



**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA**

**Facultad de Derecho**

**Especialización Derecho Sancionatorio**

**Investigación II**

**Cohorte 11**

**EXISTENCIA DE BIENES JURIDICOS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO**

**Catalina Giraldo Vélez**

**Carlos Andrés Urbina Morales**

**Bogotá D.C., Colombia**

**2013**

## INTRODUCCION

En la creación y desarrollo de la dogmática del derecho disciplinario, se ha presentado de manera continua una aporética frente al tema de la existencia del bien jurídico, lo que nos instó a develar si en nuestro ordenamiento jurídico se permite o se encuentra tal categoría dogmática como admisible, o si por el contrario solo se puede hablar de deber funcional sin el uso de referentes materiales o sustanciales, que se sustraen solamente a la realización objetiva de una descripción típica como elemento determinante de las faltas disciplinarias.

La existencia del bien jurídico dentro del derecho disciplinario como creación dogmática, permite definir el sentido de las normas y los juicios de valoración que ello contiene, otorga una sustancialidad normativa que propondría dentro del derecho disciplinario una nueva óptica que definiría de manera especial la razón de ser, el fin, el propósito, el enfoque, la dirección, el tratamiento, el manejo, y la existencia del derecho disciplinario como sistema y modalidad del derecho sancionatorio.

## EXISTENCIA DE BIENES JURIDICOS EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

En el ordenamiento jurídico Colombiano, el derecho disciplinario frente a otras ramas del derecho sancionador se encuentra en pleno Advenimiento y construcción, por lo que han surgido ciertas corrientes dogmáticas que han intentado aportar a dicha creación, dentro de las cuales se ha venido trabajando en la fundamentación de una dogmática propia; dicha dogmática se ha referido frente al tema bajo dos parámetros categóricos o posiciones doctrinales frente a la existencia del bien jurídico en el derecho disciplinario, sin que haya en definitiva una postura clara, defendible a la que no le quepan vacíos, y que le otorgue una verdadera categoría dogmática e identidad propia al derecho disciplinario y hacer de ello un tema acabado y resuelto.

Hemos observado cómo cada posición ha tomado partido con el objeto de definir la existencia o no del bien jurídico en el ordenamiento disciplinario, sin resolver de manera definida si existe, si es definible, determinable o si la existencia de ello es algo inviable o no desde el punto de vista racional, práctico y dogmático; por lo que hemos entrado a despejar el tema bajo el entendido de: ¿Cómo el ordenamiento jurídico en la creación del derecho disciplinario establece la existencia de un bien jurídico tutelado?.

Para orientarnos mejor frente a la existencia de bienes jurídicos, es necesario apelar a diferentes definiciones y posturas históricas y doctrinales en aras de entender racionalmente qué se ha entendido como bien jurídico, su evolución y noción básica frente a la doctrina; por ello, a continuación exponemos las siguientes concepciones respecto del bien jurídico:

Stratenwerth (2005) Expone: (...) que por su parte, Giovanni Fiandaca & Enzo Musco, en forma coincidente con su postura, que: “Desde el punto de vista histórico, la paternidad del concepto de bien jurídico, entendido como noción apta para determinar el objeto de la tutela penal, se atribuye al jurista alemán Birnbaum”. En un escrito de 1834 [‘Über das Erfordernis der Rechtsverletzung zum Begriffe des Verbrechens, mit besonderer Rücksicht auf den Begriff der Ehrenkränkung’, en Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1834, pp. 149 y ss.](...). (p.65)

Birnbaum (citado por F. Niño, 2001) afirmó: “que el autor citado evaluó críticamente la

concepción proto-ilustrada del delito como ‘violación de un derecho subjetivo’, advirtiendo cómo la concepción mencionada había sido incapaz de explicar por sí misma la punición de hechos lesivos de bienes con un rango particular (...), pero que no podían encuadrarse en el paradigma del derecho subjetivo”.

Stratenwerth (2005) afirma: “Que para Binding, que es quién impuso realmente el concepto de “bien jurídico”, lo único determinante era la decisión del legislador de otorgar protección jurídica a un bien. En contraposición, fueron sobre todo v. Liszt y la doctrina neokantiana del Derecho penal, representada entre otros por M. E. Mayer y Honig, los que intentaron desarrollar parámetros “pre legales”. (p.33)

Bacigalupo (1999) afirma: “El Derecho penal moderno (a partir de Binding) se ha desarrollado desde la idea de protección de bienes jurídicos. De acuerdo con ella, el legislador amenaza con pena las acciones que vulneran (o ponen en peligro) determinados intereses de una sociedad determinada. La vida, la libertad, la propiedad, etcétera, son intereses o finalidades de la sociedad que el legislador quiere proteger amenazando a quienes los ataquen con la aplicación de una pena; de esta forma, tales intereses se convierten, a través de su reconocimiento en el orden jurídico positivo, en bienes jurídicos. De la idea de protección de bienes jurídicos se deducen en la teoría límites para el ius puniendi, es decir para el derecho de dictar leyes penales”. (ps. 43 y 44)

Por su parte, Maximiliano Rusconi enseña: “que según esta teoría, es el concepto de la protección de bienes jurídicos el que debe transformarse en la idea rectora de la formación del tipo y en la legitimación de la intervención punitiva. El derecho penal, para este punto de vista, es el instrumento al que se acude sólo para la protección de los intereses vitales de la comunidad: vida, libertad, honor, propiedad, etc”. (Rusconi 2007).

Jakobs conceptúa acerca del bien jurídico diciendo: -que el mismo ha sufrido violentas modificaciones que han olvidado su carácter de estándar axiológico. Maximiliano Rusconi,

siguiendo a Ferrajoli, traza la siguiente “parábola involutiva:

1. En un primer momento, en el pensamiento ilustrado, el objeto del delito debía ser la lesión de un derecho subjetivo natural de la persona (vida, salud, libertad).
2. Birnbaum luego hablaría de “cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado, siempre que esta tutela general no pueda ser realizada más que mediante la amenaza de una pena determinada”.
3. Para la escuela clásica italiana (Romagnosi, Pellegrino Rossi y Carrara) el concepto continúa manteniendo una base empírica.
4. En la segunda mitad del siglo XVII el concepto pierde “toda función axiológica”. Quizá en este momento se produce la “bisagra” más nítida desde el punto de vista conceptual. Al decir de Ferrajoli: “Su significado no sólo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su referente empírico, que se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del Estado, concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la finalidad.

Este giro, en parte, es atribuido a Hegel” (cita de Ferrajoli, Derecho y Razón, ps. 464 y ss.).

5. Luego, a través de Ihering, Liszt y Binding, el concepto, progresivamente, se va transformando en “el derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena”. Esta concepción se ve identificada nítidamente en la concepción de Giuseppe Maggiore para quien “todo delito es, en definitiva, un delito de felonía, un crimen *laesae maiestatis*”.
6. El último giro “involutivo”, Ferrajoli lo ubica en la etapa espiritualista e irracionalista en la cultura alemana de comienzos del siglo XVIII, momento en el cual “el concepto de bien se desmaterializa definitivamente, transformándose, de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y autorreflexivo de legitimación política de los intereses tutelados”.
7. Sin embargo, Ferrajoli advierte que luego de la Segunda Guerra Mundial el concepto adquiere “relevancia crítica y función axiológica”. (Rusconi, 2007, ps. 78, 81 y 82).

