad, nada menos que en el campo del ejercicio de los Derechos políticos no siendo, repito, ninguna conducta de aquellas que señala el artículo 122 de la Constitución, que tiene que ver con ciertas conductas que ameritan que la persona no vuelva a ejercer cargos ni funciones públicas.

El debate probatorio

También quiero hacer referencia en este tema de la responsabilidad disciplinaria, a la circunstancia del debate probatorio, que es muy importante, porque algunos afirman que el debate probatorio simplemente debe ser objetivo, vale decir, estar a prueba; por ejemplo, un video en donde se comprueba y se establece que sí hubo un hecho que encaja en la previsión normativa y hay una cierta falta disciplinaria que tendría que ser sancionada. Pero, ¿Cuál es la prueba, si lo que aparece en un video es una conversación telefónica? ¿Será auténtica? ¿No habrá alteración ni recorte de su contenido? ¿Habrán sido obtenida con arreglo al debido proceso (art. 29 C.P.) y respetando el derecho a la intimidad (art. 15 C.P.)? ¿Habrán tenido el disciplinado su derecho de contradicción? Considero que hay que mirar con mucho cuidado ese tema de la prueba.

Hoy por hoy, el avance de la tecnología lleva a posibilidades muy distintas que ocasionan que alguien hábil, desde el punto de vista técnico, pueda alterar el contenido de una conversación telefónica o alterar un video, modificar aquello que se divulga por ejemplo en las redes sociales, etcétera, y que esto sea suficiente prueba como para condenar a alguien disciplinariamente por un video, un audio o una fotografía.

Siendo así, en todo proceso tiene que adelantarse un debate probatorio; pues no podemos partir de la base de que lo diga la autoridad disciplinaria: “*bueno, aquí está suficientemente probado con este audio y está condenado*”. No. El debate ha de darse con las características que tiene, por supuesto, el Derecho Disciplinario, pero debe darse adecuadamente con las posibilidades de contradicción. La prueba no

puede simplificarse de tal manera y partir de la base, otra vez, de que se desconozca la presunción de inocencia, que es fundamental.

Es necesario decir que, cuando el juez administrativo verifica el acto que puede ser demandado sobre una determinada sanción disciplinaria, tiene la función especial de establecer si se siguieron todos los pasos que la ley señala para que se pudiera llegar a la condena, y muy específicamente en el terreno probatorio; porque repito, es necesario que a la persona se le respete la presunción de inocencia y que solamente cuando se le pruebe sin lugar a dudas que ha incurrido en la falta, se puede condenar.

De allí viene el problema del tipo de responsabilidad disciplinaria, que evidentemente no es exactamente igual a la responsabilidad penal; pero al establecerla habrá que respetar el debido proceso y otros derechos fundamentales; la razonabilidad y la proporcionalidad. Pero, subrayo, además, hay un núcleo esencial de respeto al debido proceso, a la presunción de inocencia, al derecho de defensa y, algo en que la Corte Constitucional ha insistido en varias de sus providencias: el derecho a la prueba. Si se cercena el derecho a la prueba, por ejemplo, no hay lugar a la contradicción, lo que nos pone ante un acto arbitrario que, desde el punto de vista contencioso administrativo puede significar la nulidad del acto correspondiente y el restablecimiento del derecho de la persona que ha sido sancionada, y, desde el punto de vista constitucional, haría viable la acción de tutela, al menos transitoria para evitar un perjuicio irremediable (art. 86 C.P.).

Desde esta óptica, reitero que es muy importante el Derecho Disciplinario. Que es muy importante la función que cumplen los organismos de control para luchar contra epidemias que tenemos en nuestro medio, como la corrupción, pero debemos manejar esos instrumentos con el debido respeto a algo que es esencial dentro de nuestro ordenamiento constitucional, que es la dignidad humana, porque este elemento viene desde el preámbulo de la Constitución, que tiene hoy efecto jurídico, según jurisprudencia de la Corte Constitucional, y desde el artículo primero, que subraya que el primero de los fundamentos del orden jurídico colombiano, es el respeto a esa dignidad. Y el preámbulo de la Carta Política proclama que el sistema jurídico debe realizar un orden justo.

Eso es refrendado por el artículo quinto de la Carta a cuyo tenor el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona. Esa dignidad y esos derechos tienen que ser respetados sin que las distinciones que hay entre derecho penal y derecho disciplinario hagan desaparecer las garantías que otorga la Constitución.

La Constitución no solamente distribuye el poder. No solamente separa las funciones y establece sistemas de frenos y contrapesos, sino que, ante todo, la Constitución garantiza el respeto a la dignidad humana y a los derechos esenciales que de ella se derivan.

ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y NUEVA PERSPECTIVA AXIOLÓGICA EN EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

Doctor Jaime Mejía Ossman

Como fuente de lo que vamos a tratar, este esquema es el que regularmente se utiliza en todo Estado Social de Derecho, con una característica fundamental: que el primer principio a respetar y a cumplir es el principio de la dignidad humana, es la persona humana la que hay que considerar, con respeto indiscutible de todos los derechos fundamentales allí contenidos.

En la Ley 734 de febrero 5 de 2012 el principio de la dignidad humana aparece referido en el artículo 8. En la derogada Ley 836 de julio 16 de 2003, del régimen disciplinario para las Fuerzas Militares, por la Ley 1862 de agosto 4 de 2017, estaba en el artículo sexto.

La Policía Nacional, en la Ley 1015 de febrero 7 de 2006 lo tenía establecido en el artículo 15, casi que no le alcanzaron los principios para incluir algo que en de la Carta Política de 1991 tenía la connotación de criterio fundamental, así lo encontramos en artículo 1º: *Colombia es un estado social y democrático de derecho fundado en el reconocimiento de la dignidad humana*. Después de la dignidad humana se hacía referencia al trabajo, en tercer lugar, a la solidaridad y, por último, algo que yo aprendí en mi escuela formativa como lo primero, el interés general.

Desde luego, en un Estado Social de Derecho primero somos nosotros y de último, el Estado.

El decreto 100 de enero 23 de 1980, Código Penal, que fue derogado por la Ley 599 de julio 24 de 2000 explica que el primer bien jurídico tutelado se traducía en la seguridad y existencia del Estado y el último de los últimos, la vida y la integridad personal a la par con el patrimonio económico.

Hoy, con la Ley 599 de julio 24 de 2000, el primer bien jurídico tutelado es la vida y la integridad personal y de último, la seguridad y existencia del Estado. Esa razón, fue la que se detectó para que el Código Disciplinario del Abogado, Ley 1123 de enero 22 de 2007, se acordara de la estructura constitucional y pudiera decir, que el primer principio rector de ese código es, precisamente, la persona humana, el respeto por la dignidad humana.

Por fortuna, tanto el Código Disciplinario militar, Ley 1862 de 2017, como el Código General Disciplinario, recogen ese concepto de respeto por la dignidad humana, y eso ya es muy importante, porque el solo hecho de estar investigado, no quiere decir que esa lucha intestina entre el servidor público –o persona humana- y el Estado, tenga que ganársela el Estado, por encima de los derechos fundamentales de la persona.

Hay unas teorías que ubican el artículo 6° de la Carta Política como eje de principal interpretación, para saber quién es el servidor público y detectar cómo estos derechos fundamentales, cómo los principios y las normas rectoras se van a aplicar. Aparece la teoría, y la Corte Constitucional le dice, considere los principios rectores, las normas rectoras de otro derecho igual punitivo, sancionador del Estado como es el derecho penal. Se aplican, pero hay que morigerarlas, minimizarlas, matizarlas con menor intensidad con menor rigurosidad.

Hay que morigerarlas con relación a estas disciplinas, artículo 6: el particular responde por infringir la Constitución y la ley y los servidores públicos por eso mismo, más omisión o extralimitación de funciones. Lo que está haciendo la Carta Política de 1991, donde fue Constituyente el doctor Fernando Carrillo Flórez, es que el derecho disciplinario ese artículo está constitucionalizado, al decir que el servidor público responde por violar la Constitución y la ley, y por omisión o extralimitación de funciones.

El artículo 6° se iguala a cualquier componente del derecho sancionatorio punitivo del Estado y le otorga al servidor público el derecho a que el debido proceso se aplique tal y cual como está escrito en el artículo 29 constitucional. No dice que cuando se trate de derecho disciplinario hay que morigerarlo, matizarlo, flexibilizarlo, minimizarlo, aplicarlo con menor intensidad. Sencillamente lo dice así, y la prueba está, en que para que el legislador limite los derechos fundamentales, también tiene que hacer uso de la Carta Política del Estado

El artículo 16 señala, que de acuerdo con los derechos de los demás, se pueden limitar los derechos del servidor público por razones de orden jurídico. Observemos que el artículo 6° se nutre del 16 y del 29 constitucional. Hemos comprobado, que la única modulación, aplicación con menor rigurosidad que existe en la Ley 734 febrero 5 de 2012 -Código Disciplinario Único- es el derecho a la defensa. En materia disciplinaria, una persona que se cita a versión libre puede, *ir acompañado de defensor si lo requiere*. Fíjense cómo es la ley que limita el derecho fundamental, porque el artículo 92 lo convierte en un derecho, lo que no ocurre en el derecho penal.

En el derecho penal, tanto la versión libre como la indagatoria, es un deber que se ha asistido por defensor; si no va con defensor a esa diligencia, literalmente comete prevaricato, porque ahí sí, no es si quiere o no quiere, es una decisión grosera, como lo dicho la Corte Constitucional.

Entonces, cómo esto va trascendiendo en el punto de vista constitucional, le da importancia a limitar derechos fundamentales, como lo ha sostenido la doctrina internacional. Cito a la doctora Belén Marín Ojalvo y al doctor Alejandro Nieto, los dos españoles, en que ellos no transan esa posibilidad si no lo hace la Constitución o la ley. No se pueden limitar derechos fundamentales, como lo decía Alejandro Nieto, *motu proprio*, tiene que tener base constitucional y legal para poderlo hacer.

Luego, en el momento en que, para poder aplicar unos principios, tenemos que advertir que los principios necesariamente, en el argot internacional, son decantaciones de derechos fundamentales. En la Ley 134 hay principios que no son decantaciones de derechos fundamentales; con el doctor Silvio San Martín tuvimos la oportunidad de dirigir la reforma de la Ley 1862, en la que no hablamos de principios y normas rectoras sino principios y normas prevalentes, para poderle dar cabida a principios como la potestad disciplinaria, la acción disciplinaria el principio de gratuidad, el poder disciplinario preferente, porque estos principios no son decantaciones de derechos fundamentales, como sí son verdaderas decantaciones los principios de legalidad, favorabilidad, culpabilidad, *non bis in ídem*, *in dubio pro reo*, etc.

¿Qué derechos son fundamentales? vuelve el concepto de lo que nos enseñara otrora el doctor Alfonso Reyes Echandía: las normas ordinarias no hay que verlas de un modo aislado, la parte general de los códigos y la parte especial, eran un puente que necesariamente tenía que hacerse para la interpretación de la norma; por ejemplo, un caso de cierta madre que mató a su hijo. ¿En qué conducta punible se encuadra el comportamiento?

Esta pregunta suscitó debate entre muchos juristas, pues uno de ellos expresó, que madre que mató al hijo incurrió en un homicidio simple; el maestro Echandía increpó y dijo: “*Cómo así, explícate*”. Lo que pasa es que a esa madre le regalaron al niño y entonces ella decía que era su hijo, pero no había ningún elemento jurídico que la vinculara con esa maternidad; hubo otras opiniones, decían que era un infanticidio porque fue una madre que fue violada.

Finalmente, llega la persona que dijo que era homicidio agravado, que en esa época se llamaba asesinato, según la Ley 036 el Código penal del 36, porque la parte general dice que para poder interpretar hay que buscar la norma especial; es decir, la más

cargada de riqueza descriptiva, por eso es que, dentro de estos principios, aparte de estar el reconocimiento de la dignidad humana como primero, el Código General Disciplinario anuncia otros principios de manera mucho más clara.

El principio de legalidad está concebido actualmente, el servidor público y el particular en los casos previstos en este Código, sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. Y a eso se le agregó el precedente, referido con los *numerus apertus*, Sentencia C-155 de marzo 5 de 2002 de la doctora Clara Inés Vargas Hernández¹. Queda claro, que los servidores públicos sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta y descritos como falta quiere decir, que la ley debe decir en qué consiste el comportamiento, en qué consiste la conducta y la conducta hay que mirarla desde el componente del sujeto, el objeto jurídico y el objeto material, los ingredientes normativos, los ingredientes subjetivos, las circunstancias de tiempo modo y lugar. Porque desde que apareció la Corte Constitucional en la Carta Política y con ella los magistrados de las altas cortes, la jurisprudencia ha girado en torno a la idea de que la ley describirá de manera inequívoca, expresa y clara las conductas.

Y eso no solamente va para el derecho penal, sino que hay jurisprudencia, que apunta directamente a la falta disciplinaria por comportamientos descritos como falta; sin embargo, tenemos esa sentencia de la doctora Clara Inés Vargas Hernández: como el derecho disciplinario no tiene la capacidad de describir todos los comportamientos con los cuales puede ser disciplinado, el fallador puede transformar las conductas dolosas y culposas, cuando tenemos otra norma constitucional que el artículo 124 dice que solamente lo puede hacer el legislador, y la misma sentencia se encarga de explicar, que no se puede hacer, cuando hay expresiones como *con el fin*, *con el ánimo*, *para*, o sea, ingredientes subjetivos, cuando la misma doctrina que estaba encasillando el derecho disciplinario, estaba diciendo que no era debido interpretarlo conforme al derecho penal.

Sin embargo, la Ley 734 en el artículo 21 ordena, que en materia de lo nuevo señalado aquí, hay que ir al Código penal. Durante mucho tiempo esto ha sido letra muerta.

En materia disciplinaria, ¿Cómo queda la confesión? Porque todos los tratadistas dicen, que en materia disciplinaria la confesión no va acompañada de defensor. Acababa de aparecer la Ley 1474 de julio 12 de 2011, la cual modificaba el artículo 130 del Código Disciplinario Único que decía, que los medios de prueba son tales y también en la confesión, que se registrarán conforme a las reglas de la Ley 600.

¹ Clara Inés Vargas Hernández es magistrada de la Corte Constitucional de Colombia, fue una de las primeras mujeres en presidir un alto tribunal en Colombia.

Sencillamente, si el legislador dijo que conforme a las reglas de la Ley 600, la confesión tiene que ir acompañada de defensor, debe ser así. ¿Cuál es la naturaleza distinta de los ingredientes normativos del derecho disciplinario? La norma debe expresarla, porque es que este concepto de legalidad que envuelve tipicidad no es un juego, no es de aproximaciones. En el derecho penal, el servidor público que se apodera de cosa o mueble ajena incurre en falta disciplinaria, y hay que determinar su comportamiento.

El principio de legalidad es la ley preexistente al acto que se le imputa, no carga *numerus apertus*² porque es una ley *es post* con la gran diferencia que es una ley del fallador. Anteriormente el concepto de ley era diferente al que se tiene ahora; concepto de ley era la ordenanza, el acuerdo, el decreto presidencial. Hoy, el concepto es tan claro que equivale a la ley del legislador, únicamente es el legislador el que dicta leyes. En el artículo 35 numeral 35 de las prohibiciones de la Ley 734, decía las demás que señale la ley y el reglamento. La Corte indica *por reglamento* porque son de reserva legal. En las Fuerzas Militares y la Policía Nacional todos los días había cantidad de investigaciones disciplinarias en que decían: orden del día y todo mundo se cuadraba; a partir de las 6:30 nadie puede entrar al casino, y siempre había quien entrara después y entonces le seguían proceso disciplinario.

Podía durar un año el proceso disciplinario hasta que alguien lo ganaba diciendo que era una prohibición surgida, no de la ley sino del reglamento. Se había establecido esa claridad porque no tenía ninguna vinculación con ningún decreto legislativo; luego, la tipificación de faltas tiene que estar orquestada, no solamente con la preexistencia de la falta y de su sanción, sino también, la preexistencia de las normas complementarias, que también aplica.

La nueva ley finalmente introduce conceptos que son exclusivos de la tipicidad y no de la tipicidad del Código de Minas ni del Código de Comercio porque no existía, existe solamente en el derecho penal y es labor de ecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiaridad. Labor de adecuación típica que precisa, que tiene que haber una norma que prescriba una conducta. ¿Cómo funcionan los *numerus apertus*?

