

LA ETICA EN EL AMBITO DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Presentado por:

MARÍA CONSUELO CRUZ MESA

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO SANCIONATORIO

Colombia

2015

LA ETICA EN EL AMBITO DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Presentado por:

MARIA CONSUELO CRUZ MESA

Director:

Dr. RICARDO ARIZA

**Trabajo presentado para optar por el título de especialista en Derecho
Sancionatorio**

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO SANCIONATORIO

BOGOTÁ, D.C.

2015

RESUMEN

El derecho disciplinario es la disciplina jurídica que mayor interés ha suscitado en las últimas dos décadas del derecho público colombiano, de un derecho disciplinario de naturaleza administrativa, se progresó a un derecho de corte punitivo, concebido como importante instrumento para el Estado y su aspiración de alcanzar los fines previstos en la constitución. Esto explica la existencia de un régimen de responsabilidad más estricto que el previsto para los particulares y que regula la eventual sanción de los comportamientos que afecten o pongan en riesgo el normal funcionamiento de la administración, ya que con él asegura el apego de la conducta oficial de los servidores públicos al modelo comportamental trazado para ellos. Es así que las sanciones disciplinarias constituyen una necesaria respuesta del Estado a los casos en que se advierte la quiebra de los valores y principios que orientan la gestión pública por parte de uno de sus agentes. En el mundo real la sanción disciplinaria constituye la mejor expresión del sistema de refuerzo que rige el funcionamiento del Estado.

ABSTRACT

The disciplinary law is the legal discipline that interest has arisen in the last two decades of the Colombian public law, disciplinary law of an administrative nature, he progressed to a right of punitive court, conceived as an important tool for the state and its aspiration achieve the purposes set out in the constitution. This explains the existence of a regime of strict liability than that provided for individuals and regulating the punishment of behaviors that affect or endanger the normal functioning of the administration, since it ensures adherence to the official conduct of public servants to the path behavioral model for them. So that disciplinary sanctions are a necessary response of the State where the bankruptcy of the values and principles that guide public administration by one of its agents are warned . In the real world the disciplinary sanction is the best expression of reinforcement system governing the functioning of the state.

LA ETICA EN EL AMBITO DEL DERECHO DISCIPLINARIO

Como si se tratara de un juego de palabras, hoy podemos afirmar que el derecho disciplinario es quizá la disciplina jurídica que mayor interés ha suscitado en las últimas dos décadas del derecho público colombiano. La comunidad jurídica del país evidenció la acelerada transformación del aludido régimen: de un derecho disciplinario carente de importancia y notoriedad, se pasó a un derecho disciplinario necesario para el Estado y “protagónico” para los medios de comunicación; de un derecho disciplinario ignorado incluso en la facultades de derecho, tenido como apéndice prescindible del derecho administrativo-laboral, se evolucionó a un derecho disciplinario de primer orden, con espacio propio aun a nivel de posgrado; de un derecho disciplinario “decorativo” y meramente simbólico, incapaz de probar su eficacia, se avanzó hacia un derecho socialmente útil y con incluso mayor poder disuasivo que el mismo derecho penal; de un derecho disciplinario consagrador de la responsabilidad objetiva, germinó un derecho impregnado de garantismo y consagrador de una responsabilidad subjetiva; de un derecho disciplinario de naturaleza administrativa, se progresó a un derecho de corte punitivo, concebido como importante instrumento para el Estado y su aspiración de alcanzar los fines previstos en la Carta Fundamental.

Simbólicamente hablando, el derecho disciplinario que en el pasado se ejercía con overol y mascarilla por ser visto como “carpintería jurídica”, se vistió de etiqueta para ser discutido en diferentes foros académicos: seminarios, encuentros, cursos, foros, congresos, diplomados y hasta especializaciones, abrieron sus puertas a un floreciente

derecho sancionador, al que paralelamente los medios de comunicación dedicaban mayores espacios de reflexión y comentario. No solo las universidades del país se vieron obligadas a la concesión de espacios dedicados a la generación y afirmación del conocimiento jurídico disciplinario, sino que su progresiva importancia dio lugar a la fundación de institutos de especializaos en la materia como el Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación, el Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario y el Colegio de abogados en esta rama, con lo que bien puede decirse el derecho disciplinario alcanzó su mayoría de edad.