Günther (2003), Jakobs posee su línea argumentativa al respecto de acuerdo a los postulados del profesor de Bonn quien entiende que: “el derecho penal no tiene por función proteger bienes, sino reafirmar la vigencia de la norma”.

Comienza su argumento demostrando que, en realidad, el derecho penal no pretende proteger bienes, pues ellos, normalmente, se destruyen sin intervención de persona alguna, sino naturalmente. Así lo anota: "Si se incluyen todos los bienes que deben ser protegidos de modo incondicionado (...) entre los bienes jurídicos, pronto se constata que en la gran mayoría de la ocasiones perecen de un modo que no le interesa al derecho, especialmente al derecho penal, en lo más mínimo. [Por ejemplo] Los seres humanos mueren por las afectaciones que sus órganos presentan inevitablemente al alcanzar una edad avanzada...

(...) se dice, entonces, que la relevancia jurídica de los bienes es relativa, referida sólo a una determinada puesta en peligro. (...) el derecho penal ya no garantiza la existencia de los bienes jurídicos en sí, sino sólo que las personas no ataquen esos bienes, y, de manera correspondiente, únicamente en esta medida se tratará de bienes jurídicos, por lo demás, de meros bienes que pueden perecer. (...) la muerte por senectud es la pérdida de un bien, pero la puñalada del asesino es una lesión de un bien jurídico. Por lo tanto, el derecho penal no sirve para la protección genérica de bienes que han sido proclamados como bienes jurídicos, sino para la protección de bienes contra ciertos ataques, y sólo en lo que se refiere a esta protección los bienes aparecerán en la lente del derecho, y serán bienes jurídicos.

(...)Por lo tanto, el derecho penal como protección de bienes jurídicos significa (¡en todo caso!) que una persona, encarnada en sus bienes, es protegida frente a los ataques de otra persona.

Concluye tajantemente Jakobs (2003): "El derecho penal garantiza la vigencia de la norma, no la protección de bienes jurídicos”.



Afirma el profesor alemán: -Lo que caracteriza al comportamiento humano jurídico penalmente relevante no es que lesione o ponga en peligro bienes jurídicos -esto también sucede por catástrofes naturales, animales, etc-; Afirma además que no todo tipo penal sanciona a quien lesione un bien jurídico, por la sencilla razón de que existen tipos penales que sancionan única y exclusivamente “la defraudación del rol asignado”-

Von Liszt, define el “bien jurídico” de la siguiente manera: “Nosotros llamamos bienes jurídicos a los intereses protegidos por el Derecho. Bien jurídico es el interés Jurídicamente protegido. Todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del Derecho eleva el interés vital a bien jurídico”. (Von Liszt, 1999, p. 6)

Resumidos los conceptos anteriores, podemos puntualizar respecto de la definición de bien jurídico, analizado y entendido independientemente de su efecto, y centrándonos solo en su esencia, que el bien jurídico surge del interés de una sociedad que concibe como de vital importancia ciertos valores para poder vivir y por la cual le asisten razones de necesidad que provocan que dichos intereses sean elevados a protección especial, creándose así ciertos mecanismos de protección a través del *ius puniendi*; de la misma manera, se entiende también que existe un carácter axiológico que define los elementos que constituyen al bien jurídico y que no solamente se abordan desde el punto de vista subjetivo, sino que la sociedad de una manera u otra, percibe como la vida, y la vida en sociedad necesita crear juicios de reproche frente las posibles lesiones que pueda sufrir dicho bien o interés, ideado en términos de especial protección.

Encontramos dentro de la categoría o modalidad del derecho punitivo, el derecho disciplinario donde uno de sus más juiciosos exponentes el doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, expone dentro el tema y diserta acerca de la concepción del bien jurídico en materia disciplinaria; afirma el autor: “que el bien jurídico es un elemento que es inexistente



en materia disciplinaria, dada las condiciones en el que el derecho disciplinario se fundamenta, esto es en la norma subjetiva de determinación; además, afirma que la sanción administrativa es una respuesta a la inobservancia de las obligaciones, deberes y mandatos generales y específicos creados para el adecuado funcionamiento de la administración”. (Gómez Pavajeau, 2011)

Sostiene que la existencia del bien jurídico en materia disciplinaria, constituye un garrafal error político-criminal, ya que dicho juicio realizado respecto de las conductas de los funcionarios, abordadas desde el derecho disciplinario, podría ser objeto de regulación e intervención penal; define entonces, que la existencia de bienes jurídicos y de la antijuridicidad propia de este instituto es materia singular del derecho penal.

Gómez Pavajeau Añade, “que debe distinguirse entre la existencia de intereses jurídicos propios del derecho, pero en la que el derecho penal a ese interés le ha colocado el *nomen iuris* de bienes jurídicos, distinta a la del derecho disciplinario, dada su naturaleza en el que el *nomen iuris* recibido, es la infracción del deber funcional”. (Gómez Pavajeau, 2011).

Por otra parte, el doctor Reyes Alvarado (1998), propone: “ entender el bien jurídico como el objeto de protección de la norma, pero la noción de interés jurídico debe reservarse a la validez de la norma, supone este autor que toda norma lleva consigo la protección de un bien jurídico, concluyéndose que interés jurídico y bien jurídico son una misma cosa”.

La Corte Constitucional con ponencia del doctor Álvaro Tafur Galvis, (1999) indica que: “Hablando de la falta disciplinaria y de los criterios para determinar la gravedad o levedad de la misma, reconoce que existen bienes jurídicos y expone que: *“Cuando el legislador consagró una clasificación de las faltas disciplinarias entre graves y leves en el artículo 27 de la Ley 200 de 1995, acusado, y estableció unos criterios con base en los cuales el investigador disciplinario deba definir sobre la responsabilidad final en materia disciplinaria de los servidores públicos, para efectos de aplicar la correspondiente sanción, lo hizo atendiendo a los postulados generales de los regímenes punitivos aceptados por el ordenamiento constitucional, en la forma vista, con claro desarrollo de las facultades legislativas en materia de definición de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos, dentro de lo cual, es evidente que la misma puede ser graduada de conformidad con el nivel de culpabilidad con que se actúa y la*





*intensidad de la lesión que se produzca en los **bienes jurídicos protegidos con la ley disciplinaria***". (La Corte Constitucional Sentencia C-708/99)

La Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal, en el Proceso No 31362, con ponencia del *doctor Yesid Ramírez Bastidas.*, *indicó que:* " Desde la dogmática se han propuesto varias definiciones acerca de lo que constituye un bien jurídico (como, por ejemplo, síntesis ideológica entre el tipo y la cosa, realidad o fin útil para el desarrollo del individuo en el marco de un sistema social global, disponibilidad del titular frente al objeto, relación social concreta y condición de la vida social que afecta la posibilidad de participación del individuo, hay unanimidad en el sentido de que el objeto material no equivale a lo que se debe proteger, como puede apreciarse con facilidad en el delito de homicidio, en el que el bien jurídico es la vida y el objeto material además es el sujeto pasivo de la agresión, sin perjuicio de que concurren entre lo uno y lo otro ciertas coincidencias dependiendo de la técnica empleada por el legislador".