² Implica señalar 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. (Corte Constitucional , 2002).

En la ley hay dos artículos: el 43-9: *una falta gravísima cometida con culpa grave es grave*, o sea no destituye al servidor público, sino que lo suspende. En el 44-2 indica suspensión para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas, las gravísimas dolosas las transforma en culposas. La Sentencia C-155 de marzo 5 de 2002 dice que los comportamientos solamente eran dolosos, cuando tenían ingredientes subjetivos. ¿Cómo funciona el derecho penal? El derecho penal funciona indicando, que lo que no tenga generadores de la culpa es doloso, porque hay una norma que señala que las conductas preterintencionales o culposas sólo son punibles en los casos expresamente determinados por la ley; luego, no es penal, es disciplinario.

¿Cómo se cumple con la integración normativa, cuando ahí aparecen más de 64 posturas de la ley disciplinaria que tienen que buscar la solución en el derecho penal, para saber en qué consiste ese ingrediente normativo? ¿Cómo hago para saber qué es conexidad, será que en el código de la NASA ya se establece la diferencia, o es en el código penal? La conexidad es un concurso, pero no cualquier clase de concurso sino un concurso en que todas las conductas tienen relación causa-efecto;

En qué conexidad ubico todas las conductas dolosas que cometieran el alcalde, el gobernador, el ministro, etcétera, muchísimas sin tener relación causa-efecto. Pues obviamente, si me hablan de que yo no puedo pasar a la apertura de investigación disciplinaria por hechos distintos a los que estoy investigando en indagación preliminar -salvo los que sean conexos- yo tengo que darle la dimensión a la conexidad, y la dimensión que es, no la que yo quiera inventar. Porque detrás de esa persona investigada está una familia, está la sociedad expectante, porque eso va a generar una muerte laboral, social, económica, política, intelectual, quién nombra una persona, no solamente investigada sino sancionada.

Y, ¿Dónde queda la Carta Política de 1991 que define el respeto a la dignidad humana? La norma concluye que la labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiaridad, porque no son esos los principios que conocemos en el derecho penal, sino que, a partir del actual artículo 48 numeral 1º dice, que constituye una falta gravísima la realización objetiva de una conducta descrita en la ley penal objetivamente como delito; entonces, aquí lo ponen como especialidad que, primero tiene que buscar la falta disciplinaria y subsidiariamente aplicar el famoso artículo 48 numeral 1 de la Ley 734 de 2002, porque investigamos deberes funcionales, no conductas punibles; además, el principio dice por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente.

El artículo 23 define la falta, dice comportamiento por comportamientos descritos en este Código, pero no se podía, porque había razones, las anteriores escuelas que terminaron aplicando casi todo por el lado penal, y aunque no fuera penal

terminaron acusando a los funcionarios por cohecho, prevaricato, confusión y todo cabe en prevaricato por los mismos deberes.

Cómo andamos en el concepto de tipicidad, cuando la conducta no puede adecuarse en términos maravillosos a ninguna de las anteriores faltas en virtud de los principios de especialidad y subsidiaridad constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagra la ley como delito sancionable a título de dolo cuando se cometa en razón con ocasión o como consecuencia la función a cargo o usando de ella. Y eso llegó a tales extremos, yo recuerdo un caso de destitución por acceso carnal violento, penetración de la asta viril. Bueno y cuál fue la dificultad del demandado, puesto que desde los 11 años no había tenido erección, y en la denuncia escribieron que desde los 12 años no tenía erección. La autoridad disciplinaria se equivocó.

Con este caso, vemos que el derecho disciplinario “*se ha tomado como muy a la ligera, cuando tiene de estructura en la conducta humana todo lo que ustedes quieran, esta disciplina es muy compleja*”. Se relaciona con todo el componente constitucional, el administrativo, los componentes del derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional del conflicto armado y con el fundamento del derecho penal; también, el código general del proceso, para juzgar una conducta humana.

Allí está la sentencia entonces de los *numerus apertus*, como dice la doctora Clara Inés Vargas Hernández en esa Sentencia C-155 de marzo 5 de 2012:

El legislador en ejercicio de su facultad de configuración también adopta un sistema amplio genérico de incriminación denominado numerus apertus. ¿Cuáles comportamientos requieren para su utilización ser cometidas con culpa como sí lo hace la ley penal? A toda modalidad de las hay una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente, cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como a sabiendas, mala fe, con intención, etc.

Si el tipo tiene esos ingredientes subjetivos, mal se hace en transformarlos en culposos, porque son dolosos; sin embargo, esto se sigue haciendo en Colombia y no se puede convertir una conducta estrictamente dolosa en culposa cuando tiene ingredientes normativos. “*¡Y que eso no es penal!*”. Y entonces ahí sí, la doctora Vargas Hernández dice: - “*eso no se puede hacer cuando en los tipos se utilizan expresiones tales como a sabiendas, mala fe, con la intención*”-; por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone, que el fallador es quien debe establecer cuáles

tipos disciplinarios admite la modalidad culposa, partiendo de la estructura del tipo: en cuanto a su contenido, en cuanto el bien jurídico tutelado, en cuanto a los sujetos, y no hay bien tutelado porque eso no lo admiten en el derecho disciplinario.

No obstante, lo está diciendo la Corte, de acuerdo con la Ley 1437 de enero 18 de 2011. Porque si el precedente judicial está claro yo no puedo entrar a discutirlo; sin embargo, aquí está diciendo, no se salga de las orientaciones del derecho penal.

Aquí está el artículo 48: Clases y límites de las sanciones disciplinarias. *El servidor público está sometido a las siguientes sanciones: destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años para las faltas gravísimas dolosas, destitución e inhabilidad general de 5 a 10 años para faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima, se degradó, porque actualmente la falta gravísima dolosa es sinónimo de, realizada con culpa grave y tiene la misma destitución de 10 a 20 años.*

Siempre he lamentado esa degradación, porque realmente el comportamiento del servidor público tiene que ver más con la culpa gravísima que con el dolo. Los españoles hablan de culpa gravísima culpa menos grave, culpa grave. A ellos no les interesa el dolo, les interesa es la postura de culpa gravísima, porque implica ignorar la función que le ha sido encomendada, es presentar desatención elemental sobre la misma, es violentar reglas de obligatorio cumplimiento que exigen el deber funcional.

Ante esta situación, la gente, que fue la mayoría que se destituyó con culpa gravísima de 10 a 20 años, con esa sanción que aparece en el Código General Disciplinario, ya la han cumplido porque ese Código lo están tramitando desde el 2014, primero salió el Código Disciplinario Militar. Como no ha salido todavía, siguen en suspensión en el ejercicio del cargo de 3 a 48 meses para las faltas gravísimas realizadas con culpa grave, suspensión en el ejercicio del cargo de 3 a 24 meses, inhabilidad especial hasta por el mismo término para las faltas graves dolosas, suspensión en el ejercicio del cargo de 1 a 18 meses para las graves culposas; vemos, que sí hay graves dolosas y graves culposas, multa de 20 para las leves dolorosas y multa de 5 para las culposas.

El párrafo del artículo 29 del Código General Disciplinario dice, las faltas señaladas en el artículo 65, faltas que coinciden con descripciones típicas de la Ley penal siempre y cuando la manera del comportamiento así lo permita, éstas pueden ser sancionadas a título de culpa.

Aparentemente están como los *numerus apertus*. Pero esas son las que contemplan delitos, descripciones típicas de la ley penal; luego, en el artículo 72 dice párrafo 1º: las faltas gravísimas del régimen de particulares sólo son sancionables a título de

dolo o culpa y el 77: las gravísimas del régimen de notario sólo son sancionable a título de dolo o culpa y la de los servidores públicos distinta a las que coinciden con descripciones típicas de la ley penal. Solamente los legisladores están facultados para investigar y sancionar por comportamientos descritos como falta, en la Ley 124 constitucional, para decir en qué consiste la responsabilidad de los funcionarios y la manera de hacerlo, no puede ser un régimen que juegue a las expectativas y a las posibilidades, porque eso genera inseguridad.

Aquí están las exposiciones del doctor Marco Gerardo Monroy Cabra, en las que dice que la aplicabilidad del principio de tipicidad del campo disciplinario ha sido reconocida en reiteradas oportunidades por la Corte; por ejemplo, la Sentencia C-404 señaló que entre los principios que rigen el derecho disciplinario, está sin duda el de tipicidad, que exige que la conducta del servidor público que la ley erige como falta, la ley, no el fallador, sea previamente definida por legislador así como la sanción correspondiente, pasa a ser presidente judicial

Entonces, de acuerdo con estos aportes, hay que revivir las mismas sentencias de la Corte Constitucional para estar a tono con el Código General Disciplinario: la Sentencia C-127 de 1993, C-280 de 1995, C-310 de diciembre 10 de 1998 del doctor Antonio Barrera Carbonell, que ha dicho que *“uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual, la falta disciplinaria no sólo debe estar descrita y decir en qué consiste el comportamiento, sino que además, la sanción debe estar predeterminada”*.

¿Qué pasó con las faltas gravísimas culposas, cómo la va a sancionar? si el principio de legalidad no solamente le pertenece a la falta sino la sanción, es norma previa, que además la sanción de estar predeterminada, dicho principio está consagrado en nuestra Constitución, como parte integrante del debido proceso, pues, *al tenor del artículo 29 de la Constitución, nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, circunstancias que resultan claras*.

La concordancia que un régimen disciplinario pueda tener con el mandato constitucional, en lo que la determinación de la falta disciplinaria se refiere, requiere dar cabida a los principios propios del régimen sancionatorio en lo relacionado con la valoración de la tipicidad. El doctor Eduardo Montealegre Lynett, después de la vigencia de la Ley 734 explicó, que de conformidad con el principio penal de tipicidad que desarrolla el principio fundamental, nulla poena sine praevia lege y que cabe entender la disposición mediante el cual se establecen la infracción y las sanciones disciplinarias correspondientes, debe describir claramente expresa, inequívocamente, las conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las sanciones, así como la relación entre una y otras. El principio de

tipicidad exige la delimitación concreta de las conductas reprochables, a efectos de su sanción, de conformidad con esta garantía al debido proceso disciplinario [...]

Este principio proscribire la indeterminación en la tipificación de la conducta y la sanción en razón a que ello propicia decisiones subjetivas y arbitrarias, va generando la misma disposición que crea el código general disciplinario, unas expectativas de Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho.

Así mismo, leemos en la Sentencia C-530, y la C-014 de 2004, del doctor Jaime Córdoba Triviño:

Así el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado expresa que su ejercicio no compromete la libertad de los sujetos que tienen espacio de aplicación restringido, en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante [...] (C-014, 2004)

La doctora Clara Inés Vargas, que decía que el fallador era el que podía transformar una conducta dolosa en culposa quitándole esa posibilidad al legislador, dijo: “*el legislador está obligado a escribir la conducta o comportamiento que se considera ilegal o ilícito en la forma más clara y precisa posible, de modo que no quede duda alguna sobre el acto, el hecho, la omisión o la prohibición que da lugar a la sanción de carácter penal o disciplinaria*”. Y de la única manera que no queda duda, es adecuar una conducta a una norma, de manera inequívoca expresa y clara.

La Sentencia C-431 de 2004, que fue la que revisó la constitucionalidad de la Ley 836 de julio 16 de 2003, y que revisó todo el reglamento del régimen disciplinario de las Fuerzas Militares expone:

Y aunque en el derecho administrativo sancionador y dentro de él el disciplinario, los principios de tipicidad e ilegalidad no tengan la misma rigurosidad civil en materia penal y aclara, esta menor rigurosidad se manifiesta, por ejemplo, en que en el derecho administrativo sancionador se admiten los tipos penales en blanco no autónomos, en donde la tipicidad se obtiene de la lectura de varias normas, para establecer exactamente en qué consiste la conducta proscrita, aun así, el comportamiento sancionable debe ser determinable inequívocamente, como también la sanción correspondiente, como única manera de asegurar el derecho al debido proceso [...]. (C-431, 2004).

Concluiremos que el principio de legalidad incluido en el artículo 4º, sí muestra pautas concretas para que los jueces disciplinarios no le teman a la expresión *jueces disciplinarios*. El Código General Disciplinario no habla de jueces disciplinarios, se

refiere a autoridad disciplinaria. El término *operador disciplinario* es inadecuado, porque da idea de una persona muy mecánica, que se acostumbra a leer las reglas que le suministren, sin razonar, solamente obedece unas reglas, sin intentar modificarlas o adecuarlas razonablemente.

Observemos ahora, la responsabilidad y la importancia del juez, que debe razonar para dilucidar cuándo el comportamiento es ilícito sustancialmente, después, verificar si se cometió con dolo o culpa, probar el dolo, tanto en derecho penal como derecho disciplinario.

Por lo tanto, desde la sentencia del doctor Manuel Gaona Cruz en Sala plena de marzo 7 de 1985, hasta el último concepto de la Procuraduría, del doctor Juan Carlos Novoa Buendía, de agosto 24 de 2011. También en el mismo sentido, el concepto del doctor Silvano Gómez Strauch³.

El principio Fines de la sanción disciplinaria está enmarcado en el artículo 5° del Código General Disciplinario. Observemos, cómo el legislador, desde la Ley 734 de febrero 5 de 2002 actualmente vigente, ha querido señalar, que esa sanción disciplinaria es para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.

Esa es la función de la sanción disciplinaria, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución Política, porque es el que va a darle la connotación más precisa para definir el principio de ilicitud sustancial.

En el actual texto dice, la falta ser antijurídica cuando afecta el accionar del funcionario sin justificación alguna. En cambio, el artículo 9° del Código General Disciplinario dice, que la conducta del sujeto disciplinario será ilícita, cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna. La Cámara de Representantes en sus debates agregó, que habrá afectación sustancial del deber cuando se contrarían los principios de la función pública, los que fundamentan la responsabilidad disciplinaria.

Entonces, se trata de una norma constitucional, del artículo 209 y del artículo 2° de la misma Carta: eficacia, eficiencia, transparencia, moralidad, armonía, etc. Hay que comprobar esa contrariedad, porque el artículo 5° lo está diciendo: la sanción tiene

³ Abogado con Especialización en Derecho Procesal, ha desempeñado números cargos en el servicio público dentro de los que se destacan Procurador Delegado Procurador delegado y Magistrado Auxiliar II Consejo Superior de la Judicatura.

finalidad preventiva y correctiva para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución.

Considero que la Ley 489 de 1998 es el instrumento fundamental, que deberá ser tenido en cuenta por los órganos de control disciplinario al juzgar la realidad de la conducta de los servidores públicos en el cumplimiento de sus deberes constitucionales, legales o reglamentarios.

Obviamente, también están los principios de la Ley 80 que aplican, porque en la contratación disciplinaria, la contratación administrativa es únicamente la tipicidad del derecho disciplinario; en cambio, el derecho disciplinario es la ilicitud sustancial o antijuricidad y la culpabilidad, porque para que pueda pasar ese principio de la contratación, el *tex*, de ir en contravía de los principios fines y funciones del Estado, tiene que afectar la Carta Política, no el principio legal de la Ley 80.

Traigo el siguiente caso, porque en contratación puede suceder, que se entregó el 50% en el anticipo, pero lo justificó, ante una emergencia de una calamidad:

Estaban dos alcaldes, uno estaba pensando cómo sacaba las aguas negras por allá a otro lado y el otro también, sin que hubiese planeación de ninguno de los dos, en el sentido de saber qué estaba haciendo el otro. Cuando llegaron al sitio encuentra un alcalde que éste le iba a echar el agua sucia el otro y el otro a él; es decir, la inundación sería mayor, porque cada que llovía, se agravaba el problema. Entonces llamaron a los expertos juristas que les dijeron, eso no lo haga, suspenda y más vale pague otro contrato que valía como 19.000 millones, y el alcalde, que había estudiado hasta tercero de primaria dijo que no, que ya viene la lluvia, y le dijo: cuánto vale esa vaina usted mismo continuándolo. Le respondió que le costaría tantos millones, que equivalía a que se pasaba en 120 millones de pesos. Y le dijo, hágalo y desde 2012 hasta hoy, ha sido la solución brillante número uno. Destituyeron al alcalde y me correspondió revocarle esa destitución.

