UNIVERSIDAD MILITAR

NUEVA GRANADA

SISTEMA DE INCRIMINACIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA – NUMERUS APERTUS-

:

BRIGGITE KAROOL VELASCO ANDRADE

LUZ KARIME ANGEL GUARNIZO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

FACULTAD DE POSGRADOS

BOGOTÁ

2013

SISTEMA DE INCRIMINACIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA –NUMERUS APERTUS-

Briggite Karool Velasco Andrade[1].

Adriana Patricia Mosquera Parra[2].

Resumen.

En el presente artículo se esboza a grandes rasgos la controversia generada por el sistema de incriminación en materia disciplinaria denominado *numerus apertus*, en razón a que se observa una presunta vulneración a los principios de Legalidad, Tipicidad, y al debido proceso como derecho constitucional, ya que permite que al juez disciplinario determinar si una conducta fue cometida a título de dolo o a título de culpa, lo que al parecer impediría al disciplinado defenderse correctamente del cargo que se le imputa, contrario a ello, nuestra Corte Constitucional valida el sistema en sus distintos pronunciamientos.

PALABRAS CLAVES: culpabilidad, dolo, culpa, legalidad, sistema, numerus apertus, falta, conducta.

Abstrac.

This article broadly outlines the controversy generated by the system of criminality in disciplinary matters referred *numerus apertus*, for the reason that there is an alleged violation of the principle of legality, authenticity, and due process as a constitutional right in because it allows the judge disciplinary determining whether conduct was committed by way of intentional fault or title, which apparently prevent the disciplined properly to defend the position he is charged contrary to this, our Constitutional Court validated the system in its various pronouncements.

[1] Abogada. Universidad del Cauca.
[2] Abogada. Universidad de la Amazonia

KEYWORDS: guilt, fraud, fault, legality, system, *numerus apertus*, lack, behavior

Introducción

El tema de investigación cobra en la actualidad una importancia en el Derecho Disciplinario, dado el auge de la protección a la dignidad humana consagrada en nuestra Carta Política, en donde se exige el respeto a través de la aplicación de los Derechos Fundamentales de las personas, contenidos en normas nacionales e internacionales ratificados por Colombia, los cuales no pueden ser ajenos a los procesos sancionatorios, en especial en la aplicación de los sistemas de incriminación.

En Colombia la aplicación del Sistema de incriminación en materia disciplinaria denominado –Numerus Apertus-, ha generado polémica entre algunos estudiosos del derecho Sancionatorio, lo cual ha dado origen a dos posiciones al respecto, así nuestra Corte Constitucional valida la aplicación de dicho sistema, mientras que la oposición plantea un presunto quebrantamiento a los principios de Legalidad, Tipicidad y Debido Proceso, de ahí la importancia de verificar si efectivamente en nuestro Derecho Disciplinario, existe vulneración a los principios anteriormente mencionados, al aplicar dicho sistema, lo cual permite plantear la siguiente pregunta de investigación:

¿Cuáles son los efectos del Sistema de **Numerus Apertus** de acuerdo a las posiciones jurisprudencial de la Corte Constitucional y Doctrinaria en el Derecho Sancionatorio?

A partir de este interrogante se plantea la siguiente hipótesis: En consideración a las dos posiciones del sistema de los *Numerus Apertus* frente a la vulneración de principios, es posible pensar en una posición mixta, la cual valide la aplicación del sistema de incriminación, es decir, cuando exista la posibilidad de una variación en la modalidad de la conducta, se dé

a conocer al disciplinado oportunamente la misma para que este pueda ejercer su derecho de contradicción y defensa.

Por tal razón, el objetivo general de esta investigación es el de identificar las dos teorías contrapuestas que existen frente a la Aplicación del Sistema de *Numerus Apertus* adoptando una postura respecto de las mismas. Para el cumplimento de este objetivo se hace necesario en primer lugar establecer el marco teórico referido al tema, entendiendo el punto de partida de cada posición expuesta; luego explicar las posiciones jurisprudencial a partir del año 2002 y doctrinal respecto a la aplicación del Sistema de los Numerus Apertus y finalmente identificar los posibles efectos jurídicos y sociales de su aplicación.