Lo anterior, sin embargo, no implica que la apreciación acerca de la lesividad de un bien jurídico pueda desligarse de la situación fáctica, real y concreta que significó el objeto material de la conducta:

*"Un representante (el objeto de la acción) no es equiparable con lo que debe representar (el bien jurídico), pero se halla respecto a éste-a diferencia de un tercero cualquiera— en una relación especial. La tesis que debe verificarse en el caso concreto reza: si no se logra establecer una relación lo suficientemente estrecha entre el objeto de la conducta y el bien jurídico, o entre la acción y el bien jurídico, no cabe seguir hablando de un representante"*.

*"Bien jurídico, por tanto, es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque; y es lesionable sólo dañando los respectivos objetos individuales de la acción"*. (Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal, en el Proceso No 31362).

Por último La Corte Constitucional en Sentencia (2012), con ponencia del doctor Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, sostiene que: *"respecto del principio de exclusiva protección*



*de bienes jurídicos de acuerdo con el cual, el Derecho penal está instituido exclusivamente para la protección de bienes jurídicos, es decir, para la protección de valores esenciales de la sociedad".*

Sobre este principio la Corte Constitucional se ha pronunciado en diversas ocasiones y hace énfasis en que: *"es al Legislador a quien corresponde determinar la política criminal del Estado y que desde esta perspectiva, a él compete, por principio, efectuar una valoración en torno de los bienes jurídicos que ameritan protección penal, las conductas susceptibles de producir lesiones en tales bienes, el grado de gravedad de la lesión que dé lugar a la aplicación del ius puniendi, y el quantum de la pena que deba aplicarse"*. (La Corte Constitucional en Sentencia C-365/12).

## **CORRIENTES DOGMÁTICAS FRENTE A LA EXISTENCIA DEL BIEN JURÍDICO EN EL DERECHO DISCIPLINARIO.**

Conocidas las anteriores descripciones respecto de las diferentes concepciones que se le ha dado al bien jurídico dentro del *ius puniendi*, entraremos a realizar el estudio del mismo desde la perspectiva del derecho disciplinario.

Podemos afirmar que frente al tema en estudio, se tienen dos corrientes centrales respecto de la existencia de los bienes jurídicos o la ideación de los mismos, pero a grandes rasgos presentaremos las dos más importantes y relevantes teorías frente al tema, ya que las mismas condensan y aglutinan toda la argumentación teórica que da validez a la razón de ser de cada postulado.



El mayor exponente de la postura de la inexistencia de bienes jurídicos en materia de Derecho Disciplinario, es el doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, quien parte de la naturaleza del derecho disciplinario, indicando que el objetivo principal del mismo es garantizar el cumplimiento de los fines y responsabilidades del Estado, es decir el rol de desempeño estatal, de allí que para el sujeto activo de la norma -El Funcionario Público- , lo que se le exige es la obligación que le impone la ley, donde la misma se orienta y ajusta a los fines del Estado y principios rectores de la actividad pública.

Gómez Pavajeau (2011), parte de la teoría de la norma para hablar de bienes jurídicos e indica que la teoría del injusto en materia disciplinaria se encuentra fundamentada sobre la naturaleza de las normas subjetivas de valoración, ya que el objeto de la norma es encauzar, dirigir y determinar el comportamiento del Funcionario Público, distinto a la norma objetiva de valoración que lo que quiere es hacer juicios de valoración sobre la acción y el resultado, categorías propias del derecho penal, ya que el desvalor de acción es el elemento fundante del injusto y se caracteriza por la voluntad o el querer, contrario a los parámetros de dirección impuestos por el orden jurídico; y el desvalor de resultado se caracteriza por la lesión de un bien jurídico. El elemento transcendente y determinante para distinguir, es que en materia disciplinaria la norma tiene un carácter subjetivo de valoración a la que solo le interesa el desvalor de acción sin importarle el desvalor de resultado, mientras que en el derecho penal le interesan los dos juicios de valoración, pero coloca como preponderante el juicio de desvalor de resultado y es allí donde se fundamenta la teoría de la norma en materia penal.

Gómez Pavajeau (2011), indica que: “el derecho disciplinario se rige por las reglas especiales de sujeción distinto al derecho penal que de manera habitual se rige por las normas generales de sujeción. También destaca el autor que el concepto de bien jurídico tiene que estar referido materialmente a la teoría de los derechos fundamentales como lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia constitucional”.



En el análisis dogmático que este autor esgrime se acepta la existencia de un referente material, pero anula la posibilidad que el mismo sea el de uso en materia penal, explica que el fenómeno propio del derecho disciplinario se encuentra en la denominada y existente antijuridicidad sustancial; esta presupone como objeto de protección del derecho disciplinario -el deber-, pero solo en términos funcionales.

Por otra parte, el Doctor Jaime Mejía Ossman (2009), quien es el mayor exponente de la tesis antitética respecto de la inexistencia de bienes jurídicos en materia disciplinaria, ha expuesto desde distintas ópticas la existencia de Bien Jurídico y ha hecho disertaciones al respecto en lo tocante a la ilicitud sustancial en el Derecho Disciplinario, dentro del marco del estado social de derecho y formula las siguientes reflexiones dirigidas a la construcción de líneas lógico jurídicas para establecer criterios y directrices que expresen una verdadera justicia disciplinaria:

En torno a la ilicitud sustancial recuerda que de conformidad con el artículo 5° de la Ley 734 de 2002, “la falta (sic) será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”, es decir que definió el legislador que la ilicitud sustancial gira en torno a la categoría de antijuridicidad, por lo que el juez disciplinario no puede despremiar, ni soslayar siquiera ese ingrediente estructural de la falta.

Resalta el Tratadista que ya en la Ley 200 de 1995, aunque no se redactó el concepto de antijuridicidad, el mismo se construía apelando a los contenidos de los artículos 17 y 18 ibídem, que señalaban:

Artículo 17. Finalidades de la ley y de las sanciones disciplinarias. La Ley Disciplinaria garantiza el cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con las conductas de los servidores públicos que los afecten o pongan en peligro.

Las sanciones disciplinarias cumplen esencialmente los fines de prevención y de garantía de la buena marcha de la gestión pública.

Artículo 18. Prevalencia de los principios rectores. En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores que determina este Código, la Constitución Política y las normas de los códigos Penal, Procedimiento Penal y Contencioso Administrativo.