Porque la tipicidad no es el derecho disciplinario, es la responsabilidad que se basa en analizar la tipicidad, analizar la ilicitud sustancial y la culpabilidad, puede que sea típica e ilícita pero no culpable, entonces, no hay responsabilidad.

El derecho disciplinario se parece mucho en esto con el derecho penal, la Ley estrella para mí 1437 enero 18 de 2011 artículo 3°. Todas las autoridades deberán estar obligadas a interpretar y aplicar las disposiciones que regulan la actuación y procedimiento administrativo a la luz de los principios consagrados en la

Constitución Política, en la parte primera de este Código y en las leyes especiales, las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios del debido proceso.

Lo expresado en este artículo no existía en el decreto 01 de 1984 -El debido proceso- ha sido ignorado administrativamente, aquí le dicen del debido proceso, porque consideran que el debido proceso era solamente para el penal y cuando fuera en el disciplinario, por las relaciones especiales de sujeción, había que minimizarlos flexibilizarlos, aplicarlos con menos intensidad, menor flexibilidad, menor será el derecho penal. Imaginemos cómo sería de limitada la presunción de inocencia, cómo sería limitado en el derecho disciplinario la presunción de inocencia.

¿Es que si tiene pliego de cargos sería casi culpable? en cambio en penal hay que esperar el fallo ejecutoriado, la misma cosa, el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y sigue con los demás principios: desarrolla en virtud del principio del debido proceso las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y en la ley con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción en materia administrativa sancionatoria, llámese disciplinario, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y las sanciones.

“¿Cómo va uno a sancionar una conducta gravísima culposa si no lo estableció el legislador de manera clara?, ¿será que la jurisprudencia C-155 de la doctora Clara Inés seguirá teniendo sentido?” Sí, porque allá no dice que el fallador sea el que la puede transformar, es el legislador que la ha dispuesto.

La estructuración de la falta disciplinaria soportada en la inexigibilidad de las categorías de tipicidad y antijuricidad se rompen con este Código, porque siempre nos vendieron la idea de que, cuando uno edificaba la conducta adecuada a una norma, la falta era típicamente antijurídica. Obviamente que es cuestión de redacción, porque ninguna falta es antijurídica, pero no entiende que la conducta, como entra a considerarse actualmente con el Código, que se subsana eso, pero lo que sí está diciendo es que se encontraría el deber funcional, cuando se afectan los principios de la función pública sin justificación alguna.

La norma citada incluye tres aspectos: que usted primero tiene que adecuar la conducta; segundo, mirar si hay causales de justificación o no y, tercero, mirar si a pesar de esto, hay contrariedad de los principios de la función pública. O sea que usted no puede decir que entra la conducta es típicamente antijurídica, porque terminó esa escuela en señalar que, además era típicamente antijurídica y culpable

de una vez y entonces salió la teoría que yo le llamé la teoría del *dolo ponido*⁴, porque usted se posesionó conoce y porque conoce quiere.

La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, al contrariarse los principios que rigen la función pública. Es sencilla pero clara su lectura, corresponde a la filosofía del derecho disciplinario, más allá de las imprecisiones de tipo semántico gramatical que pudo haber incurrido el legislador. De lo que se trata entonces, es de encontrar una interpretación acorde con los principios y fines que deben orientar el derecho disciplinario, en el marco del Estado social de derecho, como herramienta útil para encauzar la conducta de quienes ejercen la función pública

El comportamiento que más desconoce formalmente la norma jurídica que lo prohíbe, es el opuesto, el menos extraño de los principios que rigen la función pública. El trillado ejemplo: llegó a las 10 de la mañana, la conducta es típica, sí, pero ¿será antijurídica? Señor usted por qué llegó a las 10. Mire, lo que pasa es que anoche me quedé hasta las 11 y saqué todas las fotocopias que era mi deber funcional y mire, son las 10 las 11 y no hay ninguna fotocopia que hacer “¿Será que, porque llegó a las 10 lo vamos a sancionar?”.

En otras palabras, aun cuando el comportamiento se cuadre a un tipo disciplinario, pero se determine que el mismo para nada incidió en la garantía, la función pública y los principios que la gobierna, deberá concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial y que deberá imponerse una sanción disciplinaria, ya será pronto el incumplimiento de los deberes por los deberes mismos.

Ahora bien, entramos en otro tema que es bueno estudiar, y que la mayoría de los tratadistas lo niegan: es la antijuricidad vista desde el punto de vista de la materialidad incorpórea, porque eso de la eficacia, la eficiencia, la transparencia, la moralidad, la armonía, la buena marcha es una antijuricidad material incorpórea.

El doctor Luis Gracia lo decía: “*quién dijo que el bien jurídico tutelado era de propiedad del derecho penal, el bien jurídico tutelado le pertenece a todo el derecho y uno tiene que verlo desde ese referente, porque no se justifica una norma que no contraríe nada*”.

Pasamos a otro principio, el de proporcionalidad que ha suscitado muchos problemas, siempre he sido un pelietas panderetas porque insisto en sustentar, que no es lo que digan los medios de comunicación, que la conducta es tan grave, que hay

⁴ Hace referencia la escuela que indicaba que un comportamiento de un servidor público era típicamente antijurídico y culpable de una vez.

que imponerle la máxima sanción, para eso la ley trae unos criterios que obligó al legislador y a las personas que conformaron esa Comisión, a que le agregaran al principio proporcionalidad las palabras *y razonabilidad de la sanción disciplinaria*.

Y, ¿Qué ha hecho la Corte Interamericana?, este es un principio constitucional, no se puede jugar con eso, si existen criterios para poderle ver las actuaciones al servidor público: si yo toda la vida he sido servidor público y nunca tuve una sanción pues al menos se supone que soy eficiente, y hay que ver también si eso afecta derechos fundamentales, si genera un perjuicio más grande, etc.

Entonces, quedó la disposición diferente a la que tenemos actualmente, *en esa sanción debe responder a los principios de proporcionalidad y razonabilidad y a la clasificación de la falta*. ¿Por qué habla de la clasificación de la falta? porque este Código general clasifica las faltas: contra la hacienda pública, contra la función pública, contra la contratación, contra todo eso y podría decir que se cae la teoría de los que dicen, que por no tener esa clasificación no puede hablarse de bien jurídicamente tutelado.

Le planteábamos al maestro Echandía⁵, ¿Cuál es la diferencia entre bien jurídico y objeto jurídico? ¿Cuál es el bien jurídico tutelado? Respondía, la vida y la integridad personal. ¿Cuál es el bien jurídico tutelado en las lesiones personales? la vida y la integridad personal. Pero cuando ya le digan ¿Cuál es el objeto jurídico del homicidio? la vida. ¿Cuál es el objeto jurídico en las lesiones personales? la integridad personal.

La Corte, en Sentencia C-125 con ponencia del doctor Marco Gerardo Monroy precisó:

Respecto de la sanción administrativa la proporcionalidad implica también que ya no resulta excesiva rigidez frente a la gravedad de la conducta ni tampoco carente importancia frente de esa misma gravedad. De todo lo anterior se concluye que el derecho pretende regular la actuación de los servidores y que para tal cometido escribe mediante ley y una serie conductas que estima contrario ese cometido sancionando las proporcionalmente la afectación de tales intereses que ella produce. (C-125, 2003)

⁵ Hernando Devis Echandía fue un Jurista colombiano. Se graduó como abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Colombia (1941), Fue Presidente y Miembro Fundador del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.

Retomo el concepto de los principios, fines y funciones del Estado, este artículo lo tenemos que aprender de memoria, en la interpretación y aplicación de la ley disciplinaria:

El funcionario competente debe tener en cuenta que la finalidad del proceso la prevalencia es la justicia, la efectividad del derecho, la búsqueda de la verdad material y el cumplimiento de los derechos y garantías del debido proceso, a las personas que en él intervienen. (Ley 1952, 2019).

En materia disciplinaria hay normas que regulan las actuaciones: si no se puede notificar el pliego de cargos nómbrele un defensor de oficio, que puede ser un estudiante de las universidades legalmente aprobadas y si no le contesta, continúe la actuación, salvo que se pruebe que es por estrategia de la defensa. Pero, “¿Cómo voy a continuar la actuación con un artículo que tiene que tener en cuenta qué, es la prevalencia de la justicia la efectividad el derecho sustantivo, la búsqueda de la verdad y el cumplimiento de los derechos?”.

Otro principio muy interesante del artículo 129, lo traen las autoridades disciplinarias, ya no hablamos de operador disciplinario, sino de autoridades disciplinarias, *que tienen la obligación de investigar con igual rigor los hechos y las circunstancias que muestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del implicado y las que tiendan a demostrar su inasistencia, lo eximan de responsabilidad [...]*.

Durante todos los procesos disciplinarios hay que darle a cada cual lo que le corresponde y todo se fundamenta en la *probatio probatissima*, es la razón de lo que se trabajó en el Código Disciplinario Militar: el Régimen Probatorio propio. Yo no puedo ir a concursar como hacen la mayoría de las personas, traen todo lo que han hecho en el proceso, no es necesario, es solamente traer lo que va a ser objeto de motivación de la decisión que se vaya a tomar. Si de esas dos mil pruebas que recogió solamente sirven tres o cuatro, esas son las necesarias. No se debe hacer decisiones de 400 páginas y que sólo las dos últimas traen la profundidad del tema.

Hay que investigar lo uno y lo otro, pues se crea este principio de congruencia: *el disciplinado no podrá ser declarado responsable por hecho ni faltas disciplinarias que no constan en el auto de citación a audiencia y formulación de cargos sin perjuicio de la posibilidad de su variación*. En el Cauca ocurrió un caso, al que le llamo *El caso Silva Riviera*: formulación de auto de cargos, de conducta gravísima, dolosa, y el día que lo nombraron gobernador, la Procuraduría lo suspendió por seis meses; pero no era doloso sino culposo por *numerus apertus*, cuando ni siquiera ese

hombre se defendió; inclusive, ese trato fue tan cruel, que terminó en el fallecimiento de uno de los hijos por el bullying que le hacían en el colegio.

En un Estado Social de Derecho no se deben presentar estos casos. Debemos tomar decisiones ajustadas al proceso, a la verdad.

El principio siguiente Cláusulas de exclusión:

Toda prueba obtenida con violación del derecho y las garantías fundamentales será nula de pleno derecho por lo que deberá excluirse la actuación. Igual tratamiento recibirá las cosas que sean consecuencia de las pruebas excluidas, que sólo pueden explicarse en razón de su existencia. Se considera al respecto a las siguientes excepciones: la fuente independiente, el vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y las demás que establezcan. (Ley 906, 2004).

Este es el artículo 140 pero crecido. Nosotros lo contemplamos como inexistencia de la prueba, para darle cabida a todo ese esquema probatorio que vamos a tener en materia disciplinaria, va a ser un procedimiento único, con indagación preliminar y con una apertura de investigación: citación a audiencia. Es decir, que se entra al procedimiento verbal.

Así que revisemos los libros de pruebas para no perder de vista cuando la prueba es ilícita, cuando es inconstitucional, cuando es ilícita principal, cuando es ilícita derivada, cuando está el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable.

A pesar de que desde el año 2006, en el derecho disciplinario el tratamiento a la regla de exclusión no puede apartarse de la aplicación, la interpretación del artículo 29 de la Carta. Esto no es ni siquiera un referente constitucional, es un referente todavía de la Ley 153 de 1887 que yo la llamo la ley bisabuela, en donde les dan valor a las normas procesales por encima el principio de legalidad.

En las Fuerzas Militares, como en el Código Disciplinario Único leemos: *si hay pliego de cargos al momento de la realización de la conducta, se deberá seguir el procedimiento anterior, sino el nuevo*, siendo que ya tenemos dos principios: de legalidad y de favorabilidad; y sin embargo, el Código General Disciplinario incurrió en lo mismo: si hay auto de apertura de la investigación se seguirá con el procedimiento anterior, sino con el nuevo, y pasaron todo de caducidad a la apertura para que comience la prescripción. Pero como llega el nuevo Código que no habla de

caducidad y prescripción sino de prescripción, se tiene que tomar como una norma sustantiva y es de efecto inmediato.

Para concluir les reitero, que la orientación que recibí, de tratar el tema de la responsabilidad disciplinaria, lo hemos presentado desde la óptica constitucional.

Muchas gracias por haberme escuchado.

Primer Panel de Preguntas

La jornada de la tarde será moderada por la doctora Ivonne Pamela Hernández, Coordinadora del Semillero de Investigación Estudios Jurídicos Contemporáneos.

1. *¿Cuál es la relación entre la función pública y la vida privada del servidor público?*

R/ El deber funcional tiene que ver con la función pública y la función pública con deberes funcionales. Hasta hace poco teníamos ese concepto muy claro, ahora ya hay otros espacios. Una decisión de un Contralor que fue en representación de la Contraloría tuvo mal comportamiento, y le relacionaron ese comportamiento con el ejercicio de sus deberes funcionales.

Desde la óptica de que el comportamiento tenga que ver con el ejercicio funcional, tenemos la Ley 1015 de febrero 7 de 2006. En la Policía Nacional, por ejemplo, sus integrantes en vacaciones, en licencia, hospitalizado, franquicia en todo. Si comete una contravención o un delito lo relacionan funcionalmente. La Corte dijo que sí, pero quitó los conceptos jurídicos indeterminados, porque esa norma decía, que cuando se afectara el decoro, la buena imagen de la Institución, o que se afecte la misión de la Policía Nacional. ¿Cómo fue la conducta? y si la conducta algo conecta con la función que tiene, y de acuerdo con los últimos planteamientos, disciplinariamente es destinatario de la norma.

El doctor Silvio San Martín Quiñones Ramos interviene con el siguiente planteamiento: en relación con el tema que ha planteado la pregunta, sólo debía complementar que al hacer referencia a la sentencia del Consejo de Estado relacionada con el empleado de la Contraloría que fue sancionado, el Consejo de Estado consideró, que esa conducta privada, realizada por fuera del ejercicio funcional, tiene un nexo de causalidad al haber participado, dentro de una actividad deportiva que era institucional, que estaba con sus compañeros de trabajo, y que por esa razón lo vincula en cualquier actividad, como falta disciplinaria.

La Sentencia C-092 de 2018, con ponencia del consejero William Hernández Gómez del 17 de mayo de 2018, radicado general 1100 10 325 000 2013 01092 señaló, que la actividad privada que se realice por un servidor público afecta deberes funcionales, causa nexo de causalidad y, por lo tanto, merece reproche disciplinario y la sanción.

Interviene el doctor David Roa Salguero: relacionado con el tema planteado, tiene que ver con una sentencia que acaba de proferir el Consejo de Estado, donde se sanciona a un funcionario de la Contraloría General de la República, que, de forma

desafortunada, en una actividad de la entidad agredió a una compañera de trabajo y que, además, tenía una relación sentimental con ella. No se encontraba dentro de su ámbito laboral, pero esa situación dio lugar a que se le sancionara disciplinariamente y esta decisión sancionatoria fue demandada ante la Jurisdicción Contenciosa.

En un pronunciamiento muy completo, el Consejo de Estado hizo un análisis de la ilicitud sustancial en materia disciplinaria, conectando ese comportamiento, que para muchos es considerado enjuiciable en el ámbito penal, al servicio público o a la función pública, que estaba en cabeza de esa persona. Si bien no comparto algunos aspectos de la conclusión a la que llegó el fallo, sí hay que destacar algo importante, y es el análisis de la ilicitud sustancial.

2. ¿Usted considera que los principios rectores son un parámetro razonable para determinar si una conducta es o no disciplinable, teniendo en cuenta la pluralidad en términos éticos, morales, teleológicos, etcétera?

R/ La pregunta encierra varios aspectos: En un Estado Social de Derecho, los derechos fundamentales hay que aterrizarlos en el ser humano; si lo que quiere decir, es que hay corrupción y que la corrupción hay que combatirla como sea, me niego a creer eso. Al corrupto también hay que tratarla con garantías porque es un ser humano el que la comete; es decir, el corrupto tiene el mismo derecho que el que se equivocó.

