UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO SANCIONATORIO

EN TRATÁNDOSE DE VALORACIÓN DE CONDUCTAS DE FUNCIONARIOS JUDICIALES, EL DERECHO JURISDICCIONAL DISCIPLINARIO INCURRE EN RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Ana Cenuvieth Correa Sarmiento
Código: 3200464
Asignatura: Investigación II
Profesor: Dr. Ricardo Arturo Ariza

Bogotá D.C., noviembre 24 de 2016

EN TRATÁNDOSE DE VALORACIÓN DE CONDUCTAS DE FUNCIONARIOS JUDICIALES, EL DERECHO JURISDICCIONAL DISCIPLINARIO INCURRE EN RESPONSABILIDAD OBJETIVA

RESUMEN

Una de las áreas del derecho sancionatorio es el derecho disciplinario, el cual abarca a su vez dos enfoques, uno de carácter administrativo y el otro jurisdiccional, este último es el encargado de investigar el comportamiento de funcionarios judiciales y de abogados en el ejercicio de la profesión. En este artículo se determinarán las razones por las cuales se presenta una responsabilidad objetiva en el derecho jurisdiccional disciplinario al momento de evaluar las conductas cometidas por funcionarios judiciales, así como las consecuencias del no análisis de la ilicitud sustancial, para luego entrar a proponer una salida al problema, dejando el tema abierto a debate, en atención a que sobre el mismo, en lo académico, es poco lo que se ha deliberado.

Palabras claves: Legalidad, tipicidad, antijuridicidad, ilicitud sustancial, culpabilidad, funcionario judicial, responsabilidad objetiva.

ABSTRACT

One area of the punitive administrative law is the disciplinary law which covers two approaches, one administrative and the other judicial, the latter being in charge of investigating not only the judicial officer's conduct, but also the attorneys' behavior in the exercise of their profession. The reasons why the strict liability exists in the disciplinary jurisdictional right when investigating conducts committed by judicial officers and the consequences of not analyzing the substantial unlawfulness will be determined in this article. Finally, bearing in mind that there

has been a little deliberated in the academic sphere, we make a proposal about how to solve that problem, leaving the issue open to debate.

Keywords: Legality, criminality, illegality, substantial unlawfulness guilt, judicial officer, strict liability.

METODOLOGÍA

La metodología de investigación aplicada es la hermenéutica crítica, por cuanto se realiza un análisis interpretativo de la dogmática determinada para la valoración de la conducta desplegada por los funcionarios judiciales inculpados de transgredir deberes funcionales.

I. INTRODUCCIÓN

El vínculo que se genera entre el Estado y sus servidores públicos constituye Relaciones Especiales de Sujeción, debido a que la atribución de una función pública determina para aquel la facultad de exigirle a tales sujetos el cumplimiento adecuado, oportuno, correcto, de deberes y obligaciones funcionales, a efecto de garantizar el buen funcionamiento de la entidad a la que se encuentren vinculados.

Dicha facultad opera en el ámbito del derecho disciplinario como la potestad sancionadora del Estado, derivada del control que debe ejercer sobre sus servidores, quienes, en este escenario, adquieren la calidad de sujeto activo cualificado.

En el estudio y análisis de la evolución de las Relaciones Especiales de Sujeción, el tratadista MEJÍA OSSMAN hace referencia a los diversos puntos de vista de académicos del derecho disciplinario, dentro de los que se destaca el

concepto ofrecido por el doctor JOSÉ RORY FORERO SALCEDO, por la manera como las integra, quien las define así:

> *"a. Aquellos nexos o vínculos estrechos, duraderos y efectivos, que existen entre la Administración Pública y los servidores estatales, esto es, funcionarios y particulares que prestan funciones públicas, dada su acentuada dependencia respecto de la misma; y en tanto relaciones jurídicas, flexibles, funcionales, juridificadas y constitucionalizadas facultan a aquella en el marco de un Estado Constitucional, social y Democrático de Derecho, para exigirles el cumplimiento de sus deberes funcionales y demandarles en caso de infracción pero previa garantía de un debido proceso, la responsabilidad que su calidad conlleva, por inobservancia de los valores y principios derivados de la ética del servicio público, en aras de garantizar un fin preciso: la efectividad y excelencia de la Administración.*
>
> *b. En contrapartida, otorgan a estos colectivos por el estatus especial en que los ubica, la posibilidad de tutelar el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, acorde con unas claras reglas de juego estipuladas en el Derecho disciplinario, sin duda su exteriorización más radical, que al tener una naturaleza autónoma, busca de una parte, prevenir, regular, controlar y sancionar el injusto disciplinario y de otra, conciliar la tensión constitucional generada en la dinámica y vicisitudes de la función pública, entre la potestad disciplinaria, como manifestación inequívoca de la categoría dogmática en comento, y el respeto escrupuloso de sus derechos y libertades fundamentales en cuanto solamente pueden ser limitados conforme a los siguientes requisitos: necesariedad, razonabilidad, proporcionalidad y autorización expresa de la Constitución o la ley en*