Hace notar que en el Código Penal (Decreto 100 de enero 23 de 1980 se describía el concepto de antijuridicidad en su artículo 4°, en los siguientes términos:

“Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley”.

Tanto como indica que en vigencia de la Ley 200/95, la Procuraduría General de la Nación resolvía los asuntos, en sede de antijuridicidad, apelando a la construcción dogmática de la antijuridicidad en sentido material; y extracta, entre otras, las siguientes providencias para ilustrarlo:

Doctrina: Radicación 014-2307. Resolución de febrero 10 de 1998. Dr. Jaime Bernal Cuéllar. Procurador General de la Nación.

"(...) siendo aplicables al derecho disciplinario todos los principios doctrinal y jurisprudencialmente reconocidos frente al derecho penal, para deducir responsabilidad disciplinaria a una persona no basta demostrar que ella ha desconocido el tenor literal de una disposición legal, sino que además es indispensable acreditar dentro de la investigación que con dicho comportamiento se afectó el bien jurídico que el legislador pretendió resguardar mediante la creación de la respectiva norma...".

Doctrina: Radicación 089-01632-03. Dra. Laura Guiomar Echeverry Garzón,

Procuradora Segunda Delegada para la Vigilancia Administrativa.

Añade el tratadista que otra figura protagonista frente a este caso es la existencia de la "Antijuridicidad material o de lesividad"; Dado que la falta se presenta cuando el servidor público o el particular que ejerza funciones públicas afecten o ponga en peligro el decoro, la eficiencia y la eficacia de la función pública.

Lo que resalta entonces que debe para que haya falta disciplinaria un daño o deterioro en la función pública para que tenga relevancia como presupuesto de falta.

El Doctor Jaime Mejía Ossman, aglutina las siguientes redacciones del concepto de ilicitud sustancial en disposiciones de naturaleza disciplinaria con el objeto de mostrar la existencia del bien jurídico protegido por el Derecho Disciplinario:

Art. 5° L. 734/02. Ilicitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna".

Art. 4° L. 1015/06. Ilicitud sustancial. La conducta de la persona destinataria de esta ley será contraria a derecho cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna.

Art. 4° L. 1123/07. Antijuridicidad. Un abogado incurrirá en una falta antijurídica cuando con su conducta afecte, sin justificación, alguno de los deberes consagrados en el presente código.

Para ratificar, lo que se puede tomar en beneficio también de conclusión similar dentro del Derecho Disciplinario, que en aplicación del principio rector de integración normativa consagrado por el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, el elemento estructural de ilicitud sustancial, dado por la antijuridicidad obliga recurrir a otras leyes para su definición e interpretación. En este caso, al único ordenamiento legal que se ocupa de su consagración y definición, el Código Penal, la Ley 599 de 2000 que en su artículo 11 señala:

Antijuridicidad: Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga



efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal.

Indica además respecto de bien jurídico en materia disciplinaria como la misma ha venido siendo aceptada como categoría y con ello cita de manera acertada los precedentes de la Corte Constitucional en las siguientes providencias:

Sentencia C-818 de agosto 9 de 2005, expediente D-5521 (Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil), en la que se dijo:

...“De igual manera, le corresponde a dicho funcionario determinar si la irregularidad imputada al servidor público o al particular, se ajusta al principio de antijuridicidad material o lesividad reconocido por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, y hoy en día previsto en el artículo 5° de la citada ley, según el cual:

*“el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro”...”.*

Sentencia C-720 de agosto 23 de 2006, expediente D-5868. (Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández):

*“(...) mientras en el proceso penal el legislador prevé distintos bienes jurídicos objeto de protección, en el disciplinario el único bien jurídico protegido está representado por la buena marcha de la administración, su eficiencia, su buen nombre, la moralidad pública, como también la eficacia y la honradez de la administración pública; además, mientras en el proceso penal la pena tiene una función de prevención general y especial, de retribución justa, de reinserción social y de protección al condenado, en el proceso disciplinario la sanción tiene una función preventiva y correctiva para garantizar la efectividad de los principios y fines que se deben observar en el ejercicio de la función pública.”*

Acota el doctor Jaime Mejía Ossman que la Corte Constitucional en Sentencia C-720 de agosto 23 de 2006, expediente D-5868, dió plena validez a la presencia del bien jurídico tutelado en materia disciplinaria. Concluyendo que al reconocerse así se consolidó dentro del Derecho Disciplinario la “antijuridicidad sustancial”, por las razones que comparte en su integridad con el doctor Carlos Mario Isaza Serrano (2009), de la siguiente manera:

El concepto de Antijuridicidad es un concepto que se aplica a todo el ordenamiento jurídico en general y no por una determinada rama del derecho.

La antijuridicidad como instituto es un producto exclusivo que surge de la ley o como resultado de esta. El hecho que se llame “ilicitud sustancial” es simplemente para darle identidad propia del Derecho Disciplinario, pero seguirá correspondiendo a la noción de “Antijuridicidad”. Lo que es antijurídico en una rama de derecho no puede dejar de serlo en otra (pues supondría una contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico). Otra cosa es que hay un injusto penal, civil, administrativo, pero únicamente una sola antijuridicidad. La inclusión del concepto de “ilicitud sustancial” como categoría jurídica en el Código Disciplinario, el legislador lo hizo con la finalidad de que se diferenciara el ilícito disciplinario del injusto penal, sin proporcionar normativamente mayores precisiones sobre su alcance, lo que le ha permitido a los doctrinantes distanciar el ilícito disciplinario del concepto de Antijuridicidad como si fuera ajeno a ese concepto.

La muestra y el sustento legislativo de estas aseveraciones la constituyen los artículos, 43, numerales 3º y 5º de la Ley 734 de 2002 (criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta), en el que se exige el grado de perturbación del servicio y el perjuicio causado, más el 51 de la misma norma, en el que se toma como parámetro para evitar acciones disciplinarias formales, la afectación sustancial de los deberes funcionales, lo cual corrobora la exigencia de la contemplación de la afectación al bien jurídico de la Administración Pública en Derecho Disciplinario, por lo tanto se aplica el concepto de antijuridicidad sustancial y no el de la formal (Mejía Ossman



2009).

## **LA EXISTENCIA DEL BIEN JURÍDICO DENTRO DEL DERECHO DISCIPLINARIO COMO CREACIÓN DOGMÁTICA.**

Luego de apreciar las anteriores definiciones y teorías respecto de la existencia del bien jurídico dentro del derecho disciplinario, puntualizaremos más detalladamente avizorando la aporética que se presenta al respecto y que desdibuja el real sentido que puede tener este instituto dentro de las categorías dogmáticas del derecho disciplinario.

Es necesario definir lo que entendemos como concepto de bien jurídico y la manera en que lo concebimos; es así, que partimos por decir que bien jurídico es en esencia aquel valor o interés que una sociedad considera de vital importancia para poder vivir y vivir en sociedad. Identificamos un bien jurídico cada vez que frente a una situación en sociedad nos indica que amerita especial protección dado que la vida relacional de los sujetos así lo demanda.