Los principios de la Constitución Política en la Carta, tiene, además, el principio de igualdad, ese test de igualdad. En muchas sentencias, precisamente dicen que es tratar de manera desigual a los iguales y tanto el corrupto como yo como, somos iguales. Entonces los principios rectores sí son parámetros razonables. ¿Por qué determinan si una conducta eso o no disciplinable? Hablemos de legalidad, ley preexistente, tipicidad, encuadra la conducta, ilicitud sustancial, contrarió los principios de la función pública, contrariaron los fines; en el artículo 29, solamente se admite la culpabilidad probada porque si no, es una responsabilidad objetiva y fíjense que el principio lo está diciendo: en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, las faltas sólo son sancionables a título de dolo y culpa

Y finalmente, dice así: para proteger un derecho vulnerado con un proceso disciplinario, qué vía utilizaría, tutela, revocatoria directa, nulidad y restablecimiento derecho. La característica fundamental del Estado Social de Derecho son los controles. En un Estado liberal eso no existía, allá los derechos fundamentales, los principios, eran meros ideales. Lo que no ocurre en un Estado Social de Derecho que sostiene controles no solamente los que escribe aquí la

persona que consulta, sino que hay uno fundamental que deviene la Carta política, que es el poder disciplinario preferente. Cuando la Procuraduría detecta o le hacen ver que le están vulnerando el debido proceso o quiere simplemente, por la importancia del tema asumir la investigación, se le quita cualquier funcionario

En el Estado liberal qué sucedía: el gobernador que le decía a su jefe de la Oficina de Control Interno, destitúyela que yo acá se la confirmo. Así pasaba también en nuestras Fuerzas Militares, que ya hay el mecanismo del poder preferente: si llegó tarde, tutela si siguió llegando tarde, revocatoria directa disciplinaria.

El único que en Colombia puede revocar una decisión, es el Procurador. Entonces, la decisión que se tomó con otros miramientos distintos a la Carta política, no se pueden revocar y así mismo la nulidad y el restablecimiento del derecho. A través de esa acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se han logrado reparar equivocaciones o errores; por ejemplo, la que les conté del gobernador Silva, fue el doctor Alejandro Ordóñez Maldonado que la revocó, pero ya no se podía llegar a la gobernación.

Muchas gracias

ILICITUD SUSTANCIAL DISCIPLINARIA

Doctor Silvio San Martín Quiñones Ramos

Saludo respetuoso para los asistentes a este Seminario de Derecho Disciplinario, especialmente, como lo ha llamado la universidad, de Responsabilidad Disciplinaria.

Vamos a hacer una disertación lo más clara posible, acerca de la relación del Seminario con la “Ilicitud Sustancial², entendido que es una de las figuras del derecho disciplinario más relevantes de la actualidad, para diferenciarlo de la naturaleza de esta acción frente a otras como, por ejemplo, la penal y la administrativa.

Tendríamos que iniciar diciendo que el derecho disciplinario surge, inicialmente codificado en la Ley 200 de 1995, allí lo que hace el legislador es recoger todos los regímenes disciplinarios existentes para los servidores públicos de las diferentes entidades del Estado y los regula en una sola disposición. En la Ley 200 se estipularon todas las faltas (leves, graves y gravísimas) y aquellas que no están escritas taxativamente. Estas podrían estar referidas al manejo bajo criterios taxativos. En el artículo 25 de la Ley 200, sólo se codificaron 10 faltas gravísimas.

Actualmente, en la Ley 734 tenemos codificadas más de 1000 faltas gravísimas, que indicarían, por ejemplo, faltas de Derechos Humanos, Derecho Internacional humanitario, temas de contratación, temas que tienen que ver con silencio administrativo, temas administrativos de función pública, etcétera.

Esa codificación que trajo la Ley 200, inicialmente, fue muy ambigua o muy pequeña y por eso la Ley 734 la amplió. La Ley 200 de 1995, tenía no solamente la parte sustancial, sino también, la parte procesal; sin embargo, trajo consigo un catálogo de principios, con una normatividad escasa frente a lo que era la Dogmática del derecho disciplinario.

En ese derecho disciplinario (Ley 200), se consagró los principios de legalidad y de culpabilidad, guardando completo silencio en relación con la antijuricidad, o, lo que hoy llamamos Ilicitud sustancial, en esa oportunidad dicho código no la consagro e intentó seguir la estructura dogmática de lo que era antijuricidad.

En este sentido, nosotros acudimos entonces, al régimen penal, especialmente para saber qué era antijuricidad. Hasta donde sabemos, en materia penal la antijuricidad tiene dos formas de aplicación: una, la antijuricidad formal y otra, antijuricidad

material, teniendo en cuenta que faltaba mayor regulación, la Procuraduría General de la Nación, presentó un proyecto de reforma de la Ley 200, en compañía del Consejo Superior de la Judicatura, para modificar dicho código disciplinario; aplicables para todos los servidores públicos con excepción de la Fuerza Pública, que sí tenía su régimen disciplinario autónomo e independiente: un régimen de la policía y otro de la fuerza militar⁶.

Así las cosas, lo que se aplicaba para ese entonces era la Ley 200 y lo que tiene que ver con el procedimiento, la H. Corte Constitucional, en la sentencia de constitucionalidad de las normas que tenían que ver con los regímenes disciplinarios de la Policía y las Fuerzas Militares, declaró inexecutable el procedimiento que ellos tenía en sus reglamentos y dijo que se debía aplicar, entonces, el que estaba establecido para los demás servidores públicos, en este caso el procedimiento tenido en la Ley 200 de 1995.

Retomando la propuesta que hacen la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura, para efectos de estructurar el régimen disciplinario de mejor manera y crearle su completa independencia de las demás ramas del derecho disciplinario, estructura entonces, lo que hoy conocemos como la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) y que, en sus principios sí agrega uno de los ingredientes que no tenía la Ley 200 de 1995, referente al tema de la “Ilicitud sustancial” y lo señaló en el artículo 5º, indicando que “la conducta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”.

Esa norma tiene unos antecedentes primarios en el proyecto de ley, cuando no se señalaba el tema como “ilícito sustancial”, sino principio de “lesividad”; se indicaba que la conducta será antijurídica cuando afecte sin justificación alguna el decoro, la eficiencia o la eficacia; es decir, principios que rigen la función pública. El proyecto igualmente señalaba, en esa misma disposición que, si se hubiese causado daño o puesto en peligro, es decir, que estaba hablando de una antijuridicidad bastante penal (porque recordemos que en materia penal la antijuridicidad está establecida como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico tutelado), en materia disciplinaria, se ha indicado por parte de la doctrina, que el control disciplinario no tiene bienes jurídicos tutelados.

Yo discrepo frente a ese tema y, es más, me apoyo en jurisprudencia constitucional, entendiendo que la ley disciplinaria garantiza bienes jurídicos y uno de ellos es la función pública, siendo entonces, la función pública un principio que habría de

⁶ El régimen disciplinario de la Policía Nacional está contenido en la Ley 1015 de 2006, mientras que el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares en la Ley 1862 de 2017.

garantizar. Considero entonces, que ese es el bien jurídico que tenemos que respetar por parte de los servidores o, quienes son sujetos de la ley disciplinaria.

Igualmente, para efectos de diferenciar la normatividad dogmática penal, la ley 734 de 2002 también habla de culpabilidad bajo un principio inicial, de que, solamente serán responsables a título de dolo o culpa, y que será proscrita toda forma de responsabilidad objetiva; sin embargo, en el artículo 44, parágrafo, nos hace una identificación de lo que es la culpa gravísima y la culpa grave, situación que hace una gran diferenciación de lo que es la culpabilidad en materia penal.

Entonces, ya tenemos dos normas que nos diferencian del derecho penal, que son, la Ilicitud sustancial y la que, en este caso, la culpa gravísima y la culpa grave, situación que no consagra el código penal colombiano. Con estas dos normas crea entonces, lo que nosotros hemos llamado una línea de derecho disciplinario, independiente de cualquier otra rama del derecho, puesto que ya no tendríamos que acudir al derecho penal para efectos de estos dos temas, tanto de Ilicitud sustancial, como el de culpa gravísima y el de la culpa grave; claro que sí nos dejó otro vacío, y es que en tema de faltas gravísimas en el grado de culpa, la Ley disciplinaria 734, señala tres clases de culpa: gravísima, grave y culposas.

La pregunta es entonces, si sabemos cuál es la culpa gravísima que está en el artículo 44 parágrafo; y también sabemos cuál es la culpa grave, ¿cómo definimos las culposas? Acudimos, al código penal para poder saber qué se entiende por culpa simple y esa misma definición se aplicará también para las faltas graves y para las faltas leves, toda vez que el artículo 44, como norma de sanciones, consagra un catálogo de sanciones para las faltas dolosas, para las cometidas con culpa gravísima, con culpa grave y culposas. Como la Ley 734 no señala las faltas culposas, tendremos nuevamente que acudir al Código penal.

Observamos de esta forma, que la famosa independencia no es absoluta, es relativa, pero sí sienta unos precedentes importantes frente a esa diferencia que debe existir entre esa aplicación, de lo que es la antijuricidad y la culpa en materia disciplinaria.

Ahora bien, la Corte Constitucional, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 734 de 2002, ha hecho diversos pronunciamientos, no solamente en relación con los principios rectores, sino también con el procedimiento, las faltas, etcétera; siendo de mayor relevancia señalar que, en punto la Ilicitud sustancial traía a colación varias sentencias de constitucionalidad, en donde se nos señalaba que esa Ilicitud sustancial, a la cual se remite siempre, se refiere a aquella que sea sustancial; es más, es aquella que está más allá de lo formal, porque si no es sustancial, pero hay una eventual irregularidad que no es susceptible de una acción disciplinaria, deberá ser

aquella que aplique el superior inmediato bajo el artículo 51 de la Ley 734 de 2002, referida a la preservación del orden interno -con un llamado de atención-.

Y la norma indica, que cuando no se afecta en mayor grado el deber funcional, se puede entonces, hacer un llamado de atención por parte del superior inmediato, sin que medie ninguna formalidad; quiere decir, sin un proceso disciplinario. En ese caso, no habría lugar a que se adelante investigación alguna, porque esa eventual falta disciplinaria no es disciplinaria, porque no es sustancial y solo será un llamado de atención y ese llamado de atención, según, también sentencia de la Corte Constitucional, debe ser de carácter verbal, no escrito, quiere decir, que, si fuese escrito, estaría vulnerándose el derecho que se tiene, por parte de los servidores públicos, de que se aplique lo que la misma disposición señala frente al tema.

En este sentido, especialmente la Policía en el Artículo 27 de la Ley 1015 de 2006- indica también la posibilidad de hacer llamados de atención o correctivos, cuando no afecta en mayor grado los deberes funcionales; sin embargo, el error en el que incurre la fuerza pública, especialmente, reitero, la policía, es que le envían ese llamado de atención por escrito y lo envían al Folio de Vida.

Ya hay bastantes pronunciamientos tanto de la jurisdicción contenciosa, como también constitucional, frente a la imposibilidad de que se hagan anotaciones al Folio de Vida con relación a correctivos, pues no pueden ser registrados en tales folios, y mucho menos, en la Hoja de vida de los servidores públicos; porque si el llamado de atención es verbal, de qué manera va a llegar a la Hoja de vida. Entonces, si lo que se tiene es que la conducta, sí afecta sustancialmente los deberes funcionales, entonces allí sí habría un procedimiento disciplinario, que ya es competencia, no del superior inmediato, sino de las oficinas de control disciplinario o de los entes de control que tenemos en el país.

Recuerden que hay un control interno y un control externo; el control interno, son las Oficinas de Control Interno Disciplinario que adelantan las investigaciones en primera instancia, siendo la segunda instancia alentadas por el nominador y cuando la entidad no tiene en su estructura esas Oficinas, la competencia radica en el superior inmediato y la segunda, el superior de éste⁷. En Colombia, el control externo lo tenemos a cargo del Ministerio Público que es la Procuraduría General de la Nación y las Personerías, que adelantan las investigaciones por faltas disciplinarias que, sustancialmente, afecten el deber funcional.

⁷ Hace referencia a las diferentes instancias dentro del proceso disciplinario del control interno, al interior de las diferentes entidades.

Ahora bien, la Corte Constitucional siempre ha señalado que, efectivamente, la Ilicitud sustancial era la violación de deberes funcionales cuando la misma afectara específicamente alguna disposición que consagraba un deber, una prohibición, una inhabilidad, o incompatibilidad o conflicto de intereses; no obstante, en el año 2005 la Corte Constitucional, al hacer un estudio de inconstitucionalidad o inexecutable del artículo 48 numeral 31 de la Ley 734 de 2002, frente a una falta gravísima relacionada con la contratación estatal, señaló en uno de sus apartes un tema interesante sobre lo que era la Ilicitud sustancial.

En esa oportunidad la Corte señaló, que la Ilicitud sustancial debería referirse específicamente a lo que el legislador había propuesto en su reforma de la Ley 200, que debería aplicarse como un principio de lesividad; es decir, que esa Ilicitud sustancial fuera una afectación o daño a un bien jurídico, que en este caso era la función pública, esto creó bastante espina, especialmente ante el Ministerio Público, toda vez que cambiaba de manera rotunda, e importante, lo que se decía la Corte en otros pronunciamientos, en cuanto a que, la Ilicitud sustancial era simplemente violación de deberes funcionales y aquella aplica entonces, casi una antijuricidad especial, que indicaba, con el principio de lesividad, que efectivamente, debería cometerse para que fuese falta disciplinaria que ocasionara daño o peligro a un bien jurídico, que no es otra que la función pública.

La Procuraduría consideró que ese pronunciamiento era un *lapsus calami*⁸ por parte de la Corte y que no debería tenerse en cuenta; fue así, como el Procurador General solicitó la nulidad de la sentencia C-818 de 2005 ante la misma Corte Constitucional, resuelta mediante un auto en donde le indica al Procurador que presentó, de manera extemporánea, la petición de nulidad.

Esto le sucede a cualquiera nosotros; yo he tratado de hacer una solicitud de pedir nulidad de fallos de constitucionalidad o sentencias, por ejemplo, de tutela, en las que la Corte se ha equivocado y que he pretendido corregir, pero que, al presentar la solicitud de nulidad, para que sea la Sala Plena que decida, encuentra uno que ya se ha pasado el tiempo, por lo general sale la publicación a los medios de comunicación, diciendo el sentido del fallo, pero cuando la misma llega a la Secretaría lo hace después de dos meses para su conocimiento, cuando ya no hay forma de poder hacer ninguna nueva solicitud. Esto le pasó al Procurador cuando él fue a presentar la solicitud para que se corrigiera el famoso *lapsus calami*, que considera, había realizado la Corte en la Sentencia C-818 del año 2005.

⁸ Significa literalmente 'error de la pluma'. Se emplea como locución nominal masculina con el sentido de 'error involuntario que se comete al escribir. (Real Academia de la Lengua Española, 2019)

Entonces, la Corte Constitucional dijo que era extemporáneo y no pudo hacer un pronunciamiento al respecto, quedando vigente dicha línea jurisprudencial. “¿Qué hizo entonces el señor Procurador?” sacó un comunicado en la revista “Procurando” que es un boletín de la misma entidad, en donde hace un análisis de esa Sentencia C-818 el año 2005, porque hay un *lapsus calami* por parte de la Corte y fija como un parámetro, conforme a una sentencia de tutela que señala que el Procurador General de la Nación puede, como máximo jefe del Ministerio Público, fijar directrices en materia disciplinaria. Y entonces, dice: “*hay que hacer caso omiso a esa Sentencia*”; sin embargo, eso no ha sido óbice para que muchos operadores e incluso la propia Procuraduría, en materia de lo que tiene que ver con la Ilícitud sustancial, apliquen la Sentencia C-818 del año 2005.

Hay muchas decisiones de la Procuraduría en donde archivan procesos porque no hubo la Ilícitud sustancial en la forma y términos señalada por la Corte Constitucional en esa Sentencia; ahora bien, el Consejo de Estado también ha sido prolífero en emitir decisiones en las demandas de nulidad y restablecimiento del derecho, en relación con el tema de la Ilícitud sustancial.

La Procuraduría ha proferido decisiones que ameritan un estudio juicioso frente a ese tema, pues siempre consideraron la Ilícitud sustancial como la mera discordancia o, el valor que existe en el comportamiento y la norma disciplinaria, es decir, una simple antijuricidad formal. Ahora ya no lo está viendo de esa manera y hay unas sentencias en donde ya recogen, de manera más clara, lo que debe entenderse como Ilícitud sustancial.