> *acatamiento de la garantía de reserva de ley por el principio de legalidad."* (Mejía Ossman, 2014)[1]

De todas maneras, esa potestad sancionadora no puede desconocer los principios constituidos como base fundamental de la función administrativa al servicio de intereses generales, determinados por el artículo 209 de la Carta Política, a saber, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. En referencia a este tema, afirma el profesor GÓMEZ PAVAJEAU, en su obra Dogmática del Derecho Disciplinario (Gómez Pavajeau, 2011)[2]:

> *"Como tal entonces debe configurarse el derecho disciplinario, pues el fin a lograr solo puede ser asegurado a través de la imposición de deberes que resulten funcionales al cometido de un Estado social y democrático del derecho (art. 1° C.N.)"*

Esto en el entendido que el derecho disciplinario se erige como el instrumento utilizado por la administración para garantizar y asegurar que la Función Pública se realice en interés de todos y conforme a los principios constitucionales ya mencionados.

Y ya en lo que toca al derecho jurisdiccional disciplinario, a voces del actual Código Único Disciplinario, las relaciones especiales de sujeción se concretan a las que constituye el Estado con los **funcionarios judiciales**, cuya calidad se limita a los Magistrados de las Corporaciones Judiciales, a los Jueces de la República y a los Fiscales, según lo establecido por el artículo 125 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia[3]. A la jurisdicción en mención también le

---

[1] MEJÍA OSSMAN, Jaime. Derecho Disciplinario Sustancial, Especial y Formal – Tomo I. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2014, pp 111 y 112.
[2] GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Universidad Externado de Colombia, 5ª edición. 2011, pp 162
[3] Artículo 194 de la Ley 734 de 2002.

corresponde adelantar investigaciones disciplinarias en contra de los abogados en el ejercicio de la profesión.

Con todo y esta delimitación, se encuentra *ad portas* de entrar en vigencia el Código General Disciplinario, norma que amplía las facultades de la autoridad judicial disciplinaria en el entendido que no solo se ocuparía de examinar la conducta oficial de los funcionarios judiciales, sino también la de los demás empleados de la rama judicial.

Ahora bien, el artículo 174 de la Carta Política establece que los únicos funcionarios judiciales que gozan de fuero especial disciplinario son los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el Fiscal General de la Nación, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. Este fuero especial disciplinario implica que la investigación ética de los aludidos funcionarios judiciales es ejercida actualmente por el Senado de la República, y se origina en las acusaciones que formule la Cámara de Representantes.

Consecuente con lo hasta ahora expuesto, es el Estado quien ejerce la acción disciplinaria contra los funcionarios judiciales. La titularidad de la acción jurisdiccional disciplinaria radica actualmente en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura, sin embargo el Acto Legislativo No. 2 de 2015, en su artículo 19, determinó la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, como órgano sucesor que mantiene su estructura y funciones, excepto en el conocimiento de acciones de tutela, con el criterio de la necesidad del Estado de ejercer la función de control disciplinario para propugnar el comportamiento ético de abogados y funcionarios judiciales. En el mismo sentido las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial serán las que asuman el conocimiento de los asuntos que actualmente se manejan en los Consejos Seccionales de la Judicatura, tampoco

se varía la estructura y funciones, como quedó dicho anteriormente solo se exceptúa el conocimiento de acciones de tutela.

De manera que, el objeto de la creación de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial como organismo que sucederá al Consejo Superior de la Judicatura, es garantizar al interior de la propia Rama Judicial la existencia de un organismo autónomo, imparcial e independiente con funciones de naturaleza jurisdiccional, para administrar justicia en materia disciplinaria respecto de los funcionarios judiciales y, por fuera de la Rama, en relación con los abogados en el ejercicio de su profesión y las personas que ejerzan función jurisdiccional de manera transitoria u ocasional. Igualmente es la encargada de dirimir conflictos de competencia que se planteen entre las distintas jurisdicciones.

El legislador al aprobar la ley 734 de 2002, actualizó el código disciplinario de los servidores públicos. En el título XII Del régimen de los funcionarios de la Rama Judicial, capítulo segundo, artículo 196, expresó que *"constituye falta disciplinaria y da lugar a acción e imposición de la sanción correspondiente, el incumplimiento de los deberes y prohibiciones, la incursión en las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses previstos en la Constitución, en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y demás leyes".*

La norma anteriormente transcrita, presenta una dificultad desde el punto de vista de la dogmática del derecho disciplinario, si se tiene en cuenta que tanto la tipicidad como la antijuridicidad serían un mismo elemento. Doctrinaria y jurisprudencialmente, el esquema dogmático del derecho disciplinario, ha sido definido como aquella conducta típica, antijurídica y culpable.