Para el desarrollo de esta investigación se utilizó un enfoque o método cualitativo puesto que la investigación cualitativa trata de identificar la naturaleza profunda de las realidades, su sistema de relaciones, su estructura dinámica; se aplicó un diseño no experimental ya que no se aplican variables; y finalmente para la obtención de los resultados se aplicaron técnicas como el análisis de documentos y la interpretación jurídica.

1. PRINCIPIOS ORIENTADORES Y NUMERUS APERTUS COMO SISTEMA DE INCRIMINACIÓN.

1.1. Principio de Reserva Legal

Cimentado en los artículos 29, 123, 124 y 150 de la Constitución, consistente en la competencia exclusiva y excluyente del Congreso de la Republica, la facultad de producir las normas mediante las cuales se tipifican las conductas disciplinarias, las sanciones correspondientes a la incursión en las mismas, los procedimientos aplicables para efectivizarlas y la autoridad competente para aplicarlas.

1.2. Principio de Legalidad

Dicho principio "comporta una de las conquistas más significativas del constitucionalismo democrático, en cuanto actúa a la manera de una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, permitiéndoles conocer con anticipación las conductas reprochables y las sanciones que le son aplicables" (Corte Constitucional., Sentencia C-393 de 2006).

A partir del citado principio, no es posible adelantar válidamente un proceso penal, disciplinario o cualquiera de naturaleza sancionadora si la norma y su correspondiente sanción no se encuentran previamente definidas en la ley.

En aplicación del principio de legalidad, el comportamiento sancionable, las sanciones, los criterios para su determinación y los procedimientos previstos para su imposición, deben estar previamente definidos en forma clara por la ley, es decir, que permita establecer con suficiente grado de certeza aquellas conductas infractoras del correcto funcionamiento de los organismos estatales y las sanciones correspondientes como consecuencias de dicha infracción, además de la exigencia y existencia de una norma de rango legal, que convalide el ejercicio de los poderes sancionatorios en manos de la administración.

En el campo disciplinario, el principio de legalidad se encuentra reconocido en disposiciones constitucionales como los artículos 6 y 29 que establecen que los servidores públicos no pueden ser juzgados sino conforme a las leyes preexistentes, y que sólo son responsables por infringir la Constitución y la Ley.

Igualmente los artículos 122 y 123 establecen que los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones se someterán a los comportamientos descritos en la Constitución, la Ley y el reglamento y que, en todo caso, no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento, finalmente en el artículo 124, se le asigna al legislador la potestad normativa para crear, modificar o

derogar el régimen de responsabilidad al que se someten los servidores del Estado. Esta última norma dispone que la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.

En ese orden de ideas, el principio de legalidad plasmado en la Constitución Nacional, le confiere al derecho disciplinario, un alcance claramente garantista como parte integrante del derecho punitivo del Estado. En efecto, el disciplinado tiene derecho a conocer anticipadamente cuáles son las conductas prohibidas y las sanciones que se derivan de su infracción. Al igual puede exigir que su proceso se adelante conforme a los procedimientos preexistentes al acto que se le imputa y según las normas vigentes al momento de comisión del comportamiento antijurídico, tal como lo establece el artículo 29 de la Constitución Colombiana.

El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable (Constitución Política de Colombia, 1991, art 29).

El principio de legalidad encuentra así parte importante de su desarrollo en los tipos sancionatorios, "los cuales constituyen formulaciones abstractas e hipotéticas que hace el legislador de los comportamientos que por acción y omisión considera lesivos de bienes jurídicos objeto de protección y cuyo tratamiento se concreta en el denominado principio de tipicidad" (Barreto, 1999, p 31).

Se tiene entonces que el principio de legalidad es una garantía para los servidores públicos que se encuentren incursos en un proceso disciplinario, toda vez que exige que la Ley establezca claramente las conductas que le están prohibidas y su consecuencia, para el caso

la correspondiente sanción a aplicar, igualmente la obligación del operador disciplinario de demostrar la responsabilidad del disciplinado mediante un proceso, el cual a su vez tendrá previamente establecidos los procedimientos que deben aplicar.