Para llegar a su comprensión, es importante señalar a los discentes, que, en materia disciplinaria, para poder estructurar una falta, se requiere que la misma sea “típica, Ilícitud sustancial y culpable”. Si esa estructura no se da en su integridad, entonces, no habrá falta disciplinaria y deberá entonces dar por terminado el procedimiento. ¿Cómo se debe aplicar esa estructura dogmática? en primera instancia, en relación con la tipicidad, el artículo 4º de la Ley 734 de 2002, señala, qué se debe entender por el principio de legalidad, y en este caso, la adecuación típica de la conducta.

No obstante, el artículo 23 de la Ley 734, nos indica qué es falta disciplinaria y allí nos dice que será falta disciplinaria; por lo tanto, da lugar a la investigación e imposición de la sanción correspondiente, el incumplimiento de deberes, la incursión en prohibiciones y la violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades e impedimento por conflicto de intereses, sin estar amparado en alguna de las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en el artículo 28 de la Ley 734 de 2002. ¿Qué significa eso? que allí está consagrado lo que tiene que ver con tipicidad, nos dice qué normas deben regirnos para efectos de adecuar un

comportamiento que se debe investigar en la norma, aquel comportamiento que no esté previamente establecido en la ley, no es falta disciplinaria.

Recuerden, el artículo 29 de la Constitución, como derecho fundamental al debido proceso, señala que, tanto en acciones jurisdiccionales como administrativas, el principio de legalidad debe prevalecer, puesto que hay una ley preexistente al acto que se imputa; por lo tanto, si no hay una disposición, que previamente está establecida en la Constitución, la ley o el reglamento, pues no será falta disciplinaria, no la podemos inventar, ni el superior inmediato en la Oficina de Control.

En el tema de tipicidad no podemos olvidar que la Ley 734 señala de manera taxativa cuáles son las faltas gravísimas en el artículo 48 y allí hay 62 numerales más unos párrafos para otros servidores públicos, pero esos 62 numerales tienen algunos que son de remisión a otras disposiciones, como por ejemplo, el artículo 48 numeral 1º, que señala aquellas conductas de carácter penal que puede cometer un servidor público y, por remisión de ese artículo, tendremos que analizar de nuevo todo el Código Penal para aclarar, cuál sería la posible falta disciplinaria, es decir saber cuántas normas tiene el Código Penal, en relación con las funciones.

Algunos juristas señalan que pueden ser simplemente aquellas que tienen que ver con la administración pública, pero eso no es cierto, porque hay faltas que no tienen que ver con la administración pública, como por ejemplo, las de libertad y poder sexual (si es falta disciplinaria de los servidores públicos); es decir, en este caso todos los bienes jurídicos del Código Penal se pueden traer a colación como falta disciplinaria, como una acción de remisión por parte del artículo 48 numeral primero, por eso, las faltas gravísimas son innumerables. Igualmente, hay normas que indican que, cuando la falta esté consagrada en cualquier ley que sea de retiro o destitución, son también otras faltas. Entonces se amplía el abanico de faltas disciplinarias en punto a las gravísimas.

Ahora bien, en cuanto a las graves y leves, la Ley 734 no señala de manera taxativa cuáles son estas, diferencia de la Ley 1015 del año 2006 de la Policía, que sí trae unas faltas leves, unas faltas graves y, unas gravísimas.

También, la Ley 836 del año 2003 de las Fuerzas Militares, para aquellos que todavía están manejando esa disposición, porque los hechos ocurrieron en vigencia de la norma, trae taxativamente faltas leves, graves y gravísimas, ahora recogidas en la Ley 1862 del 4 de agosto del año 2017, que es el Código Disciplinario Militar, actualmente también como norma aplicable.

Y qué decir de otras disposiciones: todas las entidades del Estado, especialmente atendiendo su naturaleza, por ejemplo, contadores, ingenieros, odontólogos médicos, abogados, etcétera, todos tienen su Código Disciplinario o de Ética y en esos códigos también tienen, de manera taxativa, estas disposiciones.

¿Qué indicaría el tema de tipicidad? Pues, que normas son las que tenemos para ser servidores públicos. Ser servidor público es lo más peligroso que hay, porque se tiene un pie en la cárcel, un pie en calle por una destitución o pérdida de empleo, es decir, que ser servidor público es una profesión peligrosa, por la cantidad de normatividad que se tiene que acatar.

En cuanto a las faltas graves y leves, como ya dijimos, la Ley 734 no consagra entonces una taxatividad. Luego, tenemos que buscar unos criterios que están en el artículo 47 que indican que, dependiendo del grado de culpabilidad, la perturbación del servicio en la modalidad, etcétera, unos criterios así, señalaremos cuál es la falta, si esa falta que estamos tipificando es grave o es leve; sin embargo, queda también un sinsabor, y es que esa misma falta, para una entidad puede ser grave y para otra puede ser leve. Y entonces, no tendríamos seguridad jurídica frente a ese aspecto. Hay un colega expositor, que en algunos de los escenarios dice, esto debe aplicarse según sea la persona imputada, si le cae bien, la falta es leve, si le cae mal, la falta es grave, porque desafortunadamente, esos criterios nos dan esa posibilidad de operadores disciplinarios⁹.

Ahora, la Ley 734, con la cantidad de sentencias que trae la Corte, ha permitido declarar inexecutable algunas disposiciones que no pueden ser falta disciplinaria, en el entendido que se sale de la órbita de legislador, ejemplo de ello, el artículo 35 numeral 35 de la Ley 734; el artículo 35, habla de prohibiciones y el numeral 35 dice, *“también se incorporarán a estas prohibiciones las contempladas en la Constitución, la ley y los reglamentos.”* ¿Qué declaró inexecutable la Corte? las palabras *“y reglamentos”*, indicando que eso no puede ser de ninguna autoridad administrativa, que no se puede en un reglamento, fijar prohibiciones porque esas prohibiciones son de reserva legal, sólo pueden ser impuestas por el legislador, mediante una ley y no mediante un estatuto.

En este sentido, encontramos en muchas entidades del Estado que traen resoluciones administrativas prohibiendo cosas, pues esas previsiones no son falta disciplinaria porque se estaría violando el principio de legalidad de juez natural, y solamente serán consagradas aquellas que están en la Constitución y la ley. Así mismo, la Sentencia C-328 del año 2003, de la Corte Constitucional que declara

⁹ Hace referencia al servidor público encargado de tramitar la actuación disciplinaria.

inexequible las palabras “*y reglamentos*” consagrados en el numeral 35 de artículo 35 de la Ley 734 de 2002.

Ahora bien, en la Ley 200 de 1995, también teníamos una disposición amplia en cuanto a las inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses. La ley decía que se entendían incorporadas a este Código las inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses que estén previstos en la Constitución, la ley y los reglamentos; también fueron declarados inexequibles. Si no me equivoco, la Sentencia C-448 del año 1998, declaró que las palabras “*y reglamentos administrativos*” que traía el artículo 42 de la Ley 200 de 1995, al señalar que la administración no podría crear en sus reglamentos, impedimentos, inhabilidades o incompatibilidades pues estos, son de manera exclusiva reserva legal del Congreso de la República¹⁰.

Bueno, la tipicidad constituye el primer ingrediente de la norma que rige la estructura del derecho disciplinario, puesto que la conducta, adicionalmente, es “Ilicitud sustancial”, que es la siguiente estructura, es decir si ya encontramos la falta adecuada en la norma, entonces pasamos a las siguientes estructuras de la Ilicitud sustancial. Para adentrarnos en ellas, debemos referirnos inicialmente a lo que se ha llamado, no solamente, la doctrina y, en la jurisprudencia las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario.

Para tratar el tema de la ilicitud sustancial, conviene precisar que el sustento de la potestad sancionadora del Estado, tratándose de la conducta de personas que desarrollen función administrativa se deriva, de las *relaciones especiales de sujeción* como categoría dogmática superior del derecho disciplinario, que les obliga a soportar unas cargas y obligaciones adicionales, que no tiene todo ciudadano, en la medida en que su responsabilidad en la consecución de los propósitos estatales, tienen origen en la regulación del artículo sexto de la Constitución, que dice, que los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes, mientras que los servidores públicos lo son, por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Ya lo decía nuestro querido doctor José Gregorio Hernández, cuando se refirió a las *relaciones especiales de sujeción* que tiene todo servidor público con el Estado. Esa relación que se crea cuando la persona es nombrada como funcionario público y toma posesión con el famoso juramento, de que va a prestar ese servicio y que conoce la Constitución, la ley y el reglamento; adicionalmente, conoce sus funciones, según el artículo 123 de la Constitución Política.

¹⁰ Se refiere a que es una competencia exclusiva del Congreso de la República de Colombia.

El artículo 123 también señala, que esa vinculación con el Estado está dada en lo siguiente:

“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, los servidores públicos están al Servicio del Estado y de la comunidad, ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares, que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio (Constitución Política de Colombia, 1991).”

Otra disposición que tiene que ver con las *relaciones especiales de sujeción* son los artículos 6º y 123 de la Constitución. La Corte Constitucional, en la Sentencia C-252 del año 2003, sostuvo: *“Cuando estos deberes surgen del vínculo que conecta al servidor con el Estado y como su respeto constituye un medio para el ejercicio de los fines estatales orientados a la realización integral de la persona humana, es entendible que su infracción constituye el fundamento de la imputación inherente al derecho disciplinario”*. Esas relaciones de sujeción también están dadas en algunos principios que deben regir esa función pública. Esos principios no son solamente los contenidos en el artículo 109 de la Constitución, como lo señalaba mi antecesor a esta disertación.

En la función pública hay unos principios como el de igualdad, moralidad, eficiencia, eficacia, imparcialidad, publicidad, también están aquellos que tienen que ver con los fines del Estado en el artículo 2º de la Constitución Política que dice:

“Son fines esenciales del Estado servidor de la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Constitución Política de Colombia, 1991).”

Es decir, los principios de la función pública se han de seguir para efectos de garantizar que esa *relación especial de sujeción* que debe cumplir todo servidor público tenga esas finalidades, consagradas en el artículo 2º constitucional y en el

artículo 209 de la misma disposición (traídos igualmente en el artículo 22 de la Ley 734 de 2002).

La Corte Constitucional señala que la función pública implica el conjunto de tareas y actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines (Sentencia C-631 del año 1996).

Ahora bien, para poder estructurar de manera concreta la Ilicitud sustancial, debemos indicar que esta norma, según criterios precisos de la Procuraduría General de la Nación en su texto “*Ilicitud sustancial*”, del señor Procurador Alejandro Ordóñez Maldonado, señala que, la Ilicitud sustancial está dividida en tres elementos que hay que tener en cuenta para efectos de indicar, si efectivamente, hay Ilicitud sustancial en la conducta.

El primer elemento tiene que ver con los deberes funcionales (i); el segundo con la antijuridicidad (ii), y el tercero, si existen causales de exclusión de responsabilidad (iii), es decir, que el artículo 5º de la Ley 734 de 2002, que señala como principio la “Ilicitud sustancial”, como aquella conducta que afecten el deber funcional sin justificación alguna, debemos señalar entonces que la misma se dé bajo estos tres elementos.

Claro está, si es el último elemento, pues ahí una causa de exclusión de responsabilidad, pues no hay falta disciplinaria, entonces había que mirar los dos, que podríamos, si lo comparamos con el derecho penal; indicaríamos inicialmente, que la violación de derechos funcionales sería la **-antijuricidad formal-** y lo que tiene que ver con la antijuridicidad (violación de los fines del Estado y principios de la función pública), sería la **-antijuricidad material-**, si hacemos esa comparación o símil.

Ahora bien, hablar de deberes funcionales como ya lo mencionamos, es referirnos al cumplimiento de aquellas funciones que están previstas, tanto en el manual de funciones, como en la Constitución, la ley y las órdenes superiores que tengan relación con el servicio dadas a un servidor público, y que cuando se incumplen, está incurriendo en un acto de antijuricidad, es decir, contrario al derecho de manera formal u objetivo.

Sin embargo, la Ilicitud sustancial no se queda solamente en lo objetivo como desafortunadamente, lo hace la Policía en sus decisiones, trayendo a colación la solicitud sustancial que está consagrada en la Ley 1015 de 2006, en donde habla simplemente del deber funcional y de nada más; desconocen así, la jurisprudencia

constitucional y doctrinaria, en este caso, de la Procuraduría, en donde debe indicarse que no solamente es afectación a nivel funcional porque simplemente sería casi repetir la tipicidad sido adicionalmente, el segundo elemento que es la *antijuridicidad material*, haciendo el símil con derecho penal que es, *que ese comportamiento afecte o ponga en peligro los principios de la función pública o los fines del Estado*. Es decir, son las dos normas constitucionales a las que hemos hecho referencia, fines del Estado, artículo 2º constitucional, principios de la función pública, artículo 209 de la Constitución.

Valga la pena hacer una lectura breve del artículo 209:

“La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrollan con fundamento en los principios de: igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad mediante la desconcentración, la delegación y la desconcentración de funciones”
(Constitución Política de Colombia, 1991).

En esta cita, se precisa cuáles son los principios, es decir, que no hay falta disciplinaria si no encontramos que un comportamiento que es típico, que es antijurídicamente formal, es también contrario a derecho, pero que no haya afectado o puesto en peligro alguno de esos fines o funciones del Estado. Deberá entonces, terminarse el proceso o archivarse porque no se constituiría, entonces el segundo elemento de manera integral.

El tercer elemento al que se refiere la Ilicitud sustancial: primero deber funcional, segundo antijuricidad, tercero **que no haya causal de exclusión de responsabilidad**. El artículo 28 de la Ley 734 consagra un catálogo de causales de exclusión de responsabilidad, tiene siete causales: fuerza mayor o caso fortuito, incumplimiento de un deber legal, incumpliendo de la ley de autoridad competente, el error invencible, entre otras.

Hay varias disposiciones incluidas en el artículo 28: *estado de imputabilidad*, que es bastante extraño que esta norma traiga la imputabilidad en grado de antijuricidad, cuando sabemos que la imputabilidad es de carácter de culpabilidad, pero está ahí como una causal y que nosotros los abogados, evitamos en la mayor medida solicitar, como causales de responsabilidad, porque genera un despido posterior.

La norma indica que, cuando se establezca que efectivamente la persona actuó bajo un estado de imputabilidad, deberá darse trámite de ese fallo a la autoridad administrativa correspondiente para los fines que corresponda, y ¿Cuáles son?, pues, que, si la persona es declarada inimputable, hay que sacarla de su cargo, porque no

puede quedarse en la oficina trabajando, si es inimputable. En el caso anotado, es más grave el remedio que la enfermedad; a veces no se hace, a no ser que ya no quede nada que perder. Si se hace cuando ya la persona no trabaja en la entidad, no importaría, de lo contrario es imposible aplicar.

Si no hay causales de inculpabilidad de responsabilidades señaladas en el artículo 28, ya se daría la estructura y ya tenemos tipicidad antijuridicidad formal y material. Y ahora sí, la última culpabilidad. En grado de culpabilidad sabemos, que solamente serán, lo dice el artículo 13 de la Ley 734, que solamente será responsable a título de dolo o culpa *-dolo no está definido en la Ley 734-*. Sin embargo, sabemos que ese dolo tiene dos elementos; uno, cognoscitivo y otro volitivo, conocimiento y voluntad. Si se dan los dos, estaríamos hablando de la existencia de una conducta dolosa.

Y tenemos tres clases de culpa: (i) la culpa gravísima, (ii) la culpa grave y (iii) las culposas, como ya lo hemos señalado. La culpa gravísima y la culpa grave ya están definidas en el artículo 44 parágrafo de la Ley 734 y las culposas, en el Código Penal; así entonces, tendríamos perfectamente, lo que nosotros denominamos la estructura dogmática del derecho disciplinario.