De manera que, al indicar el legislador que la falta disciplinaria la constituye, en tratándose de funcionarios de la Rama Judicial, el desconocimiento de deberes, los operadores disciplinarios, específicamente los Consejos Seccionales y

Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, imputan como tipicidad y antijuridicidad el desconocimiento de uno de los deberes establecidos en el artículo 153 de la ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), lo que llevaría a concluir, que tanto la tipicidad como la antijuridicidad en funcionarios judiciales, es un mismo elemento, que podría constituir una responsabilidad objetiva, al sancionar el desconocimiento del deber por el deber.

II. ELEMENTOS DE LA DOGMÁTICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO

En tratándose de la Función Pública, el derecho disciplinario tiene como misión encauzar la conducta de los servidores públicos en aras que cumplan sus deberes funcionales. De ahí que es concebido como *"medio efectivo de lucha contra la corrupción y como instrumento eficaz para procurar la 'previsión efectiva y diligencia exigible' de cada una de las actuaciones de los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones".* (Berdugo Angarita, y otros, 2013)[4]

En ese orden de ideas, y en materia dogmática, el ilícito disciplinario cuenta con categorías propias, estructuradas de la siguiente manera:

A. CAPACIDAD

Líneas atrás se hizo mención a que, en el escenario del derecho disciplinario, el sujeto activo es cualificado.

De manera que el punto de partida es la Relación Especial de Sujeción. En palabras del tratadista VILLARRAGA OLIVEROS, *"el ejercicio de identificación de conductas objeto de reproche debe observar en primera instancia su pertinencia en función del tipo de relación jurídica; es decir, desde el punto de vista* abstracto*,*

[4] BERDUGO ANGARITA, Andrés Eduardo, y otros. La imputación Objetiva. Artículo de la Revista Derecho Penal y Criminología, del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, volumen 34 No. 97. 2013. Pp 113-157 (116)

a la Administración solo le está permitido ocuparse de comportamientos ocurridos o relacionados en el seno del ejercicio de la función particular por parte del servidor." (Villarraga Oliveros, 2014)[5]

Esta categoría dogmática se analiza tanto en dimensión positiva, como en dimensión negativa. Veamos:

La positiva abarca un aspecto formal, que hace referencia a la acreditación precisa de la calidad de servidor público, o persona particular que ejerza funciones públicas.

La claridad sobre el tema fue planteada por la Corte Constitucional en sentencia C-286 de 1996, al determinar:

> *"Ahora bien, siendo indudable que todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario, según los términos previstos por la Constitución y por la ley, el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues* ***tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto****, en cuanto es titular genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con total independencia de si las ha ejercido o no."*[6]
>
> (Negrillas fuera de texto)

En materia jurisdiccional disciplinaria la calidad de funcionario judicial se determina para los Jueces de la República con la certificación expedida por la Coordinación del Área de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, junto con la copia del acuerdo de nombramiento remitida

[5] VILLARRAGA OLIVEROS, Henry. De la estructura del ilícito disciplinario y otras disquisiciones dogmáticas. Grupo Editorial Ibañez S.A.S. 2014, pp. 123.
[6] Expediente D-116, proferida el 27 de junio de 1996, Magistrado Ponente doctor José Gregorio Hernández Galindo

por el Tribunal que lo expidió y acta de posesión ante la Alcaldía de la ciudad o municipio respectivo, mientras que para los servidores fiscales es la Sección de Talento Humano de la Subdirección Seccional de Apoyo a la Gestión de la ciudad cabecera de circuito, adscrita a la Fiscalía General de la Nación, la entidad encargada de suministrar la documentación relacionada con resolución de nombramiento, resolución de adscripción o reubicación y acta de posesión.

Además, en la dimensión positiva también se distingue un aspecto material, que consiste en que el sujeto activo ostente la calidad de imputable, en el entendido que tenga la capacidad de auto comprender que su comportamiento es contrario a derecho.

Mientras que la dimensión negativa es material, y se determina en los casos de inimputabilidad[7]. De manera que, en los eventos que se determine la inimputabilidad del sujeto activo, desaparece del método dogmático el elemento de la capacidad.

B. CONDUCTA

Es la manera en que los hombres se comportan en su vida y acciones.[8]

Para efectos del presente estudio se encuentra determinada en el Régimen de Funcionarios de la Rama Judicial, contenido en el Título XII de la Ley 734 de 2002, artículo 196, que preceptúa:

---

[7] Ley 734 de 2002, artículo 28, numeral 7:
Artículo 28: Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta:
7. En situación de inimputabilidad. En tales eventos se dará inmediata aplicación, por el competente, a los mecanismos administrativos que permitan el reconocimiento de las inhabilidades sobrevinientes.