El bien jurídico es connatural al individuo pero trasciende o adquiere especial valor cuando es visto desde la sociedad y afecta a la misma; Es así como desde los inicios definitorios de este instituto, los mismos se idean desde la existencia de los derechos subjetivos en una categorización de interés conjunto, que invita a ser protegidos de manera especial debido a la trascendencia que ello implica para la sociedad en general.

Para la protección de dichos bienes jurídicos, el legislador a través de la coerción estatal pretende garantizar su existencia, persuadiendo y disuadiendo a las personas con el fin de evitar la lesión de los mismos, es aquí cuando el estado con el fin de darle protección especial, usa la *pena* o *sanción* como instrumento de amenaza a los ataques que puedan surgir o colocar en riesgo dicho valor instruido.



El Derecho Disciplinario como rama del Derecho Sancionador y estructurado bajo las bases del Derecho Penal, encuentra en la dogmática penal de manera inmediata los elementos de desarrollo que la pueden enriquecer y aunarle conceptos, que moldeados a la naturaleza propia del Derecho Disciplinario hacen un constructo propio, es por ello que damos por cierta la existencia de los bienes jurídicos en materia disciplinaria, entendiendo que el referente próximo respecto de la protección de intereses en materia sancionatoria la ha hecho el derecho penal dentro del *ius puniendi*, de allí que surja de esta fuente la definición de bien jurídico, es por ello que consideramos un sinsentido lógico, concebir que dada la naturaleza del derecho disciplinario no pueda entenderse que quepa como instituto el bien jurídico porque se le considere a este de especial resorte del derecho penal, por el contrario encontramos que dentro de las modalidades del derecho sancionador, ha sido el derecho penal quien más aportes ha realizado y no por ello con el ánimo de ser autonomistas, creer que debemos inventarnos una categoría que lo exprese, colocándole otro *nomen iuris* al bien jurídico cuando lo que se quiere expresar y definir es lo mismo.

El bien jurídico hace referencia a los bienes tanto materiales como inmateriales, a los intereses que son efectivamente protegidos por el Derecho; es decir, son valores legalizados. La lesión o el daño, como concepto se debe extraer naturalmente no de un derecho, sino de un bien, al que le damos cierta categoría y relevancia axiológica debido a su prestancia e interés vital que representa para la comunidad.

Gómez Pavajeau (2011) parte de la premisa de la teoría de la norma, con el fin de hallar el injusto disciplinar, enfoca su análisis directamente en la definición que *per se* indica dicha teoría de la norma y planteando desde allí la admisibilidad y existencia del bien jurídico; análisis este que se resiste a toda lógica dado que la concepción del bien jurídico es anterior a la misma norma, pues es el objeto de protección, la ideación subjetiva y objetiva merecedora de valoración quien indica la razón de ser de la norma y de su enfoque y no al revés.



Aceptamos que la norma disciplinaria es una norma subjetiva de valoración que haya su expectativa en la norma de valor de acto, sin apartarnos que la misma requiere de un referente material lógico o ideológico, con el fin de no convertir en objetiva la responsabilidad en materia disciplinaria, otorgándole de manera abrupta la categoría de norma de peligro general, sino que ella misma existe por la necesidad de proteger un interés jurídico de relevancia como lo es la existencia y funcionamiento del estado, pero adecuado a la naturaleza disciplinar, es decir que lo que se trata de proteger y encauzar es la conducta con el fin de no causarle al Estado un deterioro funcional, siendo así menos estrictos respecto de la punición contrastado a las maneras usadas en materia penal y sin darle las connotaciones que a ella le revisten, puesto que la naturaleza del Derecho Disciplinario se impone bajo el postulado del deber funcional y es en aras de proteger la función pública que se encamina, se determina y se encauza el procedimiento y la sanción que al respecto esta materia amerita.

Sea la norma observada desde el resultado o desde el acto, siempre habrá un referente sustancial que trasciende más allá de la simple imposición de un deber, por ello cada vez que se está frente a una norma disciplinar el primer juicio que recibe el *tipo* será el de analizar lo que se pretende proteger y el para qué se pretende proteger, teniendo en cuenta la transcendencia en caso de haber lesividad con el despliegue de alguna conducta, y con este análisis determinar si se inclinará por determinar si dicha agresión al valor objeto de protección, coloca o no en riesgo la función pública.

Contemplar que los bienes jurídicos solo son aquellos a los que los derechos fundamentales hacen referencia, es pretender resumir y delimitar el marco ontológico que nuestra carta política traza, pero debe también pensarse en que los bienes jurídicos trascienden a estos, toda vez que es la misma vida en sociedad quien hace imperiosa la necesidad de la existencia del Estado y de su régimen de funcionamiento, bajo el pretendido de que este funcione de manera correcta, puesto que sí la sociedad creó una organización que le gobierna, lo mínimo que se puede demandar es que esta administre y funcione en la manera que se le ha encomendado, ya que de lo contrario se pensaría en deslegitimar la función pública del Estado o no se le hallaría razón de



ser a su entelequia; es decir, que el bien jurídico que ordena proteger la función pública del Estado es en sí misma la que le da plena validez a su existencia.

En el análisis realizado por el Doctor Gómez Pavajeau (2011) respecto del bien jurídico, manifiesta el fenómeno de la Ilícitud sustancial como creación propia del derecho disciplinario y con ello anula la posibilidad de la existencia del bien jurídico dentro de los institutos configurativos de la responsabilidad o la falta disciplinaria, esto con el pretendido de querer entender que los elementos sustanciales se encuentran bajo este fenómeno disciplinario, sin embargo nada o poco dista el bien jurídico de la ilicitud sustancial, ya que la conducta típica es analizada desde el punto de vista de la sustancialidad de la afectación a la función pública, lo que indica que para poder observar si la conducta es meritoria de sanción, el acto que se imputa debe haber lesionado o atentado con los fines que rigen el cabal funcionamiento de la función pública, y este análisis solo se puede hacer si se plantea bajo la lupa del bien jurídico.

Para que el Derecho Disciplinario alcance el fin de su cometido sustancial, que es el adecuado funcionamiento de la administración, deberá fijar su meta bajo parámetros y valores de necesaria protección a través de un marco punitivo que amenace la lesión de dichos bienes, el grado de lesividad o afectación es quien impone el marco de gravedad o no del acto que quebranta la estabilidad del correcto funcionamiento de la administración, tal como se entiende y como se ha abordado el tema frente a los distintos postulados generales de los regímenes punitivos, sin pensar que este sea de uso exclusivo del derecho penal, sino que más bien es una herramienta, necesaria y útil que determina respecto del quebrantamiento de lo jurídico (antijuridicidad) y caracteriza bajo este parámetro, si hay una infracción de rasgos sustanciales o meramente formales frente al bien objeto de protección.