1.3. Principio de Tipicidad

Adicional al principio de legalidad, en el derecho disciplinario, también resulta exigible el principio de tipicidad. De conformidad con la garantía del debido proceso, se debe describir clara, expresa e inequívocamente las conductas que pueden ser sancionadas al igual que las sanciones derivadas de la incursión en dichas conductas. Por tanto, mediante el principio de tipicidad se desarrolla el principio fundamental *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es decir, la abstracta descripción de la conducta que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca, exactamente, la conducta de castigo, toda vez que la certeza que se desprende de este principio enseña que la conducta y la sanción deberán encontrarse clara, precisa y taxativamente consagradas en la norma y que dicha consagración de la conducta típica debe ser anterior al hecho objeto de sanción, es por ello que la aplicabilidad del principio de tipicidad en el campo disciplinario, exige que la conducta del servidor público, que la ley establece como falta, sea previamente definida por el legislador, además de indicar que el operador disciplinario solo estará sometido a la ley sin poder acudir a la analogía para llenar lagunas.

En resumen el principio de tipicidad exige la descripción específica y precisa de una conducta considera infractora del ordenamiento jurídico, descripción realizada en una norma en la cual se establece la imposición de una sanción como consecuencia de la incursión en dicha conducta infractora, con la cual se afecte de un deber funcional, que exista ilicitud sustancial.

Sin embargo es necesario tener en cuenta la extensa cantidad de conductas lesivas del deber funcional en que puede incurrir un

agente del estado, por tal razón el legislador adoptó un sistema de tipos abiertos a diferencia del proceso penal.

1.3.1 Los Tipos Abiertos

El concepto de tipicidad comprende como garantía constitucional el debido proceso y la protección de los derechos fundamentales de las personas, es por ello que en materia disciplinaria a diferencia del Derecho Penal, los tipos son abiertos, esto significa que la estructura de la norma en principio, no cumple con la obligación exigida por el principio de tipicidad, de establecer clara y precisamente la conducta y la sanción a imponer, esto quiere decir que el tipo abierto utilizado en el derecho disciplinario es una norma que se complementa mediante la remisión a otras disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico, se trata de tipos cuya concreción se obtiene mediante la remisión a todas las disposiciones en las que se encuentren consagrados los deberes, mandatos, prohibiciones y extralimitación de funciones exigibles a todos los servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas.

En ese sentido la tipicidad en materia disciplinaria se establece a partir de la lectura de todas las normas que consagran funciones, ordenes, prohibiciones, y limitaciones a los agentes del Estado, tratando de definir la conducta reprochable disciplinariamente, las cuales se pueden considerar como normas complementarias tales como los reglamentos internos de trabajo, manuales de funciones establecidos para el cumplimiento del objeto y misión de las entidades estatales, etc.

Por tal razón, el régimen disciplinario se caracteriza especialmente porque las conductas constitutivas de falta disciplinaria están establecidas en tipos abiertos, en razón a la dificultad e imposibilidad de contar con un preciso y detallado listado de comportamientos donde se plasmen todas aquellas conductas que están prohibidas a los destinatarios del Derecho Disciplinario o de los actos antijurídicos en que los servidores públicos puedan incurrir. De ahí

que en esta materia se haya reconocido que el operador tenga un amplio margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de conductas que riñen contra los propósitos de la función pública y los fines del Estado a los cuales está sometido.

Lo anterior se debe, a la imposibilidad del legislador de realizar un listado único donde se plasmen todos los posibles comportamientos o conductas en que puedan incurrir los servidores públicos que sean contrarias al buen desarrollo y ejercicio de su deber funcional, toda vez que en el proceso disciplinario se juzga el comportamiento de los servidores públicos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, la moralidad y prestigio del organismo público respectivo, existiendo así un elemento subjetivo, es decir la infinidad de conductas se origina desde el servidor púbico como ser humano.