La presente disertación, apunta entonces a la formulación de una reflexión. La comprensión del derecho desde el ámbito filosófico requiere variedad de enfoques. En primer lugar, se considera el enfoque lingüístico como fundamental para explicar las cuestiones filosóficas, pero tal enfoque presenta más problemas que soluciones ya que el uso de los términos jurídicos dependerá del contexto en que se emplee lo que termina por relativizar su sentido y aplicación, generando duda técnica atinente al correcto uso de los términos científicos en enfoques jurídicos.

Desde ahora podemos advertir que el aspecto lingüístico considerado por Raz como enfoque del derecho, está llamado a incidir en la dinámica disciplinaria. El concepto mismo de justicia disciplinaria admite varias fijaciones de sentido. Así, para el Estado es justo, legítimo y necesario consagrar un régimen de responsabilidad mas estricto que el previsto para los particulares y que regula la eventual sanción de los comportamientos que afecten o pongan en riesgo el normal funcionamiento de la

administración, ya que con él asegura el apego de la conducta oficial de los servidores públicos al modelo comportamental trazado para ellos. Por su parte, para el servidor público o para particular que de manera transitoria o permanente cumple funciones públicas, y que por esa razón se convierte en sujeto pasible de la acción disciplinaria del Estado, puede resultar injusto que su régimen de responsabilidad sea diferenciado y de mayor severidad, lo que confirma que la lectura de las expresiones jurídicas del derecho disciplinario están lingüísticamente sometidas a contexto distintos en cada uno de los cuales la interpretación, alcance y razón de ser del derecho permitirá alcanzar conclusiones distintas.

El tema considerado se hace especialmente evidente cuando se trata de dar aplicación al principio de proporcionalidad en la sanción disciplinaria. Salvo en casos realmente excepcionalísimos, el disciplinado no concuerda con la dosimetría realizada por la autoridad que lo disciplina. Generalmente considera que se le sanciona injustamente y en aquellos casos en que acepta que su comportamiento efectivamente debía comprometer su responsabilidad, estima que la sanción impuesta es excesiva o desproporcionada. Es en tal escenario que los conceptos de justicia disciplinaria difieren dramáticamente, dependiendo del contexto subjetivo, según se trate de la autoridad que deduce la responsabilidad y aplica el correctivo que considera adecuado o del disciplinado a quien afecta la sanción impuesta por aquel.

El ejemplo propuesto no describe un problema meramente lingüístico. Cobija otros aspectos relacionados con la concepción misma del derecho, con su necesidad y su

utilidad social. El problema lingüístico es solo uno de los varios tópicos de la complejidad del discurso filosófico cuando se refiere a lo social.

Raz difiere del enfoque de John Austin, en cuanto a la división entre las leyes puramente prácticas (como las normas jurídicas) y las leyes puramente teóricas (como las de la naturaleza). Para Austin, las segundas son una extensión descontrolada de las primeras, a lo que agrega que no se puede otorgar a las normas jurídicas el lugar más alto de la jerarquía normativa, pues no se deben dejar de lado leyes de tanto peso para los afectados como las leyes morales, entendiendo por afectados los sujetos pasivos de las normas existentes.

Reafirmando la relatividad del enfoque lingüístico, Raz considera otra variable relacionada con la falta de universalidad del enfoque lingüístico: la persona del abogado, cuya perspectiva sobre el derecho difiere según se trate de la defensa o del juez disciplinario. Pero, a título ilustrativo, y con el propósito de acreditar la falta de universalidad de los derechos desde el enfoque lingüístico lo hemos de evidenciar, concretamente, en el momento de tratar de fijar el alcance de la expresión libertad religiosa y su incidencia en el derecho disciplinario. Agreguemos sobre el punto que, consistente con lo dicho, además del enfoque lingüístico, la falta de universalidad del derecho en general y del sistema disciplinario en particular, se verá afectada por la contaminación ideológica.

El aspecto referido a la independencia del juez en general y a la función disciplinaria en particular, reviste especial complejidad. Como pretendemos demostrarlo a continuación, al ocuparnos de las reacciones generadas con ocasión de la adopción de decisiones sancionatorias que han tocado a funcionarios de elección popular y de las que un sector de la opinión pública ha cuestionado la independencia con la que fueron adoptadas. Veamos.