En el desarrollo que respecto al tema ha realizado el Doctor Mejía Ossman (2009), encontramos que a pesar de ser más orgánico en su examen, es decir que toma los sentidos normativos más allá de hacer pausas definitorias, este mismo análisis es el que permite encontrar cómo dentro de nuestro orden jurídico se halla de manera



expresa y tácita el bien jurídico como elemento que determina la existencia y la sustancialidad del Derecho Disciplinario; por ello, en la configuración legislativa se nota cómo el fin de la ley disciplinaria es la de garantizar los fines y funciones del estado teniendo en la sanción la manera de garantizar la buena marcha de la administración.

## **CONCLUSION**

El bien jurídico existe en nuestro ordenamiento Disciplinario y así se hagan esfuerzos por negarlo en los análisis que como consecuencia se otorgan estados aporéticos, es el bien jurídico el núcleo, la razón de ser, el interés sustantivo de protección en materia disciplinaria, y el constructo que la normatividad ha otorgado a esta categoría dogmática es de plena existencia y vigencia, ya que la normatividad así lo indica de manera mediata o inmediata dependiendo del ordenamiento disciplinar específico, así también ya sea por la necesidad de explicarlo jurisprudencialmente, la existencia de la sustancialidad de la infracción del deber y la existencia de referentes categóricos que le den vida a los sustratos normativos que se contienen en los ordenamientos disciplinarios.

Para que el Derecho Disciplinario alcance el fin de su cometido sustancial, que es el adecuado funcionamiento de la administración, deberá fijar su meta bajo parámetros y valores de necesaria protección a través de un marco punitivo que amenace la lesión de dichos bienes, el grado de lesividad o afectación es quien impone el marco de gravedad o no del acto que quebranta la estabilidad del correcto funcionamiento de la administración

El explicar la existencia del bien jurídico no es de suyo manifestar que dicha relevancia jurídica dada, tenga la misma categoría de análisis que en materia penal, puesto que la naturaleza de cada rama del derecho se distingue por el interés que se le imprime y se persigue en cada área y materia de protección jurídica específica, con ello planteamos la necesaria conclusión que el bien jurídico es segregable de la materia penal y adjudicable a otras áreas del conocimiento jurídico que plantee la necesidad de protección de intereses con la naturaleza que se le desee revestir.

### **PALABRAS CLAVES**

**BIEN JURIDICO:** El bien jurídico ha sufrido constantes cambios definitorios desde su misma creación; Desde el punto de vista histórico, la paternidad del concepto de bien jurídico, entendido como noción apta para determinar el objeto de la tutela penal, se atribuye al jurista alemán Birnbaum. (Stratenwerth, 2005, p. 65). El citado autor evaluó críticamente la concepción proto-ilustrada del delito como ‘violación de un derecho subjetivo’, advirtiendo cómo la concepción mencionada había sido incapaz de explicar por sí misma la punición de hechos lesivos de bienes con un rango particular (...), pero que no podían encuadrarse en el paradigma del derecho subjetivo. (Niño, 2001, p. 33).

Ferrajoli, traza la siguiente “parábola involutiva:

1. En un primer momento, en el pensamiento ilustrado, el objeto del delito debía ser la lesión de un derecho subjetivo natural de la persona (vida, salud, libertad).
2. Birnbaum luego hablaría de “cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado, siempre que esta tutela general no pueda ser realizada más que mediante la amenaza de una pena determinada”.
3. Para la escuela clásica italiana (Romagnosi, Pellegrino Rossi y Carrara) el concepto continúa manteniendo una base empírica.

4. En la segunda mitad del siglo XVII el concepto pierde “toda función axiológica”. Quizá en este momento se produce la “bisagra” más nítida desde el punto de vista conceptual. Al decir de Ferrajoli: “Su significado no sólo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su referente empírico, que se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del Estado, concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la finalidad.

Este giro, en parte, es atribuido a Hegel” (cita de Ferrajoli, Derecho y Razón, ps. 464 y ss.).

5. Luego, a través de Ihering, Liszt y Binding, el concepto, progresivamente, se va transformando en “el derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena”. Esta concepción se ve identificada nítidamente en la concepción de Giuseppe Maggiore para quien “todo delito es, en definitiva, un delito de felonía, un crimen *laesae maiestatis*”.

6. El último giro “involutivo”, Ferrajoli lo ubica en la etapa espiritualista e irracionalista en la cultura alemana de comienzos del siglo XVIII, momento en el cual “el concepto de bien se desmaterializa definitivamente, transformándose, de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y autorreflexivo de legitimación política de los intereses tutelados”.

7. Sin embargo, Ferrajoli advierte que luego de la Segunda Guerra Mundial el concepto adquiere “relevancia crítica y función axiológica”

Es aquel valor o interés que una sociedad considera de vital importancia para poder vivir y vivir en sociedad. Identificamos un bien jurídico cada vez que frente a una situación en sociedad nos indica que amerita especial protección dado que la vida relacional de los sujetos así lo demanda.

El bien jurídico es connatural al individuo pero trasciende o adquiere especial valor cuando es visto desde la sociedad y afecta a la misma. Es así como desde los inicios



definitorios de este instituto, los mismos se idean desde la existencia de los derechos subjetivos en una categorización de interés conjunto, que invita a ser protegidos de manera especial debido a la trascendencia que ello implica para la sociedad en general

**DERECHO PUNITIVO:** *ius puniendi* (*pitusa*), es una expresión latina utilizada para referirse a la facultad sancionadora del Estado. De forma desglosada encontramos por un lado que, la expresión “ius” equivale a decir “derecho”, mientras que la expresión “puniendi” equivale a “castigar” y por tanto se puede traducir literalmente como derecho a penar o derecho a sancionar. La expresión se utiliza siempre en referencia al Estado frente a los ciudadanos. (<http://es.wikipedia.org/>)

**DERECHO DISCIPLINARIO:** Modalidad del derecho sancionatorio (*ius puniendi*) mediante el cual el Estado ejerce la potestad sancionatoria como mecanismo de auto tutela para garantizar el adecuado funcionamiento de la función pública y la efectiva prestación del servicio público en el marco del respeto y cumplimiento de los fines que constitucional y legalmente le incumben (Esiquio Manuel Sanchez Herrera, 2013 p. 35)





## BIBLIOGRAFIA

Bacigalupo, E. 1999. *Derecho penal. Parte general* 2ª ed. Buenos Aires:

Hammurabi.

Corte Constitucional. 1999. *Sentencia C-708/99* con ponencia del doctor Álvaro

Tafur Galvis.

Corte Suprema De Justicia, Sala De Casación Penal, *en el Proceso No 31362*, con

ponencia del doctor Yesid Ramírez Bastidas.

Sánchez Herrera, E.M, 2013, *Dogmática practicable del Derecho Disciplinario*:

Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez



Gómez Pavajeau, C.A. 2011. *Dogmática Del Derecho Disciplinario* 5 ed: Universidad Externado De Colombia.

Günther, J. 2003. Homenaje al profesor Günther Jakobs, *El funcionalismo en el Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Mejía Ossman. J. 2009. Charla académica ante el nivel directivo y asesor de la Procuraduría General de la Nación como aporte para la construcción de la “*JUSTICIA DISCIPLINARIA*” - Bogotá D.C.