[8] Acorde con la definición establecida por el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. Véase consulta en la página de internet: http://dle.rae.es/?id=AChkdr3

> *"Constituye falta disciplinaria y da lugar a acción e imposición de la sanción correspondiente el incumplimiento de los deberes y prohibiciones, la incursión en inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos e intereses previstos en la Constitución, en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia y demás leyes. Constituyen faltas gravísimas las contempladas en este Código. "*

La realización de la conducta se puede dar de dos formas: Por acción o por omisión.

El término "acción" tiene varias acepciones en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, entre ellas, y para efecto de este análisis, hay lugar a mencionar las que se relacionan con el verbo "hacer" definidas como: Ejercicio de la posibilidad de hacer; resultado de hacer; y efecto que causa un agente sobre algo[9].

De ahí que la realización de la conducta por acción implica la ejecución de una actividad para obtener un resultado.

Por su parte la omisión consiste en la abstención de hacer o decir; dejar de hacer algo necesario o conveniente en la ejecución de una cosa, o no ejecutarla[10].

A su vez, la conducta omisiva se clasifica en propia e impropia. La primera ocurre por la omisión en realizar un deber contenido expresamente en una disposición legal; mientras que la segunda, conocida también como comisión por

[9] Consultado en la página de internet: http://dle.rae.es/?id=0KZwLbE
[10] Ídem

omisión, tiene lugar cuando el servidor omite el deber de hacer por encontrarse en posición de garante (Sánchez Herrera, 2012)[11].

La teoría de la norma subjetiva de determinación determina que el ilícito disciplinario se estructura a partir de un desvalor de acción, no de resultado. (Fernández Córdoba, Parodi Gómez, Torregroza Díaz-Granados, & Vásquez Flórez, 2013)[12]

C. LEGALIDAD

Es principio rector de la ley disciplinaria, contenido en el artículo 4 de la Ley 734 de 2002, referido en los siguientes términos:

> *"El servidor público y el particular en los casos previstos en este Código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización."*

La exigencia de la norma es la preexistencia de la falta atribuible al servidor, con lo cual se observa el precepto constitucional del debido proceso, establecido por el artículo 29 de la Carta Política, en el entendido que nadie puede ser procesado por conductas que no estén previamente descritas en la ley.

En concepto del tratadista CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, esta exigencia plantea como garantía frente al Estado, que el ejercicio del poder público no puede desarrollarse en forma absoluta o ilimitada, sino dentro de criterios fijados por el ordenamiento jurídico, y agrega:

---

[11] SÁNCHEZ HERERA, Esiquio Manuel. Dogmática practicable del derecho disciplinario – Preguntas y respuestas. Ediciones Nueva Jurídica.. Tercera edición, pp. 67 y 68

[12] FERNÁNDEZ CÓRDOBA, Jame y otros. El Injusto en el Derecho Disciplinario. Artículo de la Revista Derecho Penal y Criminología, del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia volumen 34 No. 97. 2013, pp. 159-174 (167)

> *"Así mismo, esta garantía que se traduce como un límite para el ejercicio de la potestad sancionadora, termina por transformarse en un derecho subjetivo en favor de aquellos, consistente en no padecer sanciones sino en los casos expresamente señalados en la ley y de mano de autoridades instituidas para tal fin."* (Isaza Gómez, 2009)[13]

La determinación del tipo se establece de la siguiente manera:

Tipos abiertos (*numerus apertus*): En ellos no se determina el grado de culpabilidad, razón por la cual se torna necesario acudir a otras normas para cerrar la descripción. Son característicos del derecho sancionatorio. En palabras del tratadista GÓMEZ PAVJEAU:

> *"los funcionarios públicos sólo pueden hacer lo que se encuentra mandado y para lo cual están autorizados, de tal manera que describir lo punible tiene una tendencia al infinito, lo que implica que la técnica de tipificación tiene que ser abierta, pues de lo contrario los códigos serían unas verdaderas enciclopedias sin terminar."* (Gómez Pavajeau, El Derecho Disciplinario en Colombia. "Estado de Arte", 2011)[14]

Tipos cerrados (*numerus clausus*): Traen inmersos los factores de culpabilidad, siendo el dolo el elemento predominante. Se encuentran cotidianamente en materia penal y de manera excepcional aparecen en la escena disciplinaria.[15]

---

[13] ISAZA GÓMEZ, Carlos Mario. Teoría General del Derecho Disciplinario. Editorial Temis S.A. Bogotá. 2009, pp. 93

[14] GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El Derecho Disciplinario en Colombia. "Estado de Arte". Artículo de la Revista Derecho Penal y Criminología, del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas de la Universidad Externado de Colombia, volumen 32 No. 92. 2011, pp. 103-143 (130)

[15] Concretamente los constituyen los artículos 48 numeral 1° y 61 de la Ley 734 de 2002:

ARTÍCULO 48. Faltas Gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

Tipos en blanco: Para su plena operancia y adecuación, deben apoyarse en otra norma.