Ahora bien, no podemos olvidar que, en el caso las Fuerzas Militares, que el 4 de agosto del 2017, nació a la vida jurídica, el Código disciplinario militar, es decir la Ley 1862 del año 2017, en esta ley están consagrados los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En el tema de antijuridicidad, *-artículo 57 de esa disposición-* se pone de manifiesto que la conducta será antijurídica cuando afecte sin justificación alguna los siguientes intereses: servicio, disciplina, probidad, fines y funciones del Estado y dejó por fuera, *deber funcional*. En el proyecto de ley que dio origen a la Ley 1862 de 2017, estaba escrita en esa norma, los deberes funcionales, y otra disposición también hablaba de cómo se aplican los deberes funcionales.

Con el tema de conciliación realizada en el Congreso de la República, antes de que se aprobara ese proyecto de ley como Ley 1862, fue retirado del artículo 57 la expresión ***deber funcional***, quedando simplemente unos valores y principios en cuanto antijuridicidad. Y yo pregunto, ¿Cómo se podrá aplicar la antijuridicidad cuando dice también que pueden violar los deberes y prohibiciones, cuando ya dicha figura jurídica retiro de su ordenamiento la posible infracción a deberes funcionales?, porque ellos tienen un catálogo taxativo de faltas leves, graves y gravísimas; pero también “Otras Faltas” que nos remiten a faltas gravísimas que estén consagradas en otras normas.

Pregunto, ¿si hay faltas gravísimas consagradas en otras normas, No sería aplicable la Ley 734 de 2002 cuando tiene el artículo 48 gran cantidad de faltas? Por remisión podría estar ahí y en otras disposiciones que dicen que, no realizar cierto comportamiento constituye falta gravísima, por ejemplo, el silencio administrativo positivo, en materia administrativa y que da destitución.

Es decir, faltas gravísimas se puedan aplicar también, como la violación del régimen de inhabilidades incompatibles, impedimento y conflicto de intereses, consagrados en la Constitución. En la Ley 1862 de 2017, se dedica un catálogo de inhabilidades sobrevinientes; pero faltaron codificar “las incompatibilidades y el conflicto de intereses”. En el proyecto de ley estaban, pero ya en la ley no están, entonces, había que remitirse a la Constitución y a otras leyes; en este caso, diríamos que, para efectos de aplicar, en materia de Ilícitud sustancial en las Fuerzas Militares, tendría que haber tipicidad, que ya está en la normatividad que mencionamos y, en la antijuridicidad, que se llama así en las Fuerzas Militares, y no Ilícito sustancial dice, que se afecten los intereses de servicio.¹¹

En síntesis, tenemos tres requisitos: Servicio, Disciplina, Probidad y, también, Fines y funciones del Estado. ¿Dónde están definidos los fines? ya dijimos hace un momento, en el artículo 2º de la Constitución, y, Funciones del Estado, artículo 209 de la misma norma Superior; es decir, que en materia de antijuricidad las Fuerza Militares tienen que llenar esos tres requisitos.

Finalmente, en la Ley 1862, solamente habla de dolo y culpa; no hay culpa gravísima, ni culpa grave, sólo dolo y culpa. ¿Qué es dolo y culpa? conforme a las normas de revisión de la Ley 1862, nos remitimos al Código penal o al Código Penal Militar. En el Proyecto de Ley Código Penal Disciplinario encontramos, que esos conceptos no están definidos en la Ley 734 ni en la Ley 1862, nos remitimos entonces, al Código penal o, al Código Penal militar.

Ahora bien, ya tenemos entonces la estructura de lo que es la falta disciplinaria en (i) tipicidad, (ii) antijuricidad o Ilícitud sustancial y, (iii) culpabilidad; ahora sí podemos entonces sancionar. Pregunto: ¿Dónde se debe incorporar todo esto para que el servidor público disciplinable se puede defender? Inicialmente, en el pliego de cargos o citación a audiencia, en el caso de la 1862 ya desaparece el procedimiento ordinario, queda simplemente una etapa de indagación y luego, que se evalúe el procedimiento de indagación, pasa inmediatamente a pliego de cargos con citación a audiencia; se acaba el procedimiento ordinario en las Fuerza militares. En la Ley

¹¹ Bueno, y, ¿Qué es servicio? nos remitimos a los principios de la Ley 1862 artículo sexto numeral 11 y 12 que define qué es servicio y qué es disciplina. Ahí están definidos servicio y disciplina; y ¿Qué es probidad? El concepto Probidad Militar está definido en el artículo 8º de la Ley 1862.

734 tenemos dos procedimientos: un procedimiento ordinario, consagrado en el artículo 150 y siguientes, y el mismo proceso verbal, que está reglamentado con la Ley 1474 de 2011.

Por lo tanto, en uno o en otro caso, donde se estructura tipicidad, antijuricidad, y culpabilidad es, en un pliego de cargos y se repite, porque en esa misma secuencia tienen que estar en los fallos de primera y segunda instancia. ¿Dónde se debe hablar de antijuricidad en el pliego de cargos o citación a audiencia? Porque si ustedes ven el esquema del artículo 163 de la Ley 734, por ninguna parte habla de antijuricidad ni licitud sustancial, allí nos habla es de un resumen de los hechos, del comportamiento o imputaciones del comportamiento desarrollado por el servidor, indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar, la adecuación típica donde no van presuntamente unidas y, **concepto de violación**. Ahí entra entonces, el análisis descriptivo de tipo penal y la Ilicitud sustancial o, en el caso de las Fuerzas Militares la antijuricidad.

Cuando nos refiramos a normas presuntamente infringidas, sí hablaremos del concepto de violación y analizaremos estos dos aspectos, tipicidad y antijuricidad, Ley 1862 o tipicidad e Ilicitud sustancial, Ley 734 de 2002; y finalmente, culpabilidad, que es un ítem aparte que está en el Auto de citación a audiencia o, Auto de cargos (ahí se estructura); pero, si en un Auto de cargos con citación a audiencia se omite el requisito de la Ilicitud sustancial o la antijuricidad, ese Auto de cargos es violatorio del derecho fundamental al debido proceso, porque no se instrumentaliza, no se configura lo que necesita la falta disciplinaria, porque no es simplemente tipicidad y culpabilidad, también, reitero, debe incluirse la Ilicitud sustancial.

En el caso de la Policía, he visto bastante negligencia por parte de los operadores en esa Institución, como al formular cargos por ninguna parte aparece analizada la Ilicitud sustancial, la omiten, pero sí la incluyen en el fallo. Yo pregunto, ¿En el auto de cargos por qué no está incluido el tema la ilicitud sustancial?, ¿Cómo hace el sujeto disciplinario para defenderse de algo que no existe en la imputación?, en este caso, del Auto de cargos es evidentemente nulo.

Cuando el ilustre doctor David Roa Salguero era Procurador Regional de la ciudad de Medellín, hizo varios pronunciamientos al respecto. Tengo algunos que logré conseguir y que invoco como una muestra de cómo se decreta la nulidad de un Auto de citación de cargos, de citación a audiencia cuando se desconoce ese deber que tiene el operador disciplinario de incorporar, dentro del esquema dogmático, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad.

Se desconoce el tema de la Ilicitud sustancial o simplemente la mencionan con que el servidor violó la norma, es decir, están repitiendo la tipicidad y no dicen qué principio se vulneró, para que se estructure la figura de la Ilicitud sustancial. Cuando sucede esto, se ha decretado la nulidad de ese Auto de cargos por ausencia de Ilicitud sustancial y en ocasiones, no es la ausencia, sino la falta de complementación, porque, ya dijimos que la Ilicitud sustancial tiene dos elementos: el primero es el formal, que es el desvalor que hay del comportamiento y que se encuentra subsumido en una norma y que es antijurídico; el segundo es la antijuricidad, que es la violación de uno de los principios que contra los fines del Estado y, que no tenga una causa de exclusión de responsabilidad.

De la misma forma, el Procurador General de la Nación, también ha emitido en varios fallos, especialmente en temas de revocatoria directa que señalan la nulidad por ausencia de la antijuricidad, no solamente en el fallo, sino también en el Auto de cargos. A quien le interese, es el radicado es *ius* 2011 3360 85-1 2012 2945 2828, en donde declara la nulidad por ausencia de la Ilicitud sustancial en el Auto de cargos. Igualmente, a quien le interese la revocatoria directa al señor Procurador General de la Nación, radicado SIAP 2012-16 03 11 110 siendo disciplinario de violación Jerson Miranda Ortiz, Subteniente de la Policía Nacional. También el señor Procurador se refiere a esa violación y voy a leer solamente un fragmento que dice lo siguiente:

“Pues bien, los deberes impuestos a los servidores públicos y a los particulares destinatarios de este régimen disciplinario, vienen informado sustancialmente por los principios de moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia.

En consecuencia, cuando la infracción del deber funcional se queda en una enunciación formal, pero el fallo carece de demostración de su incidencia sustancial en cuanto no se aprueba la infracción de aquello con que éste se pretende amparar, la conducta resulta apenas aparentemente ilícita, y, por lo tanto, el hecho punible queda desestructurado.

Deviene de lo expuesto, que en el caso que nos ocupa, a las deficiencias que causa la motivación del fallo, defecto sustantivo, se suma el que la decisión se soportó en la aplicación del derecho, sin contar con el apoyo de los hechos determinables del supuesto legal; es decir, defecto fáctico, pues no basta que la conducta fuera atípica y hubiese la posibilidad de atribuir a título de culpa como lo hizo, sino que también, era menester la demostración de la Ilicitud sustancial de la conducta, en los términos antes analizados. Las

razones que anteceden son suficientes para concluir, que el fallo disciplinario, objeto de revisión debe ser revocado”.

De esta manera, dejo sentado para ustedes lo que podríamos considerar que es la ilicitud sustancial y los remito a una Sentencia de la Corte Constitucional C-452 de 2016, del magistrado Vargas Silva, que en su parte pertinente dice:

“La Ilicitud sustancial, como condición constitucional de las faltas disciplinarias del ejercicio de la función pública, debe estar enfocado al cumplimiento de los fines esenciales del Estado, destacándose los previstos en el numeral segundo del artículo segundo de la Constitución Política. Para cumplir con este objetivo la actividad de los servidores públicos debe guiarse, tanto en los deberes específicos que le imponen a cada empleado el orden jurídico aplicable, como de una forma más amplia los principios generales del ejercicio de la función pública, esto es, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad” (Constitución Política de Colombia, 1991)

Muchas gracias

EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y LA VIDA PRIVADA DEL SERVIDOR PÚBLICO

Doctor David Roa Salguero

Ante todo, sea esta la oportunidad para agradecer a todos los directivos de la Corporación Universitaria Autónoma del Cauca por extenderme invitación a este importante evento académico, que sin duda, marca un especial derrotero en lo relacionado con la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos en Colombia; Y lo digo con autoridad y con firme conocimiento, de que en Colombia no se ha llevado a cabo un evento académico en el ámbito disciplinario, donde se aborde el tema que me ha sido asignado: *El régimen disciplinario y la vida privada del servidor público en Colombia*.

Considero una inmensa responsabilidad tratar tan polémico tema y quienes lo han hecho, saben que uno de los principales debates y polémicas que giran en torno a la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, es que no existen, ni constitucional ni legalmente una línea divisoria que delimite la frontera entre el actuar público y el privado de los funcionarios públicos.

Este es un problema muy actual, incluso desde el año 2008 lo he advertido en una publicación que hice con el colega y amigo, el doctor Héctor Ferrer Leal. La publicación en mención se intitula *Aspectos sustanciales y procesales de la ley disciplinaria*. En la Introducción me refería, a que el derecho disciplinario estaba sancionando conductas de los servidores públicos que no tenían relación directa ni indirecta con su ejercicio funcional o, con el cumplimiento de sus deberes funcionales.

Observemos, que desde el año 2008, seis años después de la vigencia de la Ley 734 de 2002, ya estábamos mencionando la importancia de este tema, por la preocupación que teníamos en el ámbito disciplinario.

Esta preocupación ha crecido, y, sin embargo, los investigadores, estudiosos y académicos de esta área jurídica, no se han detenido a estudiar lo sucedido con la aparición de las redes sociales, llámese Facebook, Twitter e incluso las aplicaciones móviles de WhatsApp, en las que los servidores públicos hacen uso inmanejable de estas redes y de sus aplicaciones desde la órbita privada, con alguna incidencia en su actuar público.

Digamos que este es el bosquejo de la problemática y el panorama actual de esta ponencia, y ¿Por qué es un problema central? porque el núcleo básico de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, pese a la vigencia del nuevo régimen disciplinario de los militares que no incluye esa figura, es el deber funcional y no la incluye, pero, aun así, termina recurriendo a la normatividad disciplinaria general, que es el Código Disciplinario Único. Entonces, si no hay incumplimiento a los deberes funcionales del servidor público, sin estar amparado en alguna causal de exclusión de responsabilidad y que no exista justificación, sin duda estaríamos ante la configuración del ilícito disciplinario.

Más que resolver el problema planteado en la ponencia, voy a dejarles más inquietudes. Es necesario indagar cuáles son las normas constitucionales y legales que regulan el régimen disciplinario de los servidores públicos en Colombia, para subrayar, que muchos investigadores han destacado la importancia del tema disciplinario y del deber funcional como elemento de la ilicitud sustancial, categoría propia y diferenciadora del derecho disciplinario frente al derecho penal, para la configuración de la responsabilidad disciplinaria.

En este sentido, propongo exponer algo muy práctico. He escogido algunas conductas que en la actualidad impactan en la discusión central del tema de esta ponencia.

El artículo 6 de la Constitución Política expone, que los particulares son responsables por infringir la Constitución Política y la ley, mientras que los servidores públicos lo son por esa misma causa y, además, por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, despliega sin duda un ingrediente dogmático desde el ámbito constitucional, para construir el derecho disciplinario como una disciplina autónoma e independiente de cualquier rama jurídica.

Esto sucede porque, a partir de esta disposición constitucional, se han desarrollado doctrinariamente cualquier cantidad de temas y discusiones, de hecho, tuve la oportunidad de ser coautor de un libro intitulado *Relaciones especiales de sujeción en el derecho disciplinario colombiano*.

En esta obra debatimos la relación especial de sujeción. El coautor decía, con toda claridad y validez, que del artículo sexto constitucional no se extrae que haya relación especial de sujeción derivada del principio de responsabilidad jurídica que le asiste a los servidores públicos; y en efecto, de manera expresa no lo dice, sin embargo, podemos demostrar que la responsabilidad de los servidores públicos difiere sustancialmente de la de los particulares, porque, además de responder por aquello que responden los particulares, responden por no hacer lo que les está ordenado y

por hacer más allá de lo que les está mandado legalmente. De ahí se deriva la expresión, *el particular puedo hacer todo aquello que no le esté prohibido, mientras que el servidor público debe hacer todo aquello que le está ordenado, porque si hace más, se extralimita, y si no hace lo que le está ordenado, omite.*

En esa medida podemos decir, que la categoría jurídica de origen alemán, creada en el año 1888 y desarrollada por el *ius publicista* Otto Mayer¹², tiene cabida en un Estado social y democrático de derecho; como aquel vínculo jurídico que une al servidor público con el Estado, y no como dicen algunos destacados doctrinantes, que es el vínculo jurídico que une a una persona con el Estado. No es así, porque hay relaciones generales de sujeción las cuales vamos a analizar; relaciones que están invadiendo las relaciones especiales de sujeción.

En efecto, el artículo 6° de la Constitución Política es de suma valía, porque permite diferenciar el derecho disciplinario del derecho penal. Los particulares que no ejercen función pública, responden por sus actos desde el ámbito penal, mientras que los servidores públicos, además de responder penalmente, también tienen otra serie de responsabilidades que son: la responsabilidad disciplinaria, la responsabilidad fiscal y la responsabilidad patrimonial.

Otro artículo básico para sustentar lo anterior, es el artículo cuarto de la Carta política que precisa, como deber de los nacionales y extranjeros en Colombia, acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades; lo que permite distinguir la responsabilidad jurídica de los particulares de la de los servidores públicos; sin embargo, hay que recordar el artículo 124 superior. Este artículo dice, que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

Así podemos decir, que el derecho disciplinario es una disciplina autónoma e independiente de cualquier rama del derecho, porque tiene fundamento constitucional en la Constituyente de 1991 que estableció, de forma específica, un régimen disciplinario para todos los servidores públicos.