Niño, L. F. trad. 2001. *Derecho penal. Parte general* (4<sup>a</sup> ed. italiana). Bogotá: Temis, 2006.

Reyes Alvarado, Y. 1998. *Bien Jurídico y derecho disciplinario*. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Rusconi, M. 2007. *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc

Stratenwerth, G. 2005. *Derecho penal, Parte general*, t. I., “El hecho punible”,



(4ª ed. alemana, 2000), Trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti.  
Buenos Aires: Hammurabi.

Von liszt, F. 1999. *Tratado de Derecho penal*, trad. de la 20ª ed. Alemana por Luis

Jiménez de Asúa, adicionado con el Derecho penal español por Quintiliano  
Saldaña, t. II, 4ª ed. Madrid: Reus

## RESUMEN

A lo largo de la creación y desarrollo de la dogmática del derecho disciplinario, se ha venido presentado de manera continua una aporética frente al tema de la existencia del bien jurídico, lo que nos instó a develar si en nuestro ordenamiento jurídico se permite o se encuentra tal categoría dogmática como admisible, o si por el contrario solo se puede hablar de deber funcional sin el uso de referentes materiales o sustanciales, que se sustraen solamente a la realización objetiva de una descripción típica como elemento determinante de las faltas disciplinarias.

El bien jurídico ha sufrido constantes cambios definitorios desde su misma creación; Desde el punto de vista histórico, la paternidad del concepto de bien jurídico, entendido como noción apta para determinar el objeto de la tutela penal, se atribuye al jurista alemán Birnbaum. (Stratenwerth, 2005, p. 65). El citado autor evaluó críticamente la concepción proto-ilustrada del delito como ‘violación de un derecho subjetivo’, advirtiendo cómo la concepción mencionada había sido incapaz de explicar por sí misma la punición de hechos lesivos de bienes con un rango particular (...), pero que no podían encuadrarse en el paradigma del derecho subjetivo. (Niño, 2001, p. 33).

Ferrajoli, traza la siguiente “parábola involutiva:

1. En un primer momento, en el pensamiento ilustrado, el objeto del delito debía ser la lesión de un derecho subjetivo natural de la persona (vida, salud, libertad).
2. Birnbaum luego hablaría de “cualquier bien que debe ser tutelado por el Estado, siempre que esta tutela general no pueda ser realizada más que mediante la amenaza

de una pena determinada”.

3. Para la escuela clásica italiana (Romagnosi, Pellegrino Rossi y Carrara) el concepto continúa manteniendo una base empírica.

4. En la segunda mitad del siglo XVII el concepto pierde “toda función axiológica”. Quizá en este momento se produce la “bisagra” más nítida desde el punto de vista conceptual. Al decir de Ferrajoli: “Su significado no sólo se amplía, sino que conoce una radical alteración de su referente empírico, que se desplaza de los intereses individuales afectados al interés del Estado, concebido al principio como interés en la protección de lo que éste considera digno de ella y, más tarde, simplemente, como interés en la obediencia o en la finalidad.

Este giro, en parte, es atribuido a Hegel” (cita de Ferrajoli, Derecho y Razón, ps. 464 y ss.).

5. Luego, a través de Ihering, Liszt y Binding, el concepto, progresivamente, se va transformando en “el derecho del Estado a las acciones u omisiones impuestas bajo amenaza de pena”. Esta concepción se ve identificada nítidamente en la concepción de Giuseppe Maggiore para quien “todo delito es, en definitiva, un delito de felonía, un crimen laesae maiestatis”.

6. El último giro “involutivo”, Ferrajoli lo ubica en la etapa espiritualista e irracionalista en la cultura alemana de comienzos del siglo XVIII, momento en el cual “el concepto de bien se desmaterializa definitivamente, transformándose, de criterio de delimitación y deslegitimación externa, en instrumento positivo y autorreflexivo de legitimación política de los intereses tutelados”.

7. Sin embargo, Ferrajoli advierte que luego de la Segunda Guerra Mundial el concepto adquiere “relevancia crítica y función axiológica”

Resumidos los conceptos anteriores, podemos puntualizar respecto de la definición de bien jurídico, analizado y entendido independientemente de su efecto, y centrándonos



solo en su esencia, que el bien jurídico surge del interés de una sociedad que concibe como de vital importancia ciertos valores para poder vivir y por la cual le asisten razones de necesidad que provocan que dichos intereses sean elevados a protección especial, creándose así ciertos mecanismos de protección a través del *ius puniendi*; de la misma manera, se entiende también que existe un carácter axiológico que define los elementos que constituyen al bien jurídico y que no solamente se abordan desde el punto de vista subjetivo, sino que la sociedad de una manera u otra, percibe como la vida, y la vida en sociedad necesita crear juicios de reproche frente las posibles lesiones que pueda sufrir dicho bien o interés, ideado en términos de especial protección.

Revisando las diferentes doctrinas y posturas de los diversos juristas en el tema del Derecho Sancionador, vemos como en la actualidad se bifurcan estos conceptos en dos grandes y sobresalientes posiciones que nos llevan a reflexionar cuál de ellas tiene más congruencia con nuestro ordenamiento jurídico en la rama del derecho disciplinario.

La primera postura que presentamos es la del doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, quien argumenta en su libro *Dogmática Del Derecho Disciplinario* 5 ed, Universidad Externado De Colombia, la imposibilidad de la existencia de bien jurídico en materia disciplinaria, partiendo de la premisa de la teoría de la norma, con el fin de hallar el injusto disciplinar, Gómez Pavajeau enfoca su análisis directamente en la definición que *per se* indica dicha teoría de la norma y planteando desde allí la admisibilidad y existencia del bien jurídico; además, estipula la existencia de bien jurídico solo en materia penal, asegura que la teoría del bien jurídico se puede observar solo en esta materia dado que la lesividad hace parte de la norma objetiva de valoración en el juicio de valor de acto; pues habla de que el objetivo es garantizar el cumplimiento de los fines y responsabilidades del Estado, pero además indica que el concepto de bien jurídico tiene que estar referido materialmente a la teoría de los derechos fundamentales como lo ha precisado la doctrina y la jurisprudencia constitucional.



Gómez Pavajeau manifiesta el fenómeno de la Ilícitud sustancial como creación propia del derecho disciplinario y con ello anula la posibilidad de la existencia del bien jurídico dentro de los institutos configurativos de la responsabilidad o la falta disciplinaria, esto con el pretendido de querer entender que los elementos sustanciales se encuentran bajo este fenómeno disciplinario.

La segunda postura es la del doctor y maestro Jaime Mejía Ossman, quien gira dialécticamente su discurso frente al que expone y argumenta el doctor Gómez Pavajeau frente al bien jurídico en materia disciplinaria; propone la existencia de bien jurídico en materia disciplinaria dentro del marco del Estado Social de Derecho; el doctor Mejía Ossman toma como referencia la ley 734 de 2002 el artículo 5° donde el legislador estipuló: “la falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”; por lo que dentro de la estructura de la falta un foco fundamental es la categorización de la antijuridicidad, pues la ilícitud sustancial de acuerdo a lo definido por el legislador gira entorno a ella.