En tratándose de funcionarios judiciales, la legalidad, o preexistencia normativa, ha sido establecida por la Ley 270 de 1996, o Ley Estatutaria de Administración de Justicia, pues contiene un catálogo de deberes, derechos, funciones y prohibiciones, al igual que regímenes de incompatibilidades, inhabilidades y conflictos, que deben ser observados en concordancia con los que se encuentran determinados por la Ley 734 de 2002, por la Carta Política y por los reglamentos internos de las entidades a las que se encuentren adscritos estos servidores públicos.

D. ILICITUD SUSTANCIAL

---

1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.
ARTÍCULO 61. Faltas gravísimas de los notarios. Constituyen faltas imputables a los notarios, además de las contempladas en el artículo 48 en que puedan incurrir en el ejercicio de su función:
1. Incumplir las obligaciones para con la Superintendencia de Notariado y Registro, Fondo Cuenta Especial de Notariado, la Administración de Impuestos Nacionales, las demás de carácter oficial y las Entidades de Seguridad o Previsión Social.
2. Ejercer la función por fuera del círculo notarial correspondiente o permitir que se rompa la unidad operativa de la función notarial, estableciendo sitios de trabajo en oficinas de usuarios y lugares diferentes de la notaría.
3. Dar uso indebido o aprovecharse en su favor o en el de terceros de dineros, bienes o efectos negociables que reciban de los usuarios del servicio, en depósito o para pagos con destinación específica.
4. La transgresión de las normas sobre inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflictos de intereses previstos en la Constitución, la ley y decretos.
5. Celebrar convenios o contratos con los usuarios o realizar conductas tendientes a establecer privilegios y preferencias ilegales en la prestación del servicio. Son preferencias ilegales, la omisión o inclusión defectuosa de los anexos ordenados por ley, según la naturaleza de cada contrato y el no dejar las constancias de ley cuando el acto o contrato contiene una causal de posible nulidad relativa o ineficacia.
PARÁGRAFO. Las faltas gravísimas, sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

También constituye un principio rector de la ley disciplinaria. Aunque fue definido por el artículo 5 del Código Disciplinario Único, en los siguientes términos:

> *"Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna ".*

Es claro que el espíritu de la norma se refería a la conducta o comportamiento, no a la falta.

El ilícito disciplinario se estructura a partir de la infracción sustancial del deber funcional, descartando la deducción de responsabilidad objetiva, en el sentido que no basta con que la conducta encuadre en la adecuación típica para que constituya un quebrantamiento formal de la norma jurídica. No incursiona en el campo de la antijuridicidad material por cuanto no exige la producción de un resultado y afectación de un bien jurídico, lo que sí requiere es la afectación sustancial de deberes funcionales, que implique el desconocimiento de los principios que rigen la Función Pública (Ordoñez Maldonado, 2009)[16].

Lo relevante está en el quebrantamiento sustancial del deber funcional, es decir, que en el estudio de esta categoría dogmática, la infracción pasa a un segundo plano, para que entre en prelación el análisis del grado de afectación ocasionada con la conducta. Aquí se vale hacer referencia al interés jurídico tutelado en materia disciplinaria, tema ampliamente desarrollado por el tratadista VILLARRAGA OLIVEROS, quien lo explica así:

> *"Si entendemos por* "interés jurídico" *el propósito último, remoto, del derecho –para nuestro caso del derecho disciplinario–; es decir, el* "valor" *cuya protección pretende a través de lo*

[16] ORDOÑEZ MALDONADO, Alejandro. Justicia disciplinaria, de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. IEMP Ediciones. Bogotá. 2009, pp. 24

> *normado. Llamaremos entonces* "interés jurídico del derecho disciplinario" *al supremo valor que busca proteger o asegurar: el adecuado ejercicio de la Función Pública y, de contera, el logro de los fines del Estado."* (Villarraga Oliveros, 2014)[17]

Además hace referencia a que es el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, es la norma que detalla la ilicitud sustancial[18].

En tal sentido, evoluciona el concepto de ilicitud sustancial, ampliando su cobertura no solo a que la conducta del servidor público afecte el deber funcional, sino además se debe proyectar a menoscabar la Función Pública y el logro de los fines del Estado, sin que la exigencia del resultado lesivo se pueda plantear en términos absolutos, pues múltiples comportamientos entrañan infracción de deberes, sin ninguna otra afectación.

En todo caso, se requiere la preexistencia de un vínculo entre el servidor público y la infracción del deber funcional, a partir del cual se entra a determinar la afectación sustancial.