En el marco de un Estado que garantiza la libertad religiosa, libertad que algunos entienden implica la secularización o laicización del Estado, se cree que éste y las personas que de él forman parte, no pueden actuar movidos por razones morales, ni menos aun con la guía de confesionalismo alguno. Lo anterior supone, piensan algunos, que en Colombia, ningún servidor público puede válidamente “contaminar” sus decisiones con razones extralegales. Creemos que le asiste razón a quienes así opinan, pero tomamos distancia de quienes creen que, como garantía de la independencia entre la iglesia y el Estado, la persona del agente estatal debe también probar su neutralidad en materia de ética social.

Un sector importante de la opinión pública considera que, además de la secularización oficial, la persona del servidor público, por el hecho de serlo, y por aceptar su designación como agente del Estado, debe necesariamente adoptar una postura personal acorde con la ausencia de cualquier confesionalismo dogmático o religioso.

Quienes se matriculan en esta línea de pensamiento expresan su preocupación porque el servidor público que reconoce su religiosidad, especialmente cuando ella se expresa en forma activa y no como un simple “creyente pero no practicante” pueda sesgar sus actuaciones oficiales por razones relacionadas con su moral religiosa o, incluso, llegar a contaminar la independencia de la que debe hacer gala el servidor público por la animosidad hacia las personas que no siguen sus mismas creencias.

Dicho en otros términos, la preocupación de quienes opinan que la persona que abraza el cargo o función pública debe también despojarse de cualquier confesionalismo religioso, estriba en el temor de que el agente estatal actúe movido por razones religiosas y no por razones estrictamente jurídicas. Tales preocupaciones se hacen más notorias o sensibles, cuando la persona del servidor público, en los más altos niveles de la jerarquía estatal, no solo se reconoce como parte de una comunidad religiosa sino como partícipe activo de sus prácticas. Quienes cuestionan la independencia de sus decisiones tienden a creer, o por lo menos así lo expresan en los foros públicos, que la sanción se impone, no como consecuencia de la quiebra injustificada del derecho, sino por el hecho de no “comulgar” el sancionado, el mismo credo de la autoridad que lo investiga.

En algunos foros con declaradas pretensiones académicas, se ha querido descalificar o cuando menos cuestionar la objetividad e independencia de la labor desempeñada por la actual Procuraduría General de la Nación por el hecho de que el jefe del ministerio público ha manifestado en forma abierta sus creencias religiosas. Quienes le

cuestionan, derivan de tal condición personal, una forma de proceder institucional sesgada y apasionada, despojada de objetividad y revestida de intolerancia hacia la persona cuyas convicciones no coinciden con las de quien lo juzga.

Aunque la realidad demostrable es ciertamente otra, evidenciada en el contenido mismo de las decisiones adoptadas en materia disciplinaria por el ministerio público, consideramos necesario formular algunas reflexiones estrictamente jurídicas sobre las críticas elevadas contra el actuar de la Procuraduría General de la Nación en materia disciplinaria.

En primer lugar, es cierto que desde el artículo 19 de la Carta Política, el Estado colombiano consagra la libertad religiosa, pero de ello no se sigue una necesaria tendencia a la secularización de la administración ni menos aun de la persona del servidor público.

La libertad religiosa en nuestra carta se expresa en los siguientes términos:

Constitución Nacional.-

ARTICULO 19. Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley.

La norma garantiza la libertad de cultos para toda persona, incluidos los agentes del Estado. La norma no dispone, como parecen entenderla algunos, «Toda persona, salvo los servidores públicos, tiene derecho a profesar su religión...».

La norma constitucional permite afirmar la vigencia de un derecho de libertad garantizado desde la norma superior. Dado que la norma no establece distinción alguna sobre la titularidad del derecho, debe reafirmarse que ella (la titularidad) descansa sobre toda persona natural, que bien puede escoger el credo confesional que mejor le parezca o puede incluso ejercer el derecho en sentido de no hacer elección alguna.

Es claro que en ejercicio de su libertad religiosa, el individuo puede profesar la confesión de fe de su elección o bien puede optar por no creer en ninguna de ellas. Se trata, en consecuencia, del ejercicio de la libertad religiosa positiva o negativa, cuyo titular será «toda persona», sin distingo alguno derivado de la actividad que desarrolle.

La expresión «toda persona», empleada por el constituyente en el artículo 19 de la Constitución, tiene una textura jurídicamente amplia, que cobija tanto a los particulares como a los agentes del Estado