1.4. Sistema de Numerus Apertus

Se podría definir someramente a los *numerus apertus* como la facultad con la que cuenta el operador disciplinario para determinar si la conducta en la que incurre un servidor público le corresponde una calificación a título de dolo o culpa, toda vez que la infracción disciplinaria por parte del servidor implica la trasgresión de normas que generan el incumplimiento de sus deberes, extralimitación en el ejercicio de sus derechos y funciones, prohibiciones y violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses.

Como se ha mencionado a lo largo del presente artículo, el sistema de *numerus apertus* es adoptado por el legislador debido a la imposibilidad de consagrar en un mismo código la infinidad de conductas que atentan contra la buena marcha de la administración.

El mismo se concibe como "un sistema amplio y genérico de incriminación (…) en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como "a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de" etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición (Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002).

Así las cosas, el sistema de *numerus apertus* es el medio por el cual el operador disciplinario tiene la posibilidad de calificar la modalidad dolosa o culposa de la falta disciplinaria en la que incurre el servidor público, consecuencia de la utilización de tipos abiertos, en donde le corresponde al juez disciplinario adecuar la infracción con el ordenamiento jurídico y a la vez valorar la modalidad dolosa o culposa en que se incurrió en la infracción, salvo las excepciones hechas cuando el tipo se encuentra redactado con frases como "a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de".

2. ORIGEN DE LA CONTROVERSIA

2.1. Presunta vulneración a los principios constitucionales de Legalidad, Tipicidad y Debido

La adopción del sistema de *numerus apertus* suele ha dado paso a entendibles

cuestionamientos, toda vez que algunos estudiosos del derecho disciplinario consideran que su aplicación genera una trasgresión al principio de legalidad de la sanción y se entrega al operador disciplinario, mediante delegación ilegítima, la facultad legislativa, exclusiva del Congreso de la Republica, de determinar los elementos de la conducta disciplinariamente reprochable, permitiéndole definir a qué título son sancionables las faltas disciplinarias, dejándose al arbitrio de la administración tan importante función.

Los argumentos de esta tesis, se fundamentan en el hecho de que frente a la configuración de los tipos sancionatorios y su consecuente castigo, el Estado tiene el deber de establecer los elementos suficientes de su definición con el fin de que principio de legalidad se cumpla a través de la tipicidad y así poder controlar el mismo poder sancionatorio del Estado, es decir los tipos disciplinarios serán las descripciones de las conductas relevantes para lograr la buena marcha de la administración y el cumplimiento de los fines de la misma.

Así la Corte Constitucional en Sentencia C- 155 de 2002, M.P. Clara Ines Vargas Hernandez, considero que si bien la diversidad de formas de aparición que adoptan los comportamientos antijurídicos impone la búsqueda de una imagen conceptual lo suficientemente abstracta para poder englobar en ella todos los comportamientos que tengan características esenciales comunes, siempre la definición legal de la desviación y su evaluación en sede de culpabilidad se debe producir no con referencia a figuras de comportamiento empíricas y objetivas, sino conforme a la máxima *nulla poena sine culpa* y para ello el legislador debe suministrar todas las herramientas legales para que en el escenario del proceso disciplinario esta labor no quede al arbitrio del operador jurídico.

Igualmente arguyen que se abre la puerta a una violación del debido proceso, porque la Ley disciplinaria no establece que

conductas son sancionables a titulo de culpa y cuales a titulo de dolo, no establece cual es el género y cual la excepción, que en la ley disciplinaria no se incluye norma alguna que disponga sobre el carácter general o excepcional de las conductas culposas y su consecuente sanción y en este sentido habilita al operador jurídico para que vulnerando la Carta Política considere indistintamente la solución al problema desde la alternativa de dos formas conductuales (el dolo y la culpa) con el agravante que hasta la formulación de cargos el disciplinado no tendrá ninguna certeza sobre cómo debe defenderse.

En resumen consideran como solución a esta vulneración de principios que: el tipo consagrará una conducta culposa cuando asuma la forma de negligencia, impericia, imprevisión o imprudencia como elemento subjetivo y la exigencia de que el resultado típico se dé por violación del deber objetivo de cuidado y por la falta de previsión del resultado previsible o porque a pesar de haberlo previsto confió en poder evitarlo. En los demás casos el comportamiento será doloso.