También ha realizado valiosos aportes a la evolución de este concepto el doctor ALEJANDRO ORDOÑEZ MALDONADO, quien sobre el tema considera que la filosofía del derecho disciplinario debe trascender a las imprecisiones de tipo semántico o gramatical en que pudo haber incurrido el legislador, para ocuparse de encontrar una interpretación acorde con los principios y fines orientadores del derecho disciplinario dentro del marco del Estado Social de

---

[17] VILLARRAGA OLIVEROS, Henry. De la estructura del ilícito disciplinario y otras disquisiciones dogmáticas. Casa Editorial Ibañez. Bogotá. 2014, pp. 273 y 274.

[18] Artículo 22. *Garantía de la Función Pública*. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes.

Derecho, como herramienta útil para encauzar la conducta de quienes ejercen la Función Pública. Y agrega:

> *"Si el significado real del término* antijuridicidad *es el de ser* contrario a derecho*, debe entenderse que para estimarse cumplida la contrariedad de la conducta, ésta debe tener una razón de ser. El comportamiento, más que desconocer formalmente la norma jurídica que lo prohíbe, debe ser opuesto o, cuando menos, extraño a los principios que rigen la función pública."* (Ordoñez Maldonado, 2009)[19]

El autor en comento es del concepto que no obstante el comportamiento encuadre en un tipo disciplinario, de llegarse a determinar que no incide en la garantía de la Función Pública y los principios que la gobiernan, se debe concluir necesariamente que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial. De ahí que el artículo 51 del Código Disciplinario Único, determine que cuando los hechos contraríen en menor grado el orden administrativo y no afecten sustancialmente los deberes funcionales, basta con un llamado de atención al autor del hecho sin necesidad de acudir a formalismo procesal.

Se trata entonces de que el derecho disciplinario reproche comportamientos que vulneren la garantía de la Función Pública en aras de que se cumplan los fines el Estado Social de Derecho, ya que la sustancialidad de la ilicitud se determina por la infracción del deber cuando implique precisamente el desconocimiento de los principios que rigen la Función Pública.

E. CULPABILIDAD

[19] ORDOÑEZ MALDONADO, Alejandro. Justicia disciplinaria, de la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud. IEMP Ediciones. Bogotá. 2009, pp. 26

Para llegar a este postulado se requiere que en la estructura dogmática se encuentre determinada la realización de la falta y configurada la ilicitud sustancial, solo entonces corresponde entrar a establecer si fue cometida a título de dolo o culpa. El artículo 13 de la Ley 734 de 2002 establece:

> "*Culpabilidad***.** En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa."

Siendo así, el juicio de reproche recae sobre el sujeto. Esta exigencia de atribuir la afectación sustancial en una de estas dos modalidades, impide que se impongan sanciones disciplinarias por la sola afectación del deber. Este es el modo de proscribir la responsabilidad objetiva.

Efectuada esta relevante aclaración, corresponde ahora hacer referencia a los tipos abiertos (*numerus apertus*), característicos del derecho disciplinario, que por no traer determinado el tipo o grado de culpabilidad traslada a la autoridad que adelante la investigación la responsabilidad de atribuirlo, constituyéndose el grado culposo como la generalidad, a razón de la imprudencia o negligencia en el desempeño de las funciones del cargo, naturalmente previo análisis de las circunstancias de modo, tiempo y lugar. De manera que para atribuirlo como doloso debe ser probada la intención de transgresión (Villarraga Oliveros, 2014)[20].

En ese orden de ideas, y en palabas del tratadista GÓMEZ PAVAJAEUA, *"el concepto de culpabilidad queda reducido al juicio de reproche, producto de la imputabilidad y a la posibilidad de exigir otro comportamiento al sujeto disciplinado."* (Gómez Pavajeau C. A., 2006)[21]

---

[20] VILLARRAGA OLIVEROS, Henry. De la estructura del ilícito disciplinario y otras disquisiciones dogmáticas. Casa Editorial Ibañez. Bogotá. 2014, pp. 273 y 274.
[21] GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La Ilicitud Sustancial. Obras Colectivas. Instituto de Estudios del Ministerio Público. 20006, pp. 60

III. EL PROBLEMA DE LA TIPICIDAD Y ANTIJURIDICIDAD EN LA IMPUTACIÓN JURÍDICA A LOS FUNCIONARIOS JUDICIALES

En la jurisdicción disciplinaria se ha marcado la tendencia de aplicar el método dogmático uniendo el juicio de legalidad con el de ilicitud sustancial, también conocidos como tipicidad + antijuridicidad, para luego sí entrar a determinar el grado de culpabilidad. Lo cual implica que el elemento de legalidad envuelve el de ilicitud sustancial.

