



**LA INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTICULO 58 NO. 30 DE LA LEY 836/03, IMPLICA  
LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE NON BIS IN ÍDEM, LEGALIDAD Y  
JUEZ NATURAL**

Presentado por: María Catalina Andrade Rojas  
3200376

FACULTAD DE DERECHO  
ESPECIALIZACIÓN DERECHO SANCIONATORIO  
DUODÉCIMA COHORTE  
2014

*“La inteligencia consiste no sólo en el conocimiento, sino también en la destreza de aplicar los conocimientos en la práctica”*  
*(Aristóteles)*

María Catalina Andrade Rojas  
**(Abogada titulada, egresada de la Universidad Libre – Bogotá)**

**LA INDEBIDA APLICACIÓN DEL ARTICULO 58 NO. 30 DE LA LEY 836/03, IMPLICA LA VULNERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE NON BIS IN ÍDEM, LEGALIDAD Y JUEZ NATURAL**

**RESUMEN**

Con el presente artículo se pretende explicar jurídicamente que cuando un miembro de las fuerzas militares en su calidad de servidor público es investigado disciplinariamente por la comisión de una falta gravísima contemplada en el régimen disciplinario para las fuerzas militares así “Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo” (ley 836 de 2003, 2014), implica la vulneración de los principios de NON BIS IN ÍDEM, LEGALIDAD y JUEZ NATURAL.

## **ABSTRACT**

The present article intends to legally explain, the case in which a member of the military forces in his capacity as a public servant undergoes a disciplinary investigation in response to a serious offense contemplated in the military disciplinary system, as follows "objectively perform a typical description enshrined in law as a punishable offense by way of deceit, when is committed in reason, with occasion or like a consequence of the purpose during position or abusing it "implies the violation of the principles of NON BIS IN IDEM, LEGALITY AND NATURAL JUDGE.

## **PALABRAS CLAVE**

Artículo 58 numeral 30 de la ley 836 de 2003, prejudicialidad, non bis in ídem, principios de legalidad, y juez natural en el proceso disciplinario y penal.

## **KEY WORDS**

Section 58 paragraph 30 of Law 836 of 2003, prejudiciality, non bis in ídem, principles of legality, and THE NATURAL JUDGE in criminal and disciplinary proceedings.

## INTRODUCCIÓN

La falta consagrada en el numeral 30 del artículo 58 de la ley 836 de 2003, introduce en el derecho disciplinario la comisión de conductas penales, vulnerando de esta manera a la luz de la constitución política ley de leyes los principios en ella consagrados de NON BIS IN ÍDEM, LEGALIDAD y JUEZ NATURAL.

De acuerdo a lo anterior, en el derecho disciplinario la aplicación del numeral 30 del artículo 58 de la ley 836 de 2003, no requiere la participación de una autoridad judicial que califique si la conducta por la cual se ha iniciado el proceso corresponde a un delito. El legislador en uso de la amplia libertad de configuración normativa y los límites constitucionales para su ejercicio, previó que se consideran faltas gravísimas cuando se trate de una conducta objetivamente descrita por la ley como delito, que la misma conducta punible sea sancionable a título de dolo y que se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo.

Sin embargo, tenemos que el precitado Artículo nos hace obligatoria remisión al Código Penal Militar (ley que consagra los delitos que pueden cometer los miembros de las fuerzas militares, por tener un régimen especial en materia penal). y que aunque esta norma se aparta de la exigencia de sancionar por conductas que sean previstas como faltas, obligando al operador disciplinario a inmiscuirse en los delitos para encausar la disciplina considerando que con el actuar del sujeto disciplinable se transgreda la norma contemplada en la ley penal y por la cual ya fue investigado en lo penal dejando de esta manera de lado la labor del juez penal militar, y vulnerando así principios constitucionales y generales del derecho como lo son NON BIS IN ÍDEM, LEGALIDAD y JUEZ NATURAL.