2.2. La Corte Responde

Al respecto la Corte Constitucional sostiene:

El sistema de *numerus apertus*, acogido por el derecho disciplinario, admite la posibilidad de castigar las conductas disciplinarias en que se ha incurrido a título de culpa, no obstante la ley se abstenga de reconocerlo ex profeso. La consecuencia de mayor realce en el sistema acogido por el derecho disciplinario es que generalmente la determinación de si una conducta puede ser sancionada a título de dolo o culpa corresponde a la autoridad encargada de imponer la sanción, no a la ley, y viene impuesta, fundamentalmente, por ese elemento, referido anteriormente: la naturaleza de la conducta sancionable (Corte Constitucional. Sentencia C-181 de 2002).

Así se pronuncio la Corporación:

Ahora bien, teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado *'numerus apertus'*, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como *'a sabiendas', 'de mala fe', 'con la intención de'* etc.

Sostuvo la Magistrada Ponente en Sentencia C – 155 de 2002, que el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.

Adicionalmente, de manera precisa, la Corte ha considerado constitucionalmente aceptable el sistema de *numerus apertus* para la tipificación de las faltas disciplinarias sancionables, aun cuando este mismo sistema no sea de recibo para la tipificación de los delitos. Sobre esta importante diferencia ha resaltado la Corte:

En relación con la precisión de la definición previa de las conductas que serán sancionadas, la Corte ha aceptado de tiempo atrás que en este ámbito es admisible que las faltas disciplinarias se consagren en tipos abiertos, ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos donde se subsuman todas aquellas conductas que están prohibidas a las autoridades o de los actos antijurídicos de los servidores públicos. La infracción disciplinaria implica siempre el incumplimiento o desconocimiento de un deber del servidor público; la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia pueden ser sancionados en este campo en cuanto impliquen la vulneración de los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas.

Se observa entonces que para la Corte el sistema de *numerus apertus* es válido y aceptable, por cuanto los funcionarios públicos, al tomar posesión de sus cargos, asumen un compromiso particularmente exigente en lo que se refiere al cumplimiento de las normas aplicables y de los deberes que de manera específica obtienen, en cuya observancia están comprometidos los fines esenciales del Estado y por ende el interés público, deberes de los cuales se presumen informados una vez toman posesión de su cargo como agente del Estado.

En ese orden de ideas se pueden resumir los puntos en que la Corte Constitucional sustenta la viabilidad de la adopción del sistema de *numerus apertus*, inicialmente la Corporación aclara que los principios del Derecho penal solo son aplicables al derecho disciplinario de manera atenuada, aplicación derivada de las diferencias existentes entre los dos regímenes de derecho sancionatorio, fundamentalmente la finalidad de las mismas, así en Sentencia T -146 de 1993, la Corte explico que la no total aplicabilidad de las garantías del derecho penal al campo administrativo obedece a que mientras en el primero se protege el orden social en abstracto y

su ejercicio persigue fines retributivos, preventivos y resocializadores, la potestad sancionatoria de la administración se orienta más a la propia protección de su organización y funcionamiento, lo cual en ocasiones justifica la aplicación restringida de estas garantías - quedando a salvo su núcleo esencial - en función de la importancia del interés público amenazado o desconocido.

Igualmente se explica que en el contexto de dicha diferencia, el derecho disciplinario garantiza la aplicación de artículo 209 de la Carta Política ya que a través del Estado protege los principios que rigen la Función Pública como son el principio de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad a que hace referencia la norma constitucional.

Asimismo, la Corte defiende una de las principales características del derecho disciplinario, consistente en que los tipos no son autónomos, sino que remiten a otras disposiciones en donde está consignada una orden o una prohibición, cuyo incumplimiento supone cabalmente la infracción y consecuente sanción.

La tipicidad en las infracciones disciplinarias se establece por la lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición y de aquella otra que de manera genérica prescribe que el incumplimiento de tales funciones, órdenes o prohibiciones constituye una infracción disciplinaria (Ossa Arbeláez, 2000, p.273).