Tomando como ejemplo algunas providencias de Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de Consejos Seccionales de la Judicatura, en primera instancia, y del Consejo Superior de la Judicatura, como órgano de consulta cuando se profieren sentencias sancionatorias, o en segunda instancia para los casos en que es interpuesto recurso de apelación contra decisión sancionatoria,[22] encontramos lo siguiente:

- Proceso No. 700011102000201100502 01, seguido en contra de un Juez Promiscuo Municipal, a quien, en primera instancia, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Sucre sancionó el 26 de febrero de 2015, con suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial por 12 meses, por el incumplimiento en los deberes señalados en el numeral 1º del artículo 153 de la Ley 270 de 1996, al no dar cumplimiento a lo estipulado en los artículos 58.13 de la Ley 550 de 1999 y el precedente de la Corte Constitucional en la Sentencia T-897 de 2007 y el artículo 19 del Decreto 111 de 1996, artículo 86 del Código Penal, concordantes con los artículos 6 y 8 del Decreto 2591 de 1991, al haber fallado la Tutela e impartir trámite al incidente de desacato generado de ésta acción constitucional, porque decretó el embargo y retención de recursos de las regalías, que tienen

[22] Consultadas en Relatoría del Consejo Superior de la Judicatura

la condición de inembargables, en contra de la entidad territorial de Tolú, que se encontraba en proceso de reestructuración de pasivos, además concedió la acción de amparo incumpliendo los requisitos de procedibilidad, por cuanto existía otro mecanismo judicial para la protección de los mismos, sin que se haya evidenciado un perjuicio irremediable para poder ser otorgada como mecanismo transitorio, falta calificada como grave dolosa.

En grado jurisdiccional de consulta, la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con ponencia del Magistrado José Ovidio Claros Polanco, confirmó la decisión consultada, mediante providencia emitida el 1 de junio de 2015, al determinar que el funcionario disciplinado incurrió en incumplimiento de los deberes señalados en el numeral 1º del artículo 153 de la Ley 270 de 1996, por no cumplir lo señalado en el numeral 13 artículos 58 de la Ley 550 de 1999 y el artículo 19 del Decreto 111 de 1996, como quiera que procedió a decretar el embargo y retención de recursos de la regalías que tienen la condición de inembargables en contra de la entidad territorial de Tolú. Se indicó que el funcionario incumplió sus deberes, y que no se vislumbró a su favor causal alguna eximente de responsabilidad.

El análisis de la ilicitud sustancial se limitó a establecer el incumplimiento de deberes por parte del funcionario inculpado, así como la inexistencia de causales de exclusión de responsabilidad.

- Proceso No. 440011102000201100342 01, seguido en contra de un Fiscal Seccional, a quien, en primera instancia, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura de Guajira sancionó el 25 de febrero de 2015, con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 4 meses y multa de dos salarios mínimos mensuales legales vigentes, por incumplir el deber previsto en el numeral 1 del artículo 153 de la Ley 270 de 1996, en concordancia con los artículos 442, 11 y 140 de la Ley 906 de 2004, artículos

250, 6 y 7 de la Constitución Política, artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 y la Regla 70b. de las Reglas de Procedimiento y Pruebas del Estatuto de Roma, en razón a que solicitó la absolución y el retiro de la acusación efectuada en contra del procesado, pese a existir claridad sobre la comisión del delito y la responsabilidad del imputado.

En grado de consulta, el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, con ponencia de la Magistrada Julia Emma Garzón de Gómez, confirmó la sentencia consultada mediante providencia emitida el 25 de febrero de 2015, por estar demostrada la infracción al deber. El análisis de la ilicitud sustancial se concentró en descartar la configuración de causal de exoneración de responsabilidad, en tanto está demostrada la infracción del deber imputado al funcionario judicial.

Aquí se observa una omisión en el análisis de la ilicitud sustancial desde el punto de vista de la afectación de la Función Pública y los fines del Estado Social de Derecho.

- Proceso No. 730011102000201101067 01, seguido en contra de un Juez Promiscuo e Familia, a quien, en primera instancia, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima sancionó el 6de noviembre de 2013, con suspensión de 1 mes en el ejercicio del cargo, por infracción del artículo 196 de la Ley 734 de 2002, en concordancia con el numeral 1º del artículo 153 de la Ley 270 de 1996, por el incumplimiento de los dispuesto en el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil. La conducta investigada se concretó al hecho de no cumplir con el deber funcional establecido por el artículo 440 del Código de Procedimiento Civil, norma que prohíbe el trámite de incidentes en los procesos verbales sumarios.

> En segunda instancia, mediante decisión proferida el 24 de junio de 2015, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con ponencia de la Magistrada Julia Emma Garzón de Gómez, confirmó la providencia recurrida, realizando el análisis de la ilicitud sustancial en el sentido de determinar que desde el punto de vista objetivo está demostrada la infracción al deber imputado al funcionario judicial y que no surgió causal alguna de justificación de la conducta.
>
> En el mismo sentido de las providencias referidas en precedencia, el análisis de la ilicitud sustancial se concretó a determinar la infracción objetiva de un deber y a la inexistencia de causales de justificación.