En síntesis, con este artículo, se pretende clarificar que la aplicación del numeral 30 del artículo 58 de la ley 836 de 2003, desconoce el principio del non bis in ídem, por lo tanto requiere de decisión penal que califique la conducta como un delito lo cual debe hacerlo el juez penal por la naturaleza de la conducta calificada como delito y prevista esta competencia en el

artículo 214 de la ley 1407 de 2010 (código penal militar), demostrando con esto la vulneración de los principios de NON BIS IN ÍDEM, LEGALIDAD y JUEZ NATURAL.

Para el efecto, se analizarán los citados principios y el concepto de prejudicialidad y arribaremos a las conclusiones que permitan viabilizar jurídicamente que el numeral 30 del artículo 58 de la ley 836 de 2003, desconoce los principios constitucionales.

## **1. PRINCIPIO DEL NON BIS IN ÍDEM**

El principio "Non bis in ídem" desde la óptica que estaba establecida el inciso 2o. del artículo 2o. de la ley 200 de 1995 al establecer que "la acción disciplinaria es independiente de la acción penal", viola el artículo 29 de la Constitución, que prohíbe juzgar a una misma persona dos veces por un mismo hecho. No comparte la Corte el criterio de la actora por las siguientes razones:

El conocido principio denominado non bis in ídem, según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, se encuentra consagrado en nuestro Estatuto Supremo como un derecho fundamental, que hace parte de las garantías del debido proceso, contempladas en el artículo 29 de la Carta.

Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación.

*"La identidad en la persona significa que el sujeto incriminado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole".*

*"La identidad del objeto está construida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo penal. Se exige entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza".*

*"La identidad en la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos".*

Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios.

Si bien es cierto que entre la acción penal y la disciplinaria existen ciertas similitudes puesto que las dos emanan de la potestad punitiva del Estado, se originan en la violación de normas que consagran conductas ilegales, buscan determinar la responsabilidad del imputado y demostrada ésta imponer la sanción respectiva, siguiendo los procedimientos previamente establecidos por el legislador, no es menos cierto que ellas no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales.

La acción penal, en cambio, cubre tanto la conducta de los particulares como la de los funcionarios públicos, y su objetivo es la protección del orden jurídico social. Cabe agregar que ya no es posible diferenciar la acción penal de la acción disciplinaria por la existencia en la primera de los conceptos de dolo o culpa, pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la ley

200 de 1995, parcialmente acusada, *"en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa"*.

Esta Corporación se ha referido al tema objeto de debate en varias oportunidades, tanto en procesos de constitucionalidad como de tutela; valga citar, entre otras, la sentencia C-427/94, en cuyas consideraciones se hizo referencia a la diferenciación existente entre la acción disciplinaria y la acción penal. Dijo la Corte:

*"Es cierto que existen elementos comunes entre el procedimiento penal y el procedimiento disciplinario en lo que tiene que ver con la definición y determinación de una conducta prohibida por la ley (tipicidad), en cuanto a la responsabilidad imputable al sindicado, y a la existencia de un procedimiento que asegure el debido proceso en la investigación y juzgamiento de las conductas ilícitas y la medición de las sanciones; no es menos cierto que de lo anterior no puede concluirse que se trata de unos mismos procedimientos, pues los fines perseguidos, la naturaleza de las faltas en general, y las sanciones por sus particulares contenidos, difieren unos de otros"*.

*"La prohibición legal de la conducta delictiva tiene por fin la defensa de la sociedad, mientras que las faltas disciplinarias buscan proteger el desempeño del servidor público, con miras al cumplimiento de la función pública"*.