El régimen de los servidores públicos en Colombia no se agota; los artículos 217 y 218 regulan el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares y también de los miembros de la Policía Nacional que, respectivamente, fue desarrollado inicialmente en el año 1995 con la Ley 200, y modificada por la Ley 734 de 2002 que tenemos vigente; y para efecto de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional tenemos

¹² Otto Mayer fue un jurista alemán especializado en estudios de Derecho canónico y Derecho administrativo. Es considerado una de las tres principales figuras del Derecho administrativo alemán.

vigente la Ley 1862 que modificó la Ley 836. Por su parte, para la Policía tenemos la Ley 1015 del año 2006.

El régimen disciplinario es una disciplina autónoma e independiente que tiene un origen constitucional, no es un invento de algunos que destacamos esa autonomía y esa independencia. No desconocemos que se tramita a través de una actuación administrativa y que también se nutre de principios del derecho penal, por aquello de que el debido proceso se aplica, no sólo a las actuaciones judiciales, sino también a las actuaciones administrativas, conforme establece el artículo 29 de la Constitución Política.

La relación especial de sujeción que une al servidor público con el Estado surge del acto de posesión. Cuando el servidor público dice: *juro cumplir fielmente la Constitución Política y la ley*, no está renunciando a sus derechos, está asumiendo una carga adicional frente al resto de las personas. Es decir, está asumiendo la responsabilidad de cumplir los deberes consignados en la Carta Política y en la ley.

Entonces, con el acto de posesión es que se une el servidor público con el Estado, por eso, del artículo 122 de la Constitución Política establece que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, porque el servidor público está obligado a cumplir la ley. Inclúyanse reglamentos, actos administrativos, etc.

Conociendo los principales artículos que destacan el régimen disciplinario en Colombia, -sin que signifique que son menos importantes los artículos 209 superior y otros como el 123, que clasifican a los servidores públicos en Colombia-, pasemos ahora al segundo punto: la importancia del deber funcional como elemento de la ilicitud sustancial.

A propósito de la investigación que está realizando el Semillero de Investigación Estudios Contemporáneos, tema que considero sumamente importante: dice el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 que la falta será antijurídica cuando se afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Este artículo ha generado debate, incluso acaba de salir una obra del profesor John Harvey Pinzón, donde recoge las posturas de varios autores y expone la suya. Básicamente se discute que el artículo 5°, al establecer que la falta es antijurídica, no está desarrollando el principio de antijuridicidad propio del derecho penal.

Sin duda podemos observar en el título de este artículo, que hace referencia a una categoría propia del derecho disciplinario: *ilicitud sustancial*. Allí el autor parte de

unos elementos que conforman la estructura de la responsabilidad disciplinaria y no son básicamente los tres que conocemos, que son tipicidad, ilicitud sustancial y responsabilidad.

El autor dice que la responsabilidad disciplinaria está conformada por cinco elementos:

- Imputabilidad.
- Luego, verificar la conducta,
- que esa conducta sea típica,
- también antijurídica, o inicialmente ilícita;
- y, además, culpable.

Entonces, creo que hay que obviar el paso de la imputabilidad, porque si es servidor público es porque tiene uso de razón para ejercer función pública. De lo contrario, no se hubiera posesionado en un cargo. Lo que sí hay que tener en cuenta es la conducta, porque sin ella no podemos hacer un juicio de tipicidad.

En ese orden, yo me quedaría sólo con cuatro elementos: uno genérico y tres específicos, para la declaratoria de responsabilidad.

Hay que destacar la expresión *deber funcional*. Muchos se limitan al manual de funciones del cargo. De hecho, cuando se llama a un servidor público a un proceso disciplinario, en algunas ocasiones él dice que lo están investigando por algo que no está en el manual el de funciones. Pero olvida que en la Constitución y en la ley también hay unos deberes funcionales para los servidores públicos. Y otra más elemental: en el último numeral de los manuales de funciones se dice, *las demás que el superior o jefe le asigne*. Allí entra absolutamente todo.

Sin embargo, ese deber funcional recoge, a partir de la relación especial de sujeción, temas relacionados con el comportamiento oficial. En alguna oportunidad, siendo yo Procurador en el departamento de Caquetá, tuve que investigar a un alcalde, que, durante el fin de semana, en el municipio donde ejercía su labor, estuvo tomándose unos tragos e hizo unos disparos hacia las sedes de la Fiscalía y de la Policía Nacional. Uno creería que el alcalde deja de ser servidor público cuando se retira de su despacho, o cuando sale de su escritorio. Pues no, durante el fin de semana el alcalde sigue siendo la primera autoridad de policía, según la Ley 136 de 1994 y la relación de sujeción lo cobija donde quiera que se encuentre.

Así las cosas, podríamos concluir que el deber funcional recoge mucho más allá de los deberes consignados en forma específica en un manual de funciones, o que la ley señala para determinado cargo.

Otro ejemplo: dos funcionarios judiciales, un fiscal y un juez que habían tenido algunos roces o enfrentamientos durante audiencias del sistema acusatorio, cuando iban llegando a un despacho judicial solamente había un parqueadero; sabemos que, para parquear, hay que avanzar el vehículo un poco hacia delante. Cuando uno de ellos intentó hacer esta maniobra, el otro llegó por detrás y entró de frente al parqueadero. Eso fue la gota que rebosó la copa, y encorbatados se fueron a golpes y a puños, próximos a ingresar al estrado judicial.

Uno creería que esa conducta, desde el punto de vista disciplinario no sería enjuiciable; sin embargo, los funcionarios judiciales tienen unas cargas adicionales, diferentes al resto de los servidores públicos: ellos representan la majestad de la justicia. Estamos hablando de unas cargas adicionales serias y aunque se piense que nada tiene qué ver esta conducta con su ejercicio funcional, estos funcionarios terminaron siendo sancionados por el Consejo de la Judicatura.

Otro ejemplo, para ilustrar el tema de las relaciones de sujeción y que tiene que ver con el nexo causal entre la conducta del servidor público y la responsabilidad disciplinaria: en un pueblo muy pequeño, una señora notaria que casó a una pareja fue invitada por el novio a la fiesta de la boda. Ella inicialmente se opuso y finalmente terminó yendo. Durante el festejo, la notaria terminó un poco embriagada, “hubo química” con el personaje que había casado y terminaron en un encuentro sentimental, lo cual generó lo que ustedes ya se imaginarán. Ella, a pesar de encontrarse en un escenario privado que nada tenía que ver con sus funciones, terminó siendo sancionada por la Superintendencia de Notariado y Registro, porque si no hubiera casado al novio, ella no lo hubiera conocido y no hubiese actuado de esa manera.

Estos casos demuestran que es muy difícil delimitar una frontera entre el actuar público y privado del servidor público. Llamó mi atención lo que dijo aquí el profesor José Gregorio Hernández, que cuando el actuar de la persona trasciende a lo público sí hay responsabilidad. Pero cómo determinamos eso en la práctica, no hay suficiente claridad para establecer cómo el comportamiento traspasa la frontera de lo privado a lo público. No hay un parámetro legal ni constitucional que le permita a la autoridad disciplinaria delimitar esos términos. Y por esa razón es que hay una cantidad de decisiones que en algunas ocasiones terminan siendo inauditas, inadmisibles, e incluso hasta ilegales.

De otra parte, se destaca que el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 determina, que el incumplimiento injustificado establece la responsabilidad de los servidores públicos en Colombia, no otra cosa.

El deber funcional recoge un conjunto de obligaciones legales y constitucionales a cargo del servidor público, derivadas de ese vínculo que lo une con el Estado, las denominadas *relaciones especiales de sujeción*¹³, una figura con la cual muchos no están de acuerdo, que sea considerada una categoría superior en el derecho disciplinario.

Difiero de muchos doctrinantes y fallos de la Procuraduría, incluso de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, en cuanto a que el incumplimiento del deber funcional no afecta los fines del Estado. Es que la discusión sobre la protección del derecho disciplinario genera polémica, si protege o no un bien jurídico; y aquí, me aparto un poco de la ponencia de mi amigo y colega Silvio San Martín, que dice que sí hay un bien jurídico tutelado, que es el de la función pública. Yo no lo llamaría así, pues los bienes jurídicos se refieren al conjunto de presupuestos existenciales de la autorrealización humana, es decir, guardan relación directa con el ser humano; luego, la función pública no hace parte de la autorrealización humana, es un bien abstracto compuesto por una serie de principios. Y es lo que durante los últimos años se ha definido como *lo que protege el derecho disciplinario*.

El derecho disciplinario salvaguarda el artículo 209 de la Constitución Política; por ejemplo, si un militar comete un homicidio en persona protegida, habrá una conducta típica; y para analizar la tipicidad acudimos al artículo 209 donde podemos hacer el análisis de la afectación de esa conducta. Ninguno de esos principios se ve afectado con un comportamiento como éste, pero allí se afecta la vida, un derecho fundamental.

Mi tesis es que el derecho disciplinario protege los fines del Estado, nada más. Porque las autoridades están instituidas para proteger la vida y garantizar la efectividad de los derechos y los principios, incluidos los de la función pública. Decir que el derecho disciplinario protege el deber funcional es absurdo, porque el deber funcional es un medio para configurar la ilicitud sustancial y así estructurar la responsabilidad.

En esa medida, podemos concluir que, dependiendo del incumplimiento de este deber funcional es que se estructura la ilicitud sustancial, de tal manera que, verificada la afectación a un fin del Estado, se deduce que se estructuró la ilicitud sustancial.

¹³ Las relaciones de sujeción especial y general, son unos vínculos estrechos entre una persona y el Estado (Gil García, Raúl Hernando, & García Coronado, 2009).

Muchos me dirán ¿Cómo estructurar la ilicitud sustancial a partir de la afectación de los fines del Estado? Sencillo: si allá se dice que se debe garantizar la efectividad de los principios contenidos en la Constitución, entonces voy al artículo 209 y verifico cuál fue el principio de la función administrativa que resultó efectivamente vulnerado. Ese es mi argumento central frente a la afectación del deber funcional y la estructuración de la ilicitud sustancial, para traer como ejemplo las conductas privadas que podrían dar lugar a responsabilidad disciplinaria desde el ámbito público.

Aquí se habló de la ley de los militares, norma que resalta la preocupación que traigo: el derecho disciplinario va a terminar sancionando conductas privadas de los servidores públicos.

Fíjense lo que protege la ley frente al desempeño de los militares: el artículo 1° (Ley 1862 de 2017) regula el deber fundamental del militar:

Es deber fundamental del militar por su honor, la disposición permanente para defender a Colombia, incluso con la entrega de la propia vida cuando sea necesario, cumpliendo la Constitución Política, las leyes y los reglamentos, respetando los preceptos, principios, valores y virtudes inherentes a la carrera militar.

Esto ya está saturado de concepto jurídico indeterminado, que le permite a la autoridad disciplinaria, en cualquier momento, responsabilizar a un militar por capricho o por interpretación subjetiva.

El artículo 8° de la misma ley, define la probidad militar: *Todos los miembros de las Fuerzas Militares deben ajustarse a la disciplina, principios, valores y virtudes militares que hacen parte de la condición militar*". Seguidamente define cada una de cada uno de estos conceptos jurídicos indeterminados. Por ejemplo, en el artículo 3° habla de la disciplina militar: *"es el conjunto de normas de conducta que el militar debe observar en el ejercicio de su carrera condición esencial para la existencia de las Fuerzas Militares"*.

Valores militares, artículo 6°: *"se constituyen el conjunto de creencias construidas de forma colectiva que sustenta la organización y actividades que adelantan las Fuerzas Militares. Son valores, entre otros, los siguientes..."*. Estos especifican o enlistan unos valores para efectos de determinar la responsabilidad disciplinaria de los militares: en el punto número 3 del artículo dice: *"solidaridad, actuación humanitaria ante situaciones que pongan en peligro la vida, la paz, el orden y la seguridad de los colombianos, fomentando la cooperación ciudadana"*.

Independientemente de que el militar esté o no uniformado, de alguna manera tiene ese deber. Lo que podemos denominar una *relación de sujeción especial intensificada* frente al resto de los servidores públicos.

Familia: es el concepto que más llama mi atención: “*el equilibrio de las relaciones familiares satisface las necesidades básicas del militar de sentirse protegido, amado y confiado para encontrar la realización personal institucional*”. Ya estamos ante una serie de valores personales, familiares, privados, para categorizarlos como el fundamento de la responsabilidad disciplinaria de los militares.

Otro punto: “*Abnegación: renuncia voluntaria a todas las pasiones, comodidades y gustos, cuando quiera que ellas se interpongan al cumplimiento del deber*”. Es decir, que si en cumplimiento de su deber, a una integrante de esta institución le gusta algún chico, debe primar el cumplimiento del deber sobre esa pasión, que puede tener respecto de su comportamiento.

Entonces aquí, los derechos personalísimos, o los derechos subjetivos como persona, ceden frente al cumplimiento de esas obligaciones que se derivan del rol militar.

Aquí tenemos la definición de virtud militar: “*constituye virtud militar la disposición para hacer lo que es bueno y aceptado institucionalmente en la carrera de las armas*”. ¿Qué es lo bueno y aceptado constitucionalmente? “*Son entre otras las siguientes y se entenderán así. “Comportamiento intachable e irreprochable, tanto en su conducta profesional como personal” (Ley 1862, 2017).*

Aquí estamos ante un problema, porque las relaciones generales de sujeción están invadiendo las relaciones especiales de sujeción. Es decir, el Estado mismo, o el régimen disciplinario estatal se están entrometiendo en la vida privada del servidor público, independientemente de que tenga una relación de sujeción especial intensificada, o estandarizada, como se le ha denominado también por algunos doctrinantes. Estamos penalizando el derecho disciplinario.

Y es que la reforma al Código Disciplinario Único también tiene un tinte penalista del derecho disciplinario. Muchos cuestionan que el derecho disciplinario no es derecho penal, pero terminan exponiendo unas ideas penalistas en las modificaciones legislativas.

Igual sucede con la Ley 1015 de 2006, que tiene una relación de sujeción especial intensificada, menos que la de las Fuerzas Militares, es atenuada, pero que también impacta en mayor medida al resto de los servidores públicos.

Aquí finalizo con algunas conductas que inciden en la vida privada del servidor público, traje tres ejemplos.

Una, el incumplimiento reiterado e injustificado de obligaciones civiles, laborales, comerciales o de familia, impuesto en decisiones judiciales o admitidas en diligencia de conciliación. Si yo contrato a tres empleadas domésticas durante un tiempo determinado y ellas me denuncian ante la Inspección del Trabajo por no pagarle prestaciones sociales y concilio con ellas, *“¿Ustedes se imaginan que yo tenga que responder disciplinariamente por esa conducta?”*.

Entonces vamos a terminar siendo responsabilizados porque si estoy sentado en mi apartamento y un perro pasa y me llena de baba la pierna, yo le meto una patadita. *“¿Por esa razón voy a terminar responsable disciplinariamente?”* Alguien me dijo: - *“sí, porque el maltrato animal es delito”*. Sí, es delito, pero no hay falta disciplinaria. - *“Sí, pero tú eres servidor público”*. Terminaríamos siendo responsables disciplinariamente por conductas estrictamente privadas.

Es reprochable, desde todo punto de vista legal, vincular a una empleada de servicio sin pagarle su seguridad social ni su prestación social, o pagarle menos del mínimo. Pero de ahí a que ese acuerdo de una decisión que surgió en el ámbito privado, termine en la Inspección del Trabajo dando lugar a responsabilidad disciplinaria en la entidad donde yo trabajo, me parece absurdo.

En palabras de la Corte Constitucional, el servidor público debe ser ciudadano ejemplar. Sí, eso es cierto; pero es que el artículo 5° establece que lo que lo que se reprocha en el ámbito disciplinario es el incumplimiento del deber funcional, no cualquier conducta.

El profesor José Gregorio Hernández Galindo salvó voto a la Sentencia C-728 de 2000, que estudió ese comportamiento en la Ley 200 de 1995, reproducido en la Ley 734 en el artículo 35 numeral 11, examinado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-949 de 2003.

Otra conducta: *“consumo en el sitio de trabajo de sustancias prohibidas, que provocan dependencia física o psíquica; asistir al trabajo en tres o más ocasiones en estado de embriaguez, o bajo el efecto de estupefacientes”* (Ley 734, 2002). Esto hay que analizarlo con sumo cuidado, en primer lugar, porque la Corte Constitucional, en Sentencia C-252 de 2003, declaró exequible la expresión del tipo disciplinario *en lugares públicos*, porque debería ser, siempre y cuando afectara el ejercicio de la función pública.