Y como estas, encontramos muchas otras providencias en las que, o se omite realizar el análisis de la ilicitud sustancial, partiendo del criterio que con el juicio de valoración de la legalidad ya se estableció el incumplimiento de un deber, y por tanto no es necesario examinar la ilicitud sustancial, subsumiéndola en el principio de legalidad para constituir un solo elemento conocido como conducta típicamente antijurídica. O se hace mención a esta categoría dogmática limitando su análisis a establecer que se constituye la ilicitud sustancial por el hecho de haber incurrido el agente en la infracción de un deber funcional, sin hacer mención alguna al interés jurídico disciplinario, vale decir, omitiendo verificar la afectación de la Función Pública y el logro de los fines del Estado.

Un análisis realizado en tal sentido constituye necesariamente responsabilidad objetiva, al sancionar el desconocimiento del deber por el deber, en la medida que deja fuera de contexto la evaluación de la lesión o afectación del servicio y de los principios que rigen la Función Pública. Ligereza que no se puede permitir la jurisdicción disciplinaria, pues le es exigible el análisis integral de la ilicitud sustancial, dada su condición de “Juez de Jueces”, como es conocida en el argot popular.

III. REFLEXIONES DE CIERRE Y APERTURA A DEBATE

Acorde con el análisis expuesto, en materia jurisdiccional disciplinaria, y en tratándose de funcionarios judiciales, constituye responsabilidad objetiva la aplicación de un método dogmático por el cual el elemento de la antijuridicidad o ilicitud sustancial se examina únicamente a partir de la infracción a un deber funcional, sin establecer que se afecte la función pública y los fines del Estado?

El hecho que en la valoración de la imputación jurídica a funcionarios judiciales se esté omitiendo el estudio integral del caso particular respecto de la ilicitud sustancial, y que, por el contrario, ésta se examine como elemento de la legalidad o tipicidad, en el entendido que es una conducta típicamente antijurídica, vulneraría el principio constitucional del debido proceso, coartando de paso el derecho que tiene el funcionario judicial a que su conducta sea evaluada en forma integral?

Tales circunstancias reclaman un análisis autocrítico para quienes ejercen la función jurisdiccional disciplinaria.

La omisión del análisis de la ilicitud sustancial, o su examen sesgado, determina para los funcionarios judiciales disciplinables una situación de desventaja con respecto a los demás servidores públicos y frente a las investigaciones de carácter disciplinario que se adelantan bajo la cuerda procesal establecida por la Ley 734 de 2002.

Se propone como solución, abriendo naturalmente el tema a debate, que para garantizar el ejercicio adecuado de la Función Pública y los fines del Estado se adopte el criterio que ha evolucionado sobre la ilicitud sustancial, de manera que tenga cabida el análisis de la afectación al interés jurídico disciplinario, en

tratándose de los procesos seguidos en contra de funcionarios judiciales por parte de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de Consejos Seccionales y Consejo Superior de la Judicatura, o a futuro por parte de la Comisión Nacional y Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Berdugo Angarita, A. E., Cadraco Blanquicet, M. J., Corredor Baldeón, E., Duarte Acosta, J. A., Mena Martínez, D. J., Pinzón Navarrete, J. H., & Vergara Pérez, C. (2013). La imputación Objetiva. *Derecho penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas Universidad Externado de Colombia*, 113-157.

Fernández Córdoba, J., Parodi Gómez, M. C., Torregroza Díaz-Granados, L. C., & Vásquez Flórez, D. A. (2013). El Injusto en el Derecho Disciplinario. *Revista de Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia,Bogotá, volumen 34 No. 97*, 159-174.

Gómez Pavajeau, C. A. (2011). *Dogmática del derecho disciplinario.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Gómez Pavajeau, C. A. (2011). *El Derecho Disciplinario en Colombia. "Estado de Arte"*. *Revista Derecho Penal y Criminología, del Instituto de Cienias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia. Volúmen 32 No. 92*, 103-143.

Gómez Pavajeau, C. A. (2006). *La Ilicitud Sustancial. En Obras Colectivas. Lecciones de Derecho Disciplinario* (pág. 60). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Isaza Gómez, C. M. (2009). *Teoría general del derecho disciplinario.* Bogotá: Temis S.A.

Mejía Ossman, J. (2014). *Derecho disciplinario sustancial, especial y formal Tomo I.* Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Ordoñez Maldonado, A. (2009). *De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la iliciitud.* Bogotá: IEMP Ediciones.

Sánchez Herrera, E. (2012). *Dogmática practicable del derecho disciplinario.* Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica. Pág. 67 y 68.

Villarraga Oliveros, H. (2014). *De la estructura del ilícito disciplinario y otras disquisiciones dogmáticas.* Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Constitución Política de Colombia
Ley 270 de 1996
Ley 734 de 2002
Jurisprudencia, Relatoría Consejo Superior de la Judicatura
Jurisprudencia Corte Constitucional