

CODIGO DISCIPLINARIO GARANTIAS Y DEBIDO PROCESO

GISERY VANEGAS GOMEZ

Universidad Militar Nueva Granada
Facultad de Derecho
Especialización Derecho Sancionatorio
Bogotá 2015

CÓDIGO DISCIPLINARIO GARANTÍAS Y DEBIDO PROCESO

*“Si la historia de las penas, es una historia de horrores,
la historia de los procesos, es una historia de errores”.*

Ferrajoli

Gisery Vanegas Gómez*

RESUMEN

El código único disciplinario es la norma rectora para la acción disciplinaria que tiene el estado colombiano, para investigar y sancionar, a los servidores públicos, y como tal limita el poder disciplinario del estado, es así que el debido proceso y otras garantías son elementos esenciales de esta ley, pero por su diseño del procedimiento hace que se susciten riesgos al debido proceso, este artículo analiza y explica algunos de los casos estos riesgos pueden surgir.

Palabras clave:

Debido proceso, proceso disciplinario, derecho procesal penal, garantías al debido proceso

DISCIPLINARY CODE WARRANTIES AND DUE PROCESS

ABSTRACT

* Abogada de la Universidad Santiago de Cali, Estudiante de la Especialización de Derecho Sancionatorio, el presente trabajo se presenta para optar por el correspondiente título de especialista.

The only disciplinary code is the governing standard for disciplinary action that has the Colombian state to investigate and punish public servants, and as such limits the disciplinary power of the state, so that the due process and other guarantees are essential of this law, but its design makes the procedure risks arising due process, this article analyzes and explains some of the cases these risks can arise.

Keywords:

Due process, disciplinary proceedings, criminal procedural law, due process guarantees

INTRODUCCIÓN.

Este trabajo solamente analizara un aspecto del Código Único Disciplinario, y es el debido proceso y algunas de la garantías que este trae dentro del procedimiento disciplinario, pero este estudio es una tarea muy larga, razón por la cual se delimitara a buscar e identificar algunos de los riesgos que se presentan dentro del diseño de este procedimiento, es importante aclarar desde este momento que los riesgo planteados a lo largo de este escrito, son identificados de una forma hipotética, y se pueden presentar o no dentro de los procesos disciplinarios.

En primera medida se justificara el tema de estudio de este trabajo, dado que el Código Único Disciplinario fue expedido por la Ley 734 de 2002, es la norma básica para los entes encargados de adelantar la acción disciplinaria en todo el estado Colombiano, y de ahí su importancia, este norma da el procedimiento para investigar, juzgar y sancionar a todos los empleados, servidores y contratistas del estado limitando el poder disciplinario del estado colombiano, el Debido Proceso y derecho de defensa son derechos fundamentales en Colombia plasmados en la Constitución Política en su artículo 29 y es obligación del estado aplicarlo en todas sus actuaciones.

Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, el debido proceso, y el derecho disciplinario están unidos de forma inseparable, la herramienta que se usara verificar si el debido proceso está en riesgo o no, son los parámetros de cumplimiento del debido proceso estudiados por el derecho procesal penal, por dos razones básicas, la primera de ellas es que es la área del derecho que más a fondo ha estudiado el debido proceso y sus elementos, la segunda es las similitudes que tienen el derecho disciplinario y el derecho procesal penal, ya que en ambos casos se investiga, juzga y sanciona una conducta.

Desglosando un poco las razones básicas mencionadas anteriormente, es importante aclarar que el derecho penal ha estudiado con profundidad el debido proceso y demás garantías procesales, porque estas son las que limitan el poder punitivo del estado al momento de sancionar conductas reprochables.

La segunda razón por la cual se trae a colación los conceptos y elementos estudiados por el derecho penal a este trabajo, es la similitud innegable entre estas dos áreas, ya que ambas tipifican conductas reprochables por la sociedad en distintos niveles, y para sancionar dichas conductas deben ser investigadas y sancionadas, a tal punto son las similitudes entre ambas áreas del derecho, que siguen la misma estructura básica de procedimiento, la cual es investigar, juzgar y castigar.

En este orden de ideas, la acción disciplinaria tiene su origen en el artículo 209 de la constitución política de Colombia que a la letra reza

“ARTICULO 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y

publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.” (Subrayado fuera de texto)

Como se puede ver en este artículo de la constitución se evidencia los principios rectores del estado colombiano, y su incumpliendo es lo que sanciona el Código Único Disciplinario.

Teniendo en cuenta que el servidor público¹, pero como cualquier procedimiento en Colombia se debe regir por lo consagrado en el artículo 29 de la constitución política el cual consagrada el derecho fundamental al debido proceso, que dice lo siguiente.

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

(...)

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

¹ En este artículo se hablar de servidor público de manera genérica, como el sujeto disciplinable dentro del código único disciplinario.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”(subraya fuera de texto)

De los elementos subrayados en el texto anterior, se desprenden tres de las garantías que resaltan de este escrito, y que por el diseño del procedimiento pueden llegar a presentar riesgos.

Pero no sobra resaltar que el debido proceso no solo está consagrado en la constitución política de Colombia sino también en el bloque de constitucionalidad, en específico en el pacto de San José de Costa Rica, que dice así,

“Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

(...)

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

(...)

4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.” (subraya fuera de texto)

El elemento que fue subrayado dentro del texto anterior, es uno de los elementos que presentan mayor dificultad dentro del estudio del diseño del proceso disciplinario

Las garantías a estudiar son el debido proceso, la presunción de inocencia, la carga de la prueba, y por último la oportunidad de solicitar y controvertir pruebas.

GARANTÍAS AL DEBIDO PROCESO

Entrando en materia, dentro de este acápite se estudiarán algunas garantías que tiene la finalidad de limitar el poder disciplinario del estado colombiano y garantizar en la medida de lo posible los derechos fundamentales del investigado disciplinariamente, evidenciando algunos riesgos que se presentan por el diseño del procedimiento consagrado en la Ley 734 de 2002.

Al respecto del debido proceso, la doctrina y la jurisprudencia han escrito, y conceptualizado durante años, llegando a un consenso sobre su importancia y su valor para preservar las garantías fundamentales, de los investigados y en general de todas las actuaciones estatales,

“Implica la tramitación de un verdadero Juicio Previo, LIMPIO Y TRANSPARENTE, en el sentido de que la producción de los elementos crediticios haya tenido lugar ante el Juez, que al acusado se le haya otorgado la posibilidad real de conocer y controlar las pruebas que lo

incriminan y que haya podido defenderse sin ilegales obstrucciones.”
(Fernández León 1999 pg. 35)

Este es un concepto aceptado por la doctrina la corte constitución con respecto al debido proceso en sentencia C 030 de 2012 al respecto del debido proceso en el código único disciplinario ha dicho

“En el derecho disciplinario sancionador cobran vigencia los principios rectores del debido proceso, en especial los de legalidad, tipicidad, reserva de ley y proporcionalidad, como una forma de control a la potestad sancionadora del Estado en el área de la función pública, y como garantía del respeto a los derechos fundamentales del sujeto investigado. En efecto, todas las autoridades estatales titulares de la potestad sancionadora, por expresa disposición constitucional, se encuentran obligadas a garantizar y respetar el derecho fundamental del debido proceso.

El debido proceso en materia administrativa implica entonces la garantía de los siguientes principios: *“(i)[del] principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, (ii) del principio de publicidad, (iii) del derecho de defensa y especialmente el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, (iv) del principio de la doble instancia, (v) de la presunción de inocencia, (vi) del principio de imparcialidad, (vii) el principio de non bis in ídem, (viii) del principio de cosa juzgada y (ix) de la prohibición de la reformatio in pejus”*.(Sentencia de Constitucionalidad C 030 de 2012, Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.)

Teniendo en cuenta lo anterior, los conceptos sobre las garantías procesales de los investigados deben partir sobre la premisa del debido proceso y sus garantías consagradas dentro del mismo.

Dentro de estas garantías consagradas dentro del debido proceso habrá algunas que se pasaran por alto, ya que no presentan mayor dificultad dentro del procedimiento diseñado para la investigación disciplinaria, a manera enunciativa estas son: el principio de legalidad, la no auto incriminación, la no reformatio in pejus, juez natural, la prevalencia del derecho sustancial.

Es así como para estudiar las garantías dentro del proceso de investigación, y juzgamiento, dentro del procedimiento que trae el código único disciplinario, para este análisis se usara lo escrito en materia penal, ya que el parecido entre estas dos áreas del derecho es notoria ya que estas dos áreas investigan y juzgan conductas reprochables en cada caso en particular.