No es lo mismo que un profesional universitario de la entidad pública “X”, antes de la vigencia del decreto 1844 de 2018 -que regula la provisión de la dosis mínima- se fumara un porro de marihuana en la calle, a que se lo fume el Ministro que ponía de ejemplo el profesor José Gregorio. La responsabilidad también depende de los niveles y de las categorías de los servidores públicos.

La Sentencia C-252 de 2003 se encuentra vigente; y no siempre esa conducta se castiga como falta disciplinaria, porque en la misma sentencia se dijo que podría ser grave si se acudía en dos ocasiones, o en una sola ocasión, al lugar de trabajo bajo efecto de estas sustancias. Pero hay que analizar también esa conducta frente a lo que la Corte Constitucional dijo en la Sentencia C-636 de 2016, que declaró exequible el numeral 2° del artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo, en el entendido de que la prohibición de la embriaguez sólo se configura cuando el consumo de alcohol, narcóticos, o cualquier otra droga enervante, afecte de manera directa el desempeño laboral del trabajador.

En analogía con esta sentencia: si el servidor público llega en estado de embriaguez, pero hace su trabajo impecablemente, cumple con sus deberes funcionales, ¿Cómo responsabilizarlo disciplinariamente, si no está afectando ningún fin del Estado, o algún principio de la función pública? Esa sería una conducta estrictamente privada.

Hasta el año 2009 estuvo vigente un tema disciplinario similar, que interfería en ese límite difuso entre lo público y lo privado; era el numeral 9° del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, que establecía que estaba prohibido para todo servidor público ejecutar actos que atenten contra la moral y las buenas costumbres.

Yo demandé esta norma y la Corte Constitucional la declaró inexecutable en sentido de que lo que es inmoral para uno, puede no serlo para otro. Y ¿qué es *buenas costumbres*? ¿Qué es *inmoral*? En la actualidad no hay fundamento jurídico para sancionar y castigar conductas que merecen reproche, por ejemplo, tener relaciones sexuales en las oficinas públicas, lo cual ha sido difícil de tipificar, porque esta norma fue declarada inexecutable.

Como último comportamiento traigo a colación el uso de WhatsApp y de redes sociales. En Bogotá, el ex director para Asuntos Disciplinarios, en alguna ocasión utilizó su Twitter un sábado por la noche, después de compartir con su familia y le dijo cualquier cantidad de cosas a una veedora distrital. Por esa razón lo investigaron disciplinariamente y terminó sancionado en primera instancia por la Personería de Bogotá. Pero fue absuelto por la Procuraduría General de la Nación, porque el mensaje fue dirigido a quien no guardaba relación con su ejercicio funcional. Ese

comportamiento puede dar lugar a una responsabilidad penal, si es injurioso o una calumnia, pero desde el punto de vista disciplinario no guarda relación con la función.

Esto dio lugar a que, en el año 2017, publicara un libro en compañía del colega y amigo Mario Daza, titulado *Deber funcional y libertad de expresión. Un diálogo sobre la responsabilidad del servidor público*, porque la utilización de estas redes sociales se ha convertido en un foco de responsabilidad disciplinaria.

En algunas ocasiones sí tiene sentido, por ejemplo: yo no puedo tener una cuenta de Twitter o de Facebook donde ventilo información reservada a mi cargo, aún sí no me he identificado como servidor público en la cuenta. Eso me podría generar responsabilidad, porque es de conocimiento público la actividad que yo estoy publicando y que solamente está a cargo del despacho bajo mi responsabilidad.

Otra responsabilidad se puede generar en la utilización de grupos de WhatsApp, por ejemplo, con un grupo de trabajo donde hay representantes de los jefes, y se hace un comentario que puede incidir en el ambiente laboral y generar responsabilidades, no en todos los casos.

La Corte Constitucional en la Sentencia T-517 de 2017 dijo que esos grupos de WhatsApp son un espacio semi-privado¹⁴; que lo que se diga puede ser conocido por los empleadores o jefes, lo cual podría dar lugar a responsabilidad disciplinaria.

Yo me aparto de esto porque, a menos que no tenga relación con la función, ni afecte el entorno laboral, no podría generar responsabilidad disciplinaria. Algunos de estos comentarios pueden afectar al entorno, constituir acoso sexual o laboral por parte del servidor.

En conclusión: como quiera que a la luz de la doctrina y la jurisprudencia, la expresión *deber funcional* es un concepto que recoge todas las posibilidades de falta disciplinaria consignadas en el artículo 23 de la Ley 734 de 2002, donde se incluye la orientación del servidor público hacia el modelo de buen ciudadano, y en la actualidad no existe un límite claro entre el actuar privado y público del servidor estatal; su reproche queda en manos de una razonada valoración de la autoridad disciplinaria, lo cual, a mi juicio es inaceptable, porque algunos lo hacen de forma caprichosa. Estamos dejando el derecho disciplinario a cargo de la autoridad disciplinaria y no debería ser así. Deberíamos respetar el principio de legalidad. Muchas gracias.

¹⁴ Se encuentran en el límite entre una conducta de la esfera privada y una conducta de la vida pública.

Segundo Panel de Preguntas

1. *¿Cuál es el límite de las relaciones de sujeción con respecto a los niños de la Fuerza pública, con el fin de que las influencias de los superhéroes no afecten en las decisiones disciplinarias?*

R/ La Ley 1862 consagra cuáles son las diferentes faltas en que en que pueden incurrir los miembros de las Fuerzas Militares. Algunas disposiciones se refieren a órdenes superiores que, al no cumplirlas o realizarlas de otras de manera irregular, constituye falta disciplinaria.

La estructura de las Fuerzas Militares tiene injerencia, no solamente en las decisiones de carácter administrativo, sino también disciplinario. Cuando no hay elementos que estructuran una falta disciplinaria y se da la orden de sancionar, esa decisión debe rechazarse; puesto que, si el operador disciplinario competente toma una decisión contraria al derecho, sólo por darle gusto a un superior, él responderá después, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según el artículo 90 de la Constitución que señala que esa responsabilidad que tienen los servidores públicos por sus actos antijurídicos.

2. *¿Se amplió el deber funcional a un aspecto moral?*

R/ No. El artículo 5 de la Ley 734 del 2002 está vigente. El servidor público responde solamente si su conducta es antijurídica, si afecta el deber funcional, no inmoral, si no está amparado en las causales de exclusión de responsabilidad del artículo 28 de la Ley 734, que es la responsabilidad jurídica. De hecho, por eso fue declarado inexecutable el numeral 9 del artículo 35, porque lo que puede ser inmoral para ti puede no serlo para mí, es un criterio subjetivo.

3. En la Policía los superhéroes de esta entidad exigen a sus miembros que haya un número de resultados que evidencien su actuar mes a mes, si no se dan estos resultados por parte de los policías *¿Debe considerarse como afectación al deber funcional o considerarse como un llamado correctivo?*

R/ La Fuerza pública tiene una estructura jerarquizada de mandos, se dan órdenes para su cumplimiento. Pero esas funciones no pueden ir por encima del principio de legalidad y de presunción de inocencia y demás principios que están consagrados en el artículo 29 constitucional. Si se da una orden y no se puede cumplir por alguna razón, estaríamos simplemente en que no hay conducta disciplinaria, y si se adelanta investigación porque no se ven resultados que no se podían producir, pues se estaría cometiendo una arbitrariedad.

Recuerden que eso fue lo que originó los famosos falsos positivos en el caso de las Fuerzas Militares en el entendido de que, si se pedían resultados positivos, tenían que darse esos resultados.

4. En la Policía se presenta comúnmente, que muchos uniformados se hacen tatuajes en diferentes partes del cuerpo; aunque esta visión está enmarcada en el libre ejercicio de la personalidad. *¿Usted considera que el funcionario incurre en falta disciplinaria?*

R/ Bueno hasta donde tengo conocimiento, la Ley 1015 y la Ley 734 de 2002 prohíben que los miembros de la Fuerza pública en general se hagan tatuajes en el cuerpo o no sé, si también ya le prohibieron que tengan novia o esposa; sin duda, eso ya es una intromisión del Estado en la vida privada del servidor público, porque cada quien puede hacer con su cuerpo lo que considere, siempre y cuando su actuación esté en su actuación enmarcada en los lineamientos legales y constitucionales; entonces, decidir si me hago un tatuaje es algo estrictamente privado y en realidad no tiene alguna incidencia en la función pública.

Hay comportamientos que validan esa pregunta por algo muy sencillo, porque, aunque parecen estrictamente privados, de alguna manera sí inciden en la función pública. Por ejemplo, sentarme con el uniforme de la Fuerza pública a tomarme unos tragos en una cantina, sin duda afecta la función pública, estar en un lugar de lenocinio con el uniforme, también es un acto reprochable desde el ámbito disciplinar.

Encontramos algunos temas puntuales que afectan la relación entre de lo privado y lo público que vale la pena mencionar: disciplinariamente no veo una conducta prohibida, pero administrativamente sí. Porque recuerden, que es un cuerpo uniformado y la palabra *uniformado* no es solamente su vestido, sino también, se considera que todo el mundo es igual.

Cuando una persona se hace un tatuaje en la frente o se pone un piercing, y si es un policía, ¿quién le presta atención de autoridad con esa condición? entonces, es posible que para el libre desarrollo de la personalidad como un derecho fundamental lo puede hacer, pero administrativamente, no tendría que estar en la Institución, porque estaría vulnerando normas administrativas sobre la uniformidad e imagen institucional, igualmente, para los integrantes de la fuerza la Fuerza militar.

Considero que no sería falta disciplinaria, pero sí puede dar lugar a situaciones administrativas que podrían derivar en correctivos.

5. Los territorios indígenas como entidades territoriales carecen de regulación y aplicación disciplinaria, *¿En qué medida intervienen los Procuradores ante eventuales faltas de las autoridades indígenas administrativas pensando más que incurrir en conductas de escándalo social y trascendiendo a responsabilidad penal?*

R/ No es cierto que no tengan regulación disciplinaria por parte de la Procuraduría. Conforme el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, destinatarios de la ley disciplinaria son los siguientes: los servidores públicos, aunque se encuentran retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del libro 3° de este Código; así, los indígenas que administran recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código. Sin embargo, hay dos Sentencias de la Corte Constitucional, E-151 del 2003 y la C-694 de 2003, que ordenó ajustarse a lo resuelto en la Sentencia C-127 de 2003, que es la primera que menciona la exequibilidad de esta norma, declaró exequible ese cargo, en el entendido de que los indígenas deben estar capacitados para el manejo de recursos públicos, si no ha sido así, no son sujetos disciplinares.

6. *¿Puede haber traslado del acervo probatorio de un proceso penal administrativo u otro, a un proceso de responsabilidad disciplinaria?*

R/ Sí puede haber traslado, pero tiene unos requisitos, recordemos que la Ley 1474 de 2011 señala la posibilidad de solicitar traslado de actividad probatoria que está en un proceso penal al disciplinario, lo que tiene regulación específica. Sucede que lo que hace la Fiscalía no es prueba, son elementos materiales probatorios y evidencia física que no ha sido controvertida.

¿Cuándo es que se controvierten esos elementos y se convierten en pruebas o elementos materiales probatorios y evidencia física? cuando son llevados a juicio, es decir, que serían entendidas como prueba, aquellas que ya en juicio se trasladan al proceso disciplinario y como tal son trasladadas. Si lo que trasladamos son elementos materiales probatorios y evidencia física del proceso penal que adelanta la Fiscalía, son simplemente elementos materiales que, en el caso del proceso disciplinario, tendrán que ser debatidas con inmediatez de la prueba, contradicción y defensa; de lo contrario, no podría convertirse en prueba.

Ahora bien, en otras actuaciones de carácter sancionatorio donde hayan pruebas y se alleguen al proceso disciplinario de manera trasladada, para que tengan validez hay que garantizar el principio de publicidad, contradicción y defensa, -llámese proceso de responsabilidad fiscal, proceso civil donde se tengan pruebas que se han practicado, etc.

Cualquiera que esté ante una autoridad donde se haya debatido, son pruebas; lo que no se haya debatido, simplemente no son prueba. Por ejemplo, las diligencias de informes y recolección de entrevistas que hace la Policía judicial, no son pruebas. Para que se conviertan en pruebas hay que debatirlos en el proceso, si no es así, solamente es el traslado de unos elementos que hay que controvertir.

7. *¿Cómo se puede encuadrar la ilicitud sustancial por presentación de un título falso para posicionarse en un cargo público?*

R/ Esta conducta involucra un comportamiento penal; sin embargo, en materia disciplinaria contamos con dos tipos de faltas que pueden encuadrarse en ese comportamiento. Uno como prohibición, y otro como falta disciplinaria gravísima.

El numeral 56 del artículo 48 dice que proporcionar dato inexacto con el fin de obtener asenso o posicionarse en un cargo, ideológicamente es falso. En primer lugar y atendiendo al principio de especialidad que trae la nueva modificación que se hizo al Código Disciplinario Único, según la tesis del principio de especialidad es falta disciplinaria gravísima, a pesar de que hay una norma consagrada como prohibición y que puede tipificarla como falta grave.

Ahora bien, para efecto de la ilicitud sustancial, acudo al artículo 209 de la Constitución Política. Obviamente, con ello se está afectando el principio de moralidad pública, consagrado en el artículo 209 y que sin duda afecta un fin del Estado.

Recuerden que dentro de los fines del Estado está garantizar la efectividad de los principios contenidos en la Constitución, uno de esos principios es el de moralidad, que debe cobijar todo proceder de un servidor público, porque se afecta la moral pública, desde el ámbito de la función administrativa, que un servidor público aporte un dato inexacto, que no sea real, que sea espurio y que de alguna manera llegue a la función pública y ejerza dicha función afectando este principio, con el aporte de una documentación falsa.

Pero esto, también trae un problema que surge de la relación de sujeción especial, y es que se argumenta que, cuando aporta la documentación, todavía no tiene la condición de servidor público. Resulta que lo que protege y ampara ese tipo disciplinario es, precisamente, que esa persona no acceda a la función pública con documentación falsa. Si nunca se posesiona, no pasa absolutamente nada, pero si se posesiona, obviamente ya adquiere la condición de servidor público y se adquiere ese vínculo jurídico denominado *relación de sujeción especial*; por tanto, se estaría

materializando o configurando de forma completa el ilícito disciplinario y ya vendría un análisis de culpabilidad que debe ser dolosa.

En materia de tipificación de esta clase de conductas, hay dos normas en la Ley 734, que son la 48 numeral 56 y la 35 numeral 12; sin embargo, los operadores disciplinarios a veces omiten esas dos disposiciones y se van al 48 numeral 1, y traen la norma penal como de remisión, es decir el 48 numeral 1 es una norma en blanco y se llena con Código Penal. Se trae esa disposición, pero adicionalmente, con ese comportamiento, a veces se configura otra clase de delito que es el fraude procesal, porque con ese documento falso se crea un acto administrativo; por lo tanto, se está configurando un fraude procesal que se tipifica, como lo señala el Código penal, cuando se utilizan argucias o en ese caso documento falso o ideológicamente falso.

Este acto administrativo se desplaza en el tiempo, y hablaríamos de caducidad y prescripción, porque en el caso de la simple falsificación se empezaba a contabilizar el término, y eso porque los operadores disciplinarios que tipifican esa conducta, como por ejemplo, tomar posesión una sola vez y si esta posesión ya lleva más de cinco años, caduca y la conducta desaparece; sin embargo, sí quedaría entonces la adecuación del fraude procesal, porque el término de prescripción del fraude procesal sólo empieza a correr cuando cesan sus efectos.

Hay otros operadores que son mucho más peligrosos, que no hablan solamente de la falta disciplinaria por falsedad, sino, igualmente, el concurso con fraude genera incremento patrimonial no justificado; es decir, como servidor público percibió unos honorarios que no merecía. Lo lógico sería aplicar la norma más favorable y no la más grave, eso viola el principio del *pro homine*, más favorable al hombre.

Muchas gracias.



SELLO EDITORIAL
UNIAUTÓNOMA DEL CAUCA

*Facultad de Derecho
Ciencias Sociales y Políticas*