*"La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en las que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal a una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor flexibilidad, y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio*

*margen de apreciación, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos”.*

*"Las sanciones penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron", y en sentencia anterior (T-413/92), expresó la Corte que el adelantamiento de las dos acciones precitadas no configura violación al principio non bis in ídem.*

*"Esta Sala considera que en el presente caso no se da una violación al precepto citado -artículo 29 C.N. principio non bis in ídem-, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, con relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello, es posible, como sucedió en este caso, que el juez penal haya absuelto y, por su parte, el juez disciplinario haya condenado. No hay, por tanto, violación de la norma superior invocada en este punto por el peticionario, como tampoco de otros derechos fundamentales"*

## **2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

El artículo 3° del Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares de Colombia, señala:

*Artículo 3º. Legalidad. Los destinatarios de este reglamento sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización (El Decreto 085 de enero 10 de 1989, 1989) no definía este principio El artículo 4º de la Ley 200 de julio 28 de 1995, expresaba: “Legalidad. Los servidores públicos y los particulares que transitoriamente ejerzan funciones públicas sólo serán juzgados y sancionados disciplinariamente cuando por acción u omisión de funciones incurran en las faltas establecidas en la ley”):*

La disposición objeto de análisis señala:

*“Los destinatarios de este reglamento sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”.*

Del texto legal transcrito surge la siguiente inquietud: *¿Cuál ley vigente describe los comportamientos para la investigación y sanción de los destinatarios de la Ley Disciplinaria Militar?*

Se responde: En *primer lugar* será la ley contenida en el *Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares* por contener de manera expresa y clara los comportamientos “*propios*” de los *Oficiales, Suboficiales y Soldados* (El Decreto 085 de enero 10 de 1989, 1989) El artículo 12 permite la aplicación de faltas y sanciones del “régimen disciplinario propio”. “*Todo aquel a quien se atribuye una función de comando es competente para expedir órdenes. Los límites de esta competencia se señalan en los reglamentos del servicio*” en servicio activo), en segundo lugar lo serán la Ley 190 de junio 6 de 1995 (Estatuto Anticorrupción), la Ley 734 de febrero 5 de 2002 (Código Disciplinario Único) y el Decreto 2150 de diciembre 5 de 1995 (Estatuto Anti trámites), en cumplimiento a las orientaciones del artículo 12 de la Ley Disciplinaria Militar en el cual se anuncia que “en desarrollo de los postulados constitucionales, al personal militar le serán aplicables las faltas y las sanciones...aplicables a los demás servidores públicos que sean procedentes” y obviamente, dentro de la mayoría de esos imperativos legales, se pueden

subsumir gran parte de sus comportamientos, amén de las faltas específicas de que tratan los numerales 4 al 16 del artículo 48 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, que se aplican por mandato del artículo 58 del Reglamento, sin descartar, en tercer lugar, como lo prevé el inciso 2º del artículo 56 ídem, la aplicación de los deberes y prohibiciones contenidos en los artículos 34 numeral 1º y 35 numeral 1º de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, que a su vez se remiten a “pre tipos” establecidos para esos deberes y prohibiciones, así como lo dispuesto en el numeral 30 del artículo 58 del Reglamento que remite a las descripciones típicas dolosas de los Códigos Penales (*et al.* (ley 836 de 2003, 2014) artículo 58 No. 30 El numeral dispone: “*Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o Abusando del mismo*”, lo cual permite la aplicación de los tipos penales dolosos tanto del Código Penal como del Código Penal Militar) y, en cuarto lugar, las faltas y sanciones que se deriven de la transformación de las *faltas gravísimas dolosas* en *faltas gravísimas culposas* o de las *faltas gravísimas dolosas* cometidas con *culpa grave* en *faltas graves* en los términos contenidos en el numeral 4 del artículo 61 (ley 836 de 2003, 2014) La norma señala: “Las sanciones disciplinarias son: ... Las inhabilidades general (***faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima***) y especial (***faltas graves dolosas o gravísimas culposas***) en los términos de los artículos 44, 45 (***definición de las sanciones***) y 46 (***límite de las sanciones***) de la Ley 734. ...” (lo inclinado y en negrillas está fuera del texto. del Reglamento y del artículo 198 ((ley 836 de 2003, 2014) El artículo dice: “... Para lo no previsto en el presente ordenamiento deberá remitirse a la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único. ...”) ídem, este último que remite al artículo 43 numeral 9º de la Ley 734 de febrero 5 de 2002.