Esta forma de definir la tipicidad a través de normas complementarias, es un método legislativo que ha sido denominado el de las normas en blanco. Estas consisten en descripciones incompletas de las conductas sancionadas, o en disposiciones que no prevén la sanción correspondiente, pero que en todo caso pueden ser complementadas por otras normas.

El servidor público puede incurrir en conductas cometidas con dolo y ser sancionado por las mismas, lo que genera el reproche de la administración, pero además de ello también puede incurrir en conductas sancionables con comportamientos que impliquen cumplimiento incompleto o defectuoso de los deberes de cuidado y eficiencia que se le encomiendan, es por ello que el servidor público puede ser sancionado a titulo de dolo o a titulo de culpa, es decir que la conducta realizada con el interés de lesionar el orden jurídico (dolo), genera responsabilidad disciplinaria en el agente del Estado, al igual que conductas tales como la imprudencia, la impericia o la negligencia, entre otras, fuentes todas de comportamientos culposos, también lo hacen.

Por todas las anteriores razones la Corte Constitucional en sentencia 0181 de 2002, anteriormente referida, sostiene que se reconoce que la regla aplicable al derecho sancionatorio de los servidores estatales es la del *numerus apertus*. Ya que el propósito último del régimen disciplinario es la protección de la correcta marcha de la Administración pública, es necesario garantizar de manera efectiva la observancia juiciosa de los deberes de servicio asignados a los funcionarios del Estado mediante la sanción de cualquier omisión o extralimitación en su cumplimiento.

3. EFECTOS SOCIALES Y JURÍDICOS DE LA CONTROVERSIA

La controversia se mantiene entre los opositores al sistema de incriminación de *numerus apertus*, y las razones de la Corte Constitucional para validar dicho sistema, argumentando básicamente la imposibilidad del legislados plasmar en un código la gran cantidad de conductas posibles en que puedan incurrir los servidores públicos y generen un reproche disciplinario, menciona igualmente la existencia de límites a la apreciación discrecional del juez disciplinario para la aplicación de los *numerus apertus,* con la prohibición de la

interpretación extensiva de los preceptos que configuran las faltas disciplinarias, lo cual implica que el operador no puede vulnerar los derechos del disciplinado a la defensa, al debido proceso y de contradicción.

En la órbita disciplinaria, Colombia adopto como sistema de sanción de las faltas disciplinarias el denominado de los números abiertos, o *numerus apertus*, mediante este sistema se admite la posibilidad de castigar las conductas disciplinarias en que se ha incurrido a título de culpa, a pesar de que la ley no lo consagre propiamente. La consecuencia de mayor engranaje y que ha generado gran controversia es el hecho de que generalmente la determinación de si una conducta puede ser sancionada a título de dolo o culpa corresponde al operador disciplinario, autoridad encargada de imponer la sanción y no a la ley. Por esta razón la adopción del sistema de númerus apertus ha generado diversos cuestionamientos entre quienes consideran que por esa vía se pone en entredicho el principio de legalidad y el debido proceso y se transfiere a la administración, la facultad legislativa de determinar los elementos de la conducta disciplinariamente reprochable.

Pero la Corte Constitucional ha defendido el sistema de incriminación con la tesis de la de que el derecho disciplinario pretende garantizar *"la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo"*; además del hecho de la existencia de diversas conductas en las que puede incurrir un servidor público, las cuales no pueden ser copiladas en un solo código.

Pero contrario a la posición de la Corte Constitucional existe el punto de vista opuesto presentado por algunos estudiosos del Derecho Disciplinario, quienes sostienen que adoptar la teoría de los Números Apertus como sistema de incriminación, quebranta el Principio de

Legalidad y del debido proceso, ya que aseguran que con la misma nuestra Corte Constitucional le brindó herramientas a los operadores disciplinarios para disminuir en sus efectos el principio de legalidad que fuera la más hermosas de la conquista en la revolución francesa. Así mismo mencionan los opositores a la Teoría de *Numerus Apertus* que de esta forma se contraria el contenido de los artículos 4º y 23 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, permitiendo que el operador disciplinario legisle, señale y transporte de cualquier manera, comportamientos que no están descritos como falta en la ley disciplinaria vigente al momento de su realización, transgrediendo el artículo 29 de nuestra carta política que exige la preexistencia de la falta, y lo que es más grave, que lo haga posteriormente a la ocurrencia de la conducta que se va a disciplinar.

Situación ante la cual consideran que es posible pensar que si el operador disciplinario no puede demostrar el dolo en la comisión de una conducta, podrá entonces sancionar alegando que se trata de una conducta culposa en aplicación del sistema de *numerus apertus*, situación ante la cual, seguramente el investigado no se ha defendido, porque su conducta inicialmente fue ubicada dentro de la modalidad dolosa y de esta emergieron sus argumentos de descargos. Puede ser entonces que si en un momento dado dentro del proceso disciplinario, el operador decide cambiar por decirlo de alguna manera las reglas de juego, al decidir que ya no se está frente a una conducta dolosa sino a una conducta culposa, habría entonces, una presunta violación al principio de legalidad, en cuanto que la modalidad de la conducta por la que se pretende sancionar ha variado, ya que la autoridad disciplinaria puede sancionar a quien incurre en una falta disciplinaria a título de culpa o a título de dolo, porque el sistema de *numerus apertus* lo autorizan para hacerlo, así no lo señale directamente la ley.

CONCLUSIONES

Es posible concluir entonces que teniendo en cuenta que el fin principal de la aplicación de las normas disciplinarias es el normal y correcto funcionamiento de la administración pública, se hace imprescindible la existencia de un derecho disciplinario que imponga a los agentes del estales un deber general de cuidado, diligencia y corrección en el desempeño de sus funciones el cual sea sancionable cuando se incumple, por tal razón es importante que el mismo estado se autoregule e imponga sanciones a aquellos que no cumplen, con el celo requerido, las obligaciones que le son entregadas como servidor público.

Teniendo en cuenta el universo de conductas que puede realizar el ser humano como servidor público, se considera pertinente la adopción de un sistema de números abiertos, los cuales remitan al ordenamiento que complementa la norma jurídica que ha sido infringida por el agente estatal, de lo contrario se retrotraería la inicial practica, en donde existían cualquier cantidad de códigos disciplinarios según los órganos administrativos existentes. Las normas disciplinarias tienen un complemento normativo compuesto por manuales que contienen prohibiciones, mandatos y deberes, a los cuales se hace necesario remitirse para imponer las sanciones correspondientes, garantizando así el principio de legalidad y tipicidad al encontrar una norma clara y concreta en donde se describe la conducta irregular. Así, la infracción disciplinaria siempre supone la existencia de un deber cuyo olvido, incumplimiento o desconocimiento genera la respuesta represiva del Estado.

El sistema de *numerus apertus* autorizan al juez disciplinario para determinar la modalidad desplegada en la conducta, así no lo señale directamente la norma legal, lo cual implica que el operador disciplinario está obligado a observar la naturaleza de la conducta reprochable para verificar si el tipo disciplinario admite la culpa o por el contrario debe ser calificado a titulo de dolo. Situación que es clara

en los eventos en que norma determina si un individuo puede incurrir en la conducta descrita de manera culposa o dolosa. Algunas conductas descritas por la norma legal no admitirían, por su propia estructura, ser cometidas sino dolosamente.

BIBLIOGRAFÍA.

- Barreto H, (1999). *Principios normas rectoras de la ley disciplinaria*, Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Publico, Procuraduría General de la Nación
- Corte Constitucional (2006), *Sentencia. C-393 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil.* Bogotá, Colombia.
- Constitución Política de Colombia, articulo 29.
- Corte Constitucional (2002), *Sentencia C- 155 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.* Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2002). *Sentencia C-181-02. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.* Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2006*), Sentencia C-987 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.* Bogotá, Colombia.
- Ossa Arbeláez, J (2000). *Derecho Administrativo Sancionador.* Bogotá: Ed. Legis