Para empezar él es estudio del debido proceso dentro del derecho disciplinario se usa los axiomas de Ferrajoli sobre los cuales se puede decir con claridad que el cumplimiento de estos puede llegar a garantizar que un procedimiento de juzgamiento de cualquier área es o no garantista.

De esta manera se aclara que elementos conceptuales se usaran para el análisis antes mencionado los cuales son los

“Diez axiomas del garantismo penal: el sistema garantista SG. Llamo garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal SG, que incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de un modelo límite, sólo tendencia¹ y nunca perfectamente satisfacible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré, siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas:

A1 Nulla poena sine crimine.

A2 Nullum crimen sine lege.

- A3 Nulla lex (poenalis) sine necessitate.
- A4 Nulla necessitas sine iniuria.
- AS Nulla iniuria sine actione.
- A6 Nulla actio sine culpa.
- A7 Nulla culpa sine iudicio.
- A8 Nullum iudicium sine accusatione.
- A9 Nulla accusatio sine probatione.
- A10 Nulla probatio sine defensione.” (Ferrajoli 1989, pg. 91)

El autor explica acto seguido el significado de cada uno de los axiomas que se usaran como elementos de análisis.

“Llamo a estos principios, además de a las garantías penales y procesales por ellos expresadas, respectivamente: 1) principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2) principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto; 3) principio de necesidad o de economía del derecho penal; 4) principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5) principio de materialidad o de la exterioridad de la acción; 6) principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7) principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto; 8) principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 9) principio de la carga de la prueba o de verificación; 10) principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación.” (Ferrajoli 1989 pg. 91) (subrayado fuera de texto)

en este orden de ideas se puede decir sin temor a equivocarse que el cumplimiento de estos diez axiomas presentan una probabilidad mas alta de un procedimiento garantistas.

En este orden días los axiomas que fueron subrayados en el texto anterior son los puntos que presentan mayor dificultad dentro del proceso disciplinario, ya que

estos axiomas van de la mano uno con otro, al momento de fallar uno los siguientes pueden llegar a presentar problemas todos los demás.

Para empezar el análisis se estudiara el axioma numero 8 el cual preceptúa la separación entre el acusador y el juez, este tiene la finalidad de que dentro del proceso haya imparcialidad, y la dicotomía dentro del proceso entre el acusador y el defensor se lleve a cabo siempre bajo la vigilancia de un Juez neutral.

En la ley 734 de 2002 en su artículo 89 explica cuáles son los sujetos procesales que son intervinientes dentro del proceso disciplinario que son:

“Artículo 89. Sujetos procesales en la actuación disciplinaria. Podrán intervenir en la actuación disciplinaria, como sujetos procesales, el investigado y su defensor, el Ministerio Público, cuando la actuación se adelante en el Consejo Superior o Seccional de la Judicatura o en el Congreso de la República contra los funcionarios a que se refiere el artículo 174 de la Constitución Política.

En ejercicio del poder de súper vigilancia administrativa y cuando no se ejerza el poder preferente por la Procuraduría General de la Nación, ésta podrá intervenir en calidad de sujeto procesal. ”

De lo anterior se evidencia que los sujetos procesales dentro de la actuación disciplinaria son el investigado, su defensor, el ministerio público en casos específicos, el ente investigador que hará las veces de ente acusador y Juez.

En este orden de ideas el acusador y el juez son la misma institución dentro de este procedimiento, lo cual va en contravía del axioma número 8 que sería principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación.; lo cual presenta la

dificulta de la recolección de la información para sustentar las decisión final será cual sea.

En la mayoría de procedimientos tienen el fin primordial, la búsqueda de información para poder tomar una decisión, la información es recolectada por medio de los sujetos procesales, que allegan esta al juez para que el tome la decisión, en materia penal, el ente acusador y la defensa se encargan de eso.

Pero en el caso específico del proceso disciplinario el ente acusador y el ente juzgador son la misma institución, tiene como consecuencia una alta probabilidad que puede resultar en una falta de imparcialidad, haciendo que distintas garantías se vean afectadas, como lo es el debido proceso.

Esta dificultad evidenciada puede desprenderse en otro problema que llama Ferrajoli

“Derecho penal mínimo y racionalismo jurídico; derecho penal máximo e irracionalismo jurídico. Los sistemas de derecho y de responsabilidad penal distinguidos en los apartados precedentes oscilan entre dos extremos opuestos, identificables no sólo con las dicotomías saber/poder, hecho/valor o cognición/decisión, sino también con el carácter condicionado o incondicionado, o bien limitado o ilimitado, del poder punitivo.” (Ferrajoli 1989 pág. 102)

Este tipo de análisis se puede trasladar al derechos disciplinario, ya que este es un tipo de derecho sancionatorio, es así que se continua con el análisis de lo que se podría el derecho disciplinario mínimo y máximo.

Es así como Ferrajoli continúa su disertación de la siguiente manera,

“El modelo garantista descrito en SG presenta las diez condiciones, límites o prohibiciones que hemos identificado como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: según este modelo, no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su previsión por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, sus efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba” (Ferrajoli 1989 pago 102)

Teniendo en cuenta lo anterior Ferrajoli se continua explicando

“Llamo a estos dos extremos «derecho penal mínimo» y «derecho penal máximo», refiriéndome con ello bien a los mayores o menores vínculos garantistas estructuralmente internos al sistema, bien a la cantidad y la calidad de las prohibiciones y las penas en él establecidas L3. (Ferrajoli 1989 pág. 102)

Continúa diciendo lo siguiente,

“Entre los dos extremos, se ha visto, existen muy diversos sistemas intermedios, hasta el punto de que deberá hablarse más propiamente, a propósito de las instituciones y ordenamientos concretos, de tendencia al derecho penal mínimo o de tendencia al derecho penal máximo. En los ordenamientos de los modernos estados de derecho, caracterizados por la diferenciación en varios niveles de normas, estas dos tendencias opuestas conviven entre sí, caracterizando una a los niveles normativos superiores y la otra a los niveles normativos inferiores, y dando lugar, con su separación, a una inefectividad tendencial de los primeros y a una ilegitimidad tendencial de los segundos. (Ferrajoli 1989 pág. 102)

Es así como se encuentra el primer riesgo dentro del proceso disciplinario, el cual va directamente al debido proceso, ya que este es un conjunto de garantías, se evidencia que al aumentar o suprimir garantías dentro del procedimiento, en este caso no de forma de supresión legal, es decir quitando garantías de la normatividad, si no el ejercicio de las misma en la práctica, se puede mover entre el derecho disciplinario mínimo al derecho disciplinario máximo.

Es así como se continua con el segundo concepto de Ferrajoli (1989) el “principio de la carga de la prueba y la verificación” la carga de la prueba en el código único disciplinario está a cargo del estado, esto de la mano del precepto constitucional de la presunción de inocencia consagrado en el artículo 29 de la carta, de igual manera el código único disciplinario trae la misma presunción en su artículo 9 que a la letra dice,

“Artículo 9°. Presunción de inocencia. A quien se atribuya una falta disciplinaria se presume inocente mientras no se declare su responsabilidad en fallo ejecutoriado. Durante la actuación toda duda razonable se resolverá a favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.” (Ley 734 de 2002)

Pero si bien es cierto, la garantía de carácter procesal está consagrada en la norma, la vigilancia de la misma esta cargo del ente investigador, lo que quiere decir que el mismo que investiga y juzga es el mismo sujeto procesal, teniendo la consecuencia que la observancia estricta que debe tener este derecho fundamental y garantía procesal internacionalmente consagrada, no se tan estricta por el prejuicio que puede llegar a ser suscitado en la etapa de investigación y antes que el sujeto investigado sea notificado de las actuaciones, es decir que se puede hacer un preconcepto antes de elevar pliego de cargos.

Lo cual genera dudas sobre la objetividad de la investigación, en este punto es pertinente ver la palabras de Villegas Garzón manifiesta que

"En el artículo 73 se exige con prerrequisito de la declaratoria de terminación del proceso disciplinario que aparezca plenamente probada la causa que se invoca como fundamento de la decisión . Esta pela prueba no es otra que la reconocida por la ley como suficiente para que se declare la existencia de la causal invocada." (Villegas Garzón 2004 Pag155).

Añade

"El artículo 73 exige probar negaciones, si es que se puede hacerse esta afirmación: el hecho atribuido no ha existido, la conducta no ésta prevista como falta disciplinaria, el proceso no puede iniciarse o proseguirse . Esta exigencia probatoria, plena por los demás, indica que de lo que se trata es de no agotar las etapas subsiguientes que apunten a un fallo absolutorio, si no iluminar la actuación ante la existencia de la circunstancia que se invoca como fundamento de la decisión" (Villegas Garzón 2004 Pag155)

Este es un ejemplo que para cualquier fallo ya sea absolutorio o condenatorio, debe estar sustentando bajo la premisa de tener plena prueba, lo cual es muy lógico en el caso del fallo condenatorio, es decir aquel fallo que condena disciplinariamente al investigado, ya que esta tiene que superar la premisa de la *presunción de inocencia*, y el *in dubio pro reo*.

Pero siguiendo este pensamiento también se debe tener plena prueba en el caso de un fallos absolutorio, es decir, debe quedar probado dentro del procedimiento que la conducta sancionable no existió, o que el funcionario no es el responsable de la conducta investigada, lo cual esta en contravía de la presunción de inocencia

que debe regir toda actuación en Colombia, ya que se solicita que haya plena prueba de la inocencia el investigado, trasladando la carga de la prueba.

Con el fin de dar luz al análisis en este momento es pertinente hacer un esquema básico del procedimiento que se sigue dentro del proceso disciplinario, que son dos, el primero de ellos el ordinario que esta consagrado del artículo 150 al artículo 171 de la Ley 734 de 2002, el cual sigue las siguientes etapas,

PROCESO ORDINARIO

- Indagación Preliminar.
- Investigación Disciplinaria.
- Evaluación de la Investigación disciplinaria.
- Descargos, pruebas y fallo.
- Segunda instancia.

El segundo tipo procesal es el procedimiento verbal que esta consagrada en los artículos 92, 150, 151 177, 178 y 188 , estas son las etapas.

PROCESO VERBAL.

- Estudio preliminar de la queja.
- Indagación preliminar
- Procedencia.
- Citación a audiencia.
- Petición de pruebas.
- Audiencia.
- Etapa probatoria.
- Alegatos de conclusión.
- Fallo.

Después es de tener claro cuales son las etapas procesales se puede evidenciar claramente, las oportunidades en los cuales se ejercen el derecho de contradicción, en el procesos ordinario todos esta reunido en una salo etapa que es DESCARGOS, PRUEBAS Y FALLO, el cual esta consagrado en el artículos 166 al 170 de la Ley 734 de 2002, en el caso del procedimiento verbal, son las siguientes PETICIÓN DE PRUEBAS, una AUDIENCIA y la ETAPA PROBATORIA, esta etapa esta consagra en el articulo 177 y 188 del código único disciplinario.

En estos momentos procesales son en los cuales se cristalizan los dos axiomas propuestos por ferrajoli 9) *principio de la carga de la prueba o de verificación*; 10) *principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación*.

En los dos tipo de procedimientos por norma constitucional tienen la carga de la prueba esta en cabeza del ente investigador, y de igual forma la verificación de las pruebas solicitadas, es decir la valoración de las misma, la decisión de pertinencia, conducencia, decisión de si las pruebas solicitadas son superfluas o inútiles, es una decisión del ente investigador.

En este sentido la carta magna en el articuló 29 al respecto manifiesta “ quien sea sindicado tiene derechos (...) a presentar pruebas y a controvertir la se alleguen en su contra”

Al respecto del derecho de contradicción Asencio Mellado ha dicho

“ si el proceso es un proceso de partes, como condición apriorística para que suceda una efectiva contradicción, ha de formularse una demanda y una contestación” (Asencio Mellado 1991 Pág. 95)

Dicha condición se presenta dentro del procedimiento disciplinario ya que se elevan cargos y luego hay unos descargos por parte de la defensa como se evidencia dentro de los procedimientos anteriormente esbozados.

Pero al respecto del derecho de contradicción tiene mas elementos que se pueden traer al asunto en concreto, según los estudiado por el derecho penal, al respecto la doctora Fernández León ha dicho

“El proceso penal es eminentemente dialectico. Busca llegar a la verdad mediante la formulación civilizada de tesis, antítesis y síntesis, o mejor, de acciones, excepciones y fallos. Para saber si un acusado es culpable o inocente, el Juez debe escuchar a una y otra parte” (Fernández León 1999 pág. 108)

Al respecto del tema, la dificultad se presenta otra vez, al ser el acusador y juzgador la misma institución, se puede llegar a presentar un problema de objetividad a la hora de hacer efectiva dicha garantía procesal.

Un ejemplo caro de esto es el auto de febrero 13 de 2002 el cual explica cuales son las reglas para determinar los anterior mente dicho, al respecto de la conducencia,

“ Es una comparación entre el medio probatorio y la ley con la finalidad de determinar si el hecho si el hecho se puede demostrar en el proceso con el empleo de un especifico medio probatorio” (Soler, Sánchez y Rrodrigo Eleberto H. 2002)

Al respecto de la pertinencia la Procuraduría General de la Nación ha dicho,

“Es la adecuación entre los hechos que se pretende llevar al proceso y los hechos que son objeto de éste, es decir, relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso”(Soler, Sánchez y Rrodrigo Eleberto H. 2002)

Las pruebas impertinentes, “se tienen aquellas que tratan de probar un hecho que nada tiene que ver con lo discutido dentro del proceso” (Soler, Sánchez y Rrodrigo Eleberto H. 2002)

Por último las pruebas superfluas son “aquellas que se hacen innecesarias en virtud de haberse ya dentro del proceso suficientes pruebas para darle la plena certeza un hecho determinado” (Soler, Sánchez y Rrodrigo Eleberto H. 2002)

De todo lo anterior se evidencia que las reglas de exclusión de pruebas siguen reglas subjetivas que son tomadas por el investigador/juzgador razón por la cual el mismo riesgo sigue latente.

En este momento, se vuelve el riesgo que se había evidenciado con anterioridad, el cual es que el investigador y el juzgador en este procedimiento están en cabeza del mismo sujeto procesal.

Es decir, que la decisión de cuáles pruebas son permitidas dentro del proceso no es hecha por un tercero al cual se le aporta la información de la conducta que se investiga, no es aportada por dos partes en debate, todo lo contrario se puede tomar que en este caso solo hay dos partes en debate, el investigador/juzgador y la defensa.

Ahora bien, esto nos lleva al segundo axioma probatorio, 10) *principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación* en este punto surge la misma circunstancia, por el diseño del procedimiento disciplinario, al ser la misma institución el investigador y el juzgador, no hay forma de garantizar que la contradicción hecha por la defensa sea escuchada y tenida en cuenta por el juzgador ya que existe una posibilidad de existir un prejuicio por parte del juzgador.

En consecuencia se tiene que los axiomas 9) *principio de la carga de la prueba o de verificación*; 10) *principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación*, tienen el mismo riesgo de no ser cumplidos, por la misma circunstancia la cual es el ente investigador/juzgados, en otras palabras juez y parte, siendo las dos figuras procesales en simultaneo, se corre el riesgo que la carga de la prueba sea trasladada sin justificación y que el principio de contradicción de la prueba no se cristalice, ya que los alegatos de la defensa no puede llegar a ser tenidos en cuenta, y siendo un elemento primordial de la comunicación que los interlocutores se escuchen entre si hacer que el procedimiento corra el riesgo de no cumplir con las garantías necesarias para un juicio justo.

Si bien es cierto, lo anterior el procedimiento disciplinario tiene un elemento clásico de los procedimientos legales, el cual es la figura de la nulidad, que tiene la finalidad de hacer respetar las garantías procesales y liberar del todo vicio el procedimiento, anulando todo aquello que no sea correcto dentro del proceso.

La Ley 734 de 2002 en su artículo 143 trae las causales de la nulidad y son las siguientes:

- “ Artículo 143. Causales de nulidad. Son causales de nulidad las siguientes:
La falta de competencia del funcionario para proferir el fallo.
2. La violación del derecho de defensa del investigado.

3. La existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso.

Parágrafo. Los principios que orientan la declaratoria de nulidad y su convalidación, consagrados en el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán a este procedimiento.” (subraya fuera de texto).

Las frases subrayadas son las causales que protegen las garantías de las cuales trata este trabajo, que son el derecho de defensa y las irregularidades que afecten al debido proceso, pero en este momento vuelve a surgir el error en el diseño del derecho disciplinario, el cual es que la persona que tiene que decidir sobre la nulidad presentada es la misma que ha llevado a cabo todo el procedimiento, lo cual presenta un incentivo para no ser objetivo en la decisión de la nulidad.

Como consecuencia de lo anterior hace que la herramienta procesal pierda su efectividad.

CONCLUSIONES.

Para finalizar este trabajo, después de analizar el código único disciplinario el cual fue promulgado por medio de la Ley 734 de 2002, el cual regula el procedimiento de investigación, juzgamiento y sanción de las conductas disciplinariamente reprochables.

Las conclusiones a las que se llegaron después del estudio desde los puntos de vista legal, jurisprudencial y doctrinal, sobre los riesgos que se pueden llegar a presentar en las garantías procesales y el debido proceso dentro del procedimiento disciplinario.

Si bien es cierto la existencia de un código único disciplinario tiene como finalidad el control del poder sancionatorio del estado colombiano, se evidencia serios

problemas en el diseño del procedimiento que conlleva un incremento ostensiblemente en el riesgo que se vulneren garantías procesales y el debido proceso.

El primer riesgo se presenta porque el ente acusador y el juez son la misma institución dentro de este procedimiento, lo cual va en contravía del axioma número 8 que sería principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; este procedimiento al tener este diseños afecta sustancialmente varias garantías y el debido proceso, haciendo una sucesión de riesgos, trayendo a colación un refrán popular, una cadena es igual de fuerte a su eslabón más débil, en el caso concreto el eslabón más débil es el incumplimiento del axioma número 8 de Ferrajoli.

Así las cosas, a continuación se enumeran los riesgos que se desprenden del incumplimiento de este

El primero de ellos es que en la mayoría de procedimientos tienen el fin primordial, la búsqueda de información para poder tomar una decisión, la información es recolectada por medio de los sujetos procesales, que allegan esta al juez para que el tome la decisión, en materia penal, el ente acusador y la defensa se encargan de eso, pero al incumplirse el axioma antes misionado, hace que esto no se cumpla y la búsqueda de información puede llegar a estar tergiversada y un desequilibrio entre los roles de los sujetos procesales.

La segunda conclusión se tiene que ver con los axiomas 9) *principio de la carga de la prueba o de verificación*; 10) *principio del contradictorio, o de la defensa, o de refutación*, tienen el mismo riesgo de no ser cumplidos, por la misma circunstancia la cual es el ente investigador/juzgados, en otras palabras juez y parte, siendo las dos figuras procesales en simultaneo, se corre el riesgo que la carga de la prueba sea trasladada sin justificación y que el principio de contradicción

de la prueba no se cristalice, ya que los alegatos de la defensa no puede llegar a ser teniendo en cuenta, y siendo un elemento primordial de la comunicación que los interlocutores se escuchen entre si hacer que el procedimiento corra el riesgo de no cumplir con las garantías necesarias para un juicio justo.

Si bien es cierto, lo anterior el procedimiento disciplinario tiene un elemento clásico de los procedimiento legales, el cual es la figura de la nulidad, que tiene la finalidad de hacer respetar las garantías procesales y liberar del todo vicio el procedimiento, anulando todo aquello que no se correcto dentro del proceso.

Como ultima conclusión se puede decir que todos los riesgo que se plantearon a lo largo del escrito, se derivan del incumplimiento del axioma de la separación del acusador y el juzgador ya que esto hace que se pierda objetividad en varias situaciones procesales, como es la carga de la prueba es decir la presunción de inocencia, la contradicción de las pruebas presentadas en contra del investigado afectando el derecho de defensa.

Así las cosas como conclusión primordial, se evidenció que con el diseño elaborado por el legislador en el código único disciplinario, se pude presentar el riesgo que el poder disciplinario del estado no está limitado, el segundo riesgo que se puede presentar es que no haya equilibrio de armas entre los sujetos procesales, el tercer riesgo es la inversión de la carga de la prueba, en cuarto riesgo que se puede presentar es que el principio de defensa, la contradicción como tal, no se dé ya que los argumentos de la defensa no sean escuchados, el último riesgo el cual afecta directamente al debido proceso es la posible ineficacia de las nulidades como figura clásica procesal que protege al debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Colombia.

- Pacto de San José de Costa Rica.
- Ley 734 de 2003
- Sentencia de Constitucionalidad C 030 de 2012, Magistrado Ponente: Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.
- Auto de febr. 13 de 2002. Claudia E. Soler, Rafael Sánchez T. Y Rodrigo Elberto H. Suscriptores Procuraduría General de la Nación. Despacho del Procurador.
- Asencio Mellado, José María. Principio Acusatorio y Derecho de Defensa en el Proceso Penal. 1991
- Fernández León ,Whanda. Procedimiento Penal Constitucional 1999
- Ferrajoli, Luigi. Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal 1989
- Quintero Quintero, Marta Helena. Nulidades en el Proceso Disciplinario
- Villegas Garzón, Oscar. El Proceso Disciplinario 2004