De lo anterior es claro colegir que *nuestros militares en servicio activo*, no se escapan del *extenso catálogo* de faltas contenido en las *diferentes normatividades*, lo cual es plausible dada la *inmensa responsabilidad* que ellos tienen para con la *Patria*, la *colectividad* y los *bienes del Estado*. Lo que no consulta el *espíritu y finalidad* del principio objeto de estudio, es que el *Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares* hubiera

previsto el *numeral 30 del artículo 58* (ley 836 de 2003, 2014) artículo 58 No. 30 “Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo o abusando del mismo”) y la *posibilidad de transformar las faltas gravísimas dolosas en gravísimas culposas*, originando *faltas graves*, y las *faltas gravísimas dolosas en faltas graves*, cuando las mismas fueran cometidas con *culpa grave*, toda vez que ello *lesiona gravemente el principio de legalidad* de las faltas, pues el *juicio* que hace el *operador disciplinario militar* para *adecuar una falta en un tipo penal doloso de alguno de los Códigos Penales colombianos* o para *transformar una falta gravísima dolosa en culposa* o una *falta gravísima dolosa en culpa grave*, es decir, en ambos casos, en *faltas graves*, es menester hacerlo en *forma posterior a la realización de la conducta del implicado*, lo cual lo induce a *crear un nuevo tipo disciplinario culposo o con culpa grave*, que, de manera innegable, *no existía con anterioridad a la realización del comportamiento* objeto de investigación disciplinaria, circunstancia que *atenta* contra el *principio de legalidad* que exige que “los destinatarios... sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”, muy a pesar de que la *Corte Constitucional* acepta esa posibilidad con la *interpretación personalísima* que le dio a los *númerus apertus* (En nuestro sentir los *númerus apertus*, para su existencia, deben relacionarse con *tipos que describen* los deberes, derechos, prohibiciones, incompatibilidades, inhabilidades y conflictos de intereses trasgredidos (pretipos) y no los que *permiten transformar una conducta esencialmente dolosa en culposa*, porque ello conlleva a la *creación ex post de una norma que no existía*, lo que va en contra del *principio de legalidad* y consecuentemente con el de *tipicidad*).

Finalmente, es bueno recordar el contenido del *artículo 56* de la *Ley Disciplinaria Militar* que con acierto señala:

“Constituye falta disciplinaria y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la realización de cualquiera de las conductas o comportamientos previstos como tal en el presente reglamento, que conlleve incumplimiento...”.

Deben ser pues los *comportamientos descritos* en *ley preexistente* sobre los que *recaiga* el *juicio de responsabilidad disciplinaria* y no los que a *capricho* del *operador disciplinario* se *estructuren en forma posterior* a la realización de la *falta disciplinaria*.

*El principio de legalidad entonces, impide la creación expost de faltas disciplinarias.* De lo dicho en precedencia, podemos concluir que *nadie está autorizado para crear faltas administrativas en forma posterior a la realización del comportamiento por parte del destinatario de la ley disciplinaria*, así lo autorice la ley, pues nuestra *Carta Fundamental* lo prohíbe tajantemente, *sin que se pueda admitir una sola excepción*, pues ello afectaría nuestro *Estado Social de Derecho* y la *conformación democrática de nuestra actual legislación sancionatoria*. Por ello, *la transformación de una conducta tipificada como gravísima en falta grave o viceversa*, sin estar expresamente prevista en la ley, lesiona irremediamente el *principio de legalidad*, muy a pesar de la *constitucionalidad* decidida en la *Sentencia C-124 de febrero 18 de 2003*, que decretó la *exequibilidad* de los *artículos 43 numeral 9, 44 numerales 1 y 2, 48 numeral 1, 50 inciso 3, 51 incisos 1 y 3, 55 parágrafo 1º y 61 parágrafo*, con ponencia de JAIME ARAUJO RENTERÍA, demanda *D-4075*, que presentara el día *20 de mayo de 2002* quien aquí escribe.

La sentencia de *exequibilidad* anunciada viola, por consiguiente el *principio de legalidad*, contradiciendo de manera muy clara los *artículos 29 de la Constitución Política; 3º y 56 del Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares* y los *artículos 4º y 23 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002*, respectivamente, los cuales en su orden señalan:

*Artículo 29. “... Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa...”.*

*Artículo 3º. Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares. Legalidad.* Los destinatarios de este reglamento *sólo* serán investigados y sancionados

disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.

*Artículo 56. Reglamento del Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares. Noción.* Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, *la realización de cualquiera de las conductas o comportamientos previstos como tal en el presente reglamento, que...*” (Ossman, 2012) **PRINCIPIO DE LEGALIDAD....Tomado del libro PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y LEGALES DE LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA PARA LAS FF.MM DE COLOMBIA. Dr. Jaime Mejía Ossman. (Pag. 1 a 40).**

*Corte Constitucional. Sentencia C-431 de mayo 6 de 2004. Magistrado ponente: MARCO GERARDO MONROY CABRA.*

*“... Así pues tratándose de la definición jurídica de comportamientos sancionables. Como es el caso de las faltas disciplinarias, la inclusión de referentes morales objetivos debe revestirse de absoluta precisión. A diferencia de lo que sucede en otros casos en que el legislador utiliza referencias o criterios morales para determinar situaciones jurídicas, conceder derechos o limitarlos, eventos en los cuales estas referencias legislativas admiten cierto grado de indeterminación, cuando se trata de utilización de estas referencias debe hacerse de manera concreta y precisa, indicando cuales son los comportamientos concretos que el legislador estima jurídicamente sancionables por ser considerados socialmente inmorales, so pena de desconocimiento de las garantías del debido proceso, especialmente de la de legalidad de las faltas y sanciones.*”

En el caso presente, la descripción de la conducta sancionable como falta disciplinaria carece siquiera de una mínima precisión, pues el tener costumbres viciadas o hábitos moralmente reprochables abarca una serie amplia de comportamientos, que pueden asumirse en diversos grados de reprobabilidad moral. Es decir, no sólo es indeterminado el número y clase de “vicios” o comportamientos moralmente reprobables, sino que además estos comportamientos viciados admiten diversos niveles de degradación moral, de manera tal que

queda al juicio de quien impone la sanción establecer cuáles son esos vicios y hasta dónde la frecuencia de ellos hace que la conducta de la persona pueda calificarse de “*depravada*”.

Así, por desconocer el principio de legalidad a que se refiere el artículo 29 superior, al carecer de una precisión mínima en la descripción de la conducta sancionable, la Corte retirará del ordenamiento el numeral 10° del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, según el cual es falta gravísima el “*Observar conducta depravada*”. ....

### **3. PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL**

En relación con el principio del juez natural en materia disciplinaria la honorable Corte Constitucional ha explicado:

"Tanto en materia penal como disciplinaria, la garantía constitucional del principio de legalidad impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas, pues sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal. Cuando ello no ocurre así, la norma en cuestión viola la Carta, bien sea porque no determine claramente la conducta reprochada, o porque no define claramente cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que claramente permiten su determinación.

El mandato superior contenido en el artículo 29 de la Carta Política al preceptuar que *‘Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio’*, exige al legislador definir de manera clara, concreta e inequívoca las conductas reprobadas disciplinariamente, el señalamiento anticipado de las respectivas sanciones, el establecimiento de las reglas sustantivas y procesales para la investigación y la definición de las autoridades competentes que dirijan y resuelvan sobre la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios investigados (Espinosa) Corte Constitucional. Sentencia C-653 de 2001. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA).

Respecto de este principio y para el tema de estudio e tratadista doctor Diego Alberto Zuleta García en su libro Introducción al régimen disciplinario Castrense (pag. 81 y ss) señala ((Zuleta García, 2011) **Diego Alberto Zuleta García en su libro Introducción al régimen disciplinario Castrense (pag. 81 y ss):**

“el juez natural o funcionario competente previamente establecido, implica que el ordenamiento jurídico no puede crear jueces con posterioridad al hecho o ex post facto ni disponer de competencias diferentes a los jueces naturales. Sobre este tópico, la Corte Constitucional”, expreso:

*“es de destacar que este principio se estableció por primera vez en la ley revolucionaria francesa del 16 de agosto de 1720, artículo 17, en los siguientes términos:*

*“el orden constitucional de las jurisdicciones no podrá ser urbano ni los justiciables ser privados de sus jueces naturales, mediante comisión alguna ni a través de otras atribuciones o avocaciones que las determinadas por la ley”.*

*Luego fue recogido en la Constitución francesa de 1791 la cual sustituyó la expresión juez natural por juez asignado por la ley.*

*En algunas constituciones aparece expresamente consagrado el referido derecho. Así, por ejemplo, en la de España se lee:*

*“asimismo, todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de un letrado, a ser informados de las acusaciones formuladas contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de la inocencia.*

*La ley regulará los casos en que, por razón del parentesco o de secretos profesionales, no estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.*

*Comentado este precepto la doctrina destaca que las constituciones contemporáneas, establecen la obligación de que una ley anterior, al caso la que determine la jurisdicción y la competencia del órgano jurisdiccional.*

*“... La inclusión del principio del juez legal, en el artículo 24.2 CE, comporta, aparte del común régimen de protección de las normas constitucionales, su conceptualización como derecho fundamental de la persona, la que supone una tutea reforzada. El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, contiene las exigencias primordiales- predeterminación y legalidad- y despliega su eficacia en tres ámbitos diferenciados: a) Constitución de los órganos jurisdiccionales; b) jurisdicción y competencia de los tribunales y c) Determinación del juez más allá de la competencia (reparto y juez-persona)”.*

*Por su parte la constitución Italiana consagro el mismo principio e los siguientes términos:*

*“Nadie podrá ser sustraído al juez natural establecido por la Ley. Nadie podrá ser castigado si no en virtud de una ley que haya entado en vigor antes de haberse cometido el hecho.*

*Nadie poda ser sometido a medidas de seguridad si no en los casos previstos por la Ley (Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1992. M.P. CIRO ANGARITA BARON).*

*Conforme a lo expuesto, insisto en que una sindéresis rigurosa de este principio nos llevaría a concluir que el numeral 30, del artículo 58 de la Ley 836 de 2003, vulnera el principio del juez natural.*

En efecto, tal como lo sostiene el profesor Mosquera Gallego (GALLEGO, 2011) **MOSQUERA GALLEGO, ALVARO. (Abogado Constitucionalista). En charla académica ofrecida en la Dirección de Investigaciones Especiales de la Personería de Bogotá en el mes de Agosto de 2011,** riñe la norma la perspectiva superior contenida en el artículo 29, pues uno de los elementos que integran la previsión constitucional infringida es la del juez natural, que para el caso de la determinación y calificación, así sea esta de carácter provisional, siempre será el juez penal, que

es a quien válidamente corresponde realizar el proceso de adecuación, en orden a establecer si la conducta encuadra en cualquiera de los tipos que el legislador estima como delitos y en consecuencia un comportamiento que se adecue a la descripción legal será el resultado de la calificación o escogencia que realice el juez para concluir que en la conducta del sujeto activo es una de las que consagra la ley penal como típica.

## **CONCLUSIÓN**

En concordancia con lo anterior, es lógico concluir entonces, que bajo ninguna consideración puede el operador disciplinario invadir esta competencia, como quiera que ello significa en la práctica, un desplazamiento del papel que precisamente la ley le asigna al juez penal, el cual es asumido por el operador disciplinario cuando a su juicio llega a la conclusión de que el servidor público ha realizado objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito, tal y como lo consagra la disposición materia de estudio en este artículo.

La tipicidad como principio y entendida como la valoración que hace el juez de la conducta del presunto infractor, no puede quedar al arbitrio del operador disciplinario, quien se insiste, sin competencia, se adjudica el derecho de señalar, confrontar y verificar cuando el comportamiento de un servidor público, esta descrito objetivamente como delito y ha ingresado en la órbita del derecho penal. Esta constatación es una atribución exclusiva y excluyente del juez penal. Si no fuera así, la potestad de iniciar la correspondiente investigación criminal, se diluiría y finalmente la afirmación con la subsiguiente decisión de si ha habido infracción de la ley penal podría tener dualidad de competencias.

Desde este punto de vista no puede constituirse base del proceso disciplinario la presunta existencia objetiva de un delito, cuya materialidad la declara el operador disciplinario, pues, la ocurrencia objetiva de un comportamiento tanto de un particular como de un servidor público es de la incumbencia de quien funge como juez natural y es a él y a nadie más a quien le corresponde señalar luego de un proceso de verificación, que en términos prácticos equivale al de adecuación típica, puesto que no de otra manera se puede concluir que la descripción típica corresponde con exactitud a la conducta del servidor público y en tal medida merece ser investigada en tanto que la misma constituye delito, competencia que solo la tiene el funcionario

competente. Además, en referencia con su par del código único disciplinario, esto es, el numeral 1 del artículo 48, no dejamos de preguntarnos ¿Qué sentido tiene investigar penal y disciplinariamente a un funcionario público por la misma conducta cuando la sanción penal lleva implícita la misma función preventiva y correctiva que persigue el derecho disciplinario? con esto entonces aunque la corte constitucional ha sido reiterativa en considerar la no vulneración del principio del NON BIS IN IDEM, con la aplicación de la normatividad estudiada en el presente artículo, bajo la argumentación anterior queda sin vigencia el derrotero señalado por la Corte Constitucional, porque se hace evidente una vez más, la vulneración del artículo 29 superior, que trae consigo los principios del NON BIS IN IDEM, LEGALIDAD Y JUEZ NATURAL. (Lo subrayado fuera de texto y agregado por la suscrita)

¿Si el concepto de antijuridicidad material no tiene cabida en el derecho disciplinario como tozudamente se pregona, cuál será el fundamento de aceptar como falta disciplinaria la realización objetiva de un hecho punible que tiene como presupuesto básico el principio de lesividad?

Es en el anterior sentido que considero que el numeral 30 del artículo 58 de la ley 836 de 2003, contraria el artículo 29 de la Constitución Política, pues no deja de ser violatoria del principio de juez natural, por el hecho de encontrarse estatuido en el inciso segundo del artículo primero del reglamento que: “La acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta”, ya que, una cosa es quien es el juez natural y otra bien distinta cuáles son sus competencias, que en el entender resultan invalidas cuando el juez disciplinario verifica en la legislación penal si la conducta que ha dado lugar al proceso esta descrita objetivamente o tipificada, toda vez que la mencionada verificación solo le corresponde al juez penal.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS

1. Constitución Política de Colombia, Artículo 29
2. Ley 734 de 2022 “ por la cual se expide el Código Disciplinario Único”, artículo 48 No. 1.
3. Ley 836 de 2003 “por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario Para las Fuerzas Militares” artículo 58 No. 30
4. El *Decreto 085 de enero 10 de 1989* “Por el cual se reforma el Reglamento de Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares”.
5. Ley 1407 de 2010 “por medio de la cual se expide el Código Penal Militar”
6. MEJIA OSSMAN, Jaime. Principios Constitucionales y Legales Ley Disciplinaria Fuerzas Militares de Colombia, Bogotá DC., 2006, Principio de Legalidad Páginas 1 a 40.
7. Corte Constitucional. Sentencia C-653 de 2001. M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA.
8. Corte Constitucional. Sentencia T-597 de 1992. M.P. CIRO ANGARITA BARON

9. MOSQUERA GALLEGO, ALVARO. (Abogado Constitucionalista). En charla académica ofrecida en la Dirección de Investigaciones Especiales de la Personería de Bogotá en el mes de Agosto de 2011.
  
10. ZULETA GARCÍA DIEGO ALBERTO, Introducción al régimen disciplinario Castrense, 2010, páginas 81 y ss.