Mejía Ossman, se apoya y argumenta en lo dicho en el Código Penal (Decreto 100 de enero 23 de 1980) se describía el concepto de antijuridicidad en su artículo 4°, en los siguientes términos:

“Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley”.

Lo que quiere decir que sí cabe la posibilidad de que exista bien jurídico tutelado en nuestro derecho disciplinario.

El doctor Mejía Ossman fija dos elementos importantes, que son los siguientes: el primero es la antijuridicidad material o lesividad, y el segundo que exista una afectación o vulneración en la función pública, este último como bien jurídico tutelado dentro del derecho disciplinario.

Para poder entrar a identificar, pero además poder tomar posición respecto a una de las dos doctrinas ya expuestas, debemos conocer el concepto de bien jurídico, el cual



nos indicará de acuerdo a todo lo aquí estudiado y las posturas leídas cuál de las dos tiene más viabilidad en el ámbito jurídico.

El bien jurídico es en esencia aquel valor o interés que una sociedad considera de vital importancia para poder vivir y vivir en sociedad.

El bien jurídico es connatural al individuo pero trasciende o adquiere especial valor cuando es visto desde la sociedad y afecta a la misma.

Es aquí donde el legislador entra y busca de manera coercitiva la protección ante cualquier vulneración que se presente de un bien jurídico tutelado, a través de la pena o la sanción.

Teniendo en cuenta todo lo aquí estudiado, y retroalimentándonos con los conceptos y posturas no solo de los juristas sino también de los pronunciamientos de las Altas Cortes, logramos tomar una postura y concluir que sí existe el bien jurídico tutelado en el derecho disciplinario; y que el concepto de Antijuridicidad se aplica a todo el ordenamiento jurídico en general.

La antijuridicidad surge de la ley o como resultado de esta. Cuando se le da el nombre o referente de "ilicitud sustancial" es para darle identidad propia del Derecho Disciplinario, pero seguirá correspondiendo a la noción de "Antijuridicidad".

Lo que es antijurídico en una rama de derecho no puede dejar de serlo en otra (pues supondría una contrariedad del hecho con el ordenamiento jurídico). Otra cosa es que hay un injusto en todas las ramas del derecho, pero una sola antijuridicidad. Cuando se incluye el concepto de "ilicitud sustancial" como categoría jurídica en el Código Disciplinario, se realiza con la finalidad de que exista una diferencia entre el ilícito disciplinario del injusto penal, pero no se precisa sobre su alcance, lo que le ha permitido a los doctrinantes distanciar el ilícito disciplinario del concepto de Antijuridicidad como si fuera ajeno a ese concepto.





Revisando las diferentes posturas acá planteadas y nuestro ordenamiento, encontramos que es admisible decir que la norma disciplinaria es una norma subjetiva de valoración que haya su expectativa en la norma de valor de acto, sin apartarnos que la misma requiere de un referente material lógico o ideológico, con el fin de no convertir en objetiva la responsabilidad en materia disciplinaria, para no otorgándole de suyo la categoría de norma de peligro general, sino que ella misma existe por la necesidad de proteger un interés jurídico de relevancia como lo es la existencia y funcionamiento del estado, que la misma norma se adecua a la naturaleza disciplinar, es decir que lo que se trata de proteger y encauzar es la conducta con el fin de no causarle al Estado un deterioro funcional; también debe afirmarse respecto a la norma ya sea observada esta desde el resultado o desde el acto, que siempre habrá un referente sustancial que trasciende más allá de la simple imposición de un deber, por ello cada vez que se está frente a una norma disciplinar el primer juicio que recibe el *tipo* será el de analizar lo que se pretende proteger y el para qué se pretende proteger, teniendo en cuenta la transcendencia en caso de haber lesividad con el despliegue de alguna conducta, y con este análisis determinar si se inclinará por determinar si dicha agresión al valor objeto de protección, coloca o no en riesgo la función pública.

Contemplar que los bienes jurídicos solo son aquellos a los que los derechos fundamentales hacen referencia, es pretender resumir y delimitar el marco ontológico que nuestra carta política traza, debe pensarse en que los bienes jurídicos trascienden a estos, toda vez que es la misma vida en sociedad quien hace imperiosa la necesidad de la existencia del Estado y de su régimen de funcionamiento, bajo el pretendido de que este funcione de manera correcta, puesto que sí la sociedad creó una organización que le gobierna, lo mínimo que se puede demandar es que esta administre y funcione en la manera que se le ha encomendado, ya que de lo contrario se pensaría en deslegitimar la función pública del Estado o no se le hallaría razón de ser a su entelequia; es decir, que el bien jurídico que ordena proteger la función pública del Estado es en sí misma la que le da plena validez a su existencia.



El bien jurídico existe en nuestro ordenamiento Disciplinario toda vez que si partimos por la definición que le cabe el bien jurídico es en esencia aquel valor e interés que una sociedad considera de vital importancia para poder vivir y vivir en sociedad, lo identificamos cada vez que frente a una situación en sociedad nos indica que amerita especial protección dado que la vida relacional de los sujetos así lo demanda; por tanto sin importar el área del derecho específico; el bien jurídico existe para el derecho disciplinario y así se hagan esfuerzos por negarlo en los análisis que como consecuencia se le otorgan estados aporéticos, es el bien jurídico el núcleo, la razón de ser, el interés sustantivo de protección en materia disciplinaria en el constructo y desarrollo que la normatividad ha otorgado a esta categoría dogmática, siendo esta de plena existencia y vigencia, ya que la normatividad así lo indica de manera mediata o inmediata dependiendo del ordenamiento disciplinar específico; así también se ha podido ilustrar jurisprudencialmente la existencia de la sustancialidad de la infracción del deber y la existencia de referentes categóricos que le han dado vida a los sustratos normativos que se contienen en dichos ordenamientos disciplinarios.

Para que el Derecho Disciplinario alcance el fin de su cometido sustancial, que es el adecuado funcionamiento de la administración, deberá fijar su meta bajo parámetros y valores de necesaria protección a través de un marco punitivo que amenace la lesión de dichos bienes, el grado de lesividad o afectación es quien impone el marco de gravedad o no del acto que quebranta la estabilidad del correcto funcionamiento de la administración.

El explicar la existencia del bien jurídico no es de suyo manifestar que dicha relevancia jurídica dada, tenga la misma categoría de análisis que en materia penal, puesto que la naturaleza de cada rama del derecho se distingue por el interés que se le imprime y se persigue en cada área y materia de protección jurídica específica, con ello planteamos la necesaria conclusión que el bien jurídico es segregable de la materia penal y adjudicable a otras áreas del conocimiento jurídico que plantee la necesidad de protección de intereses con la naturaleza que se le desee revestir.



UNIVERSIDAD MILITAR  
NUEVA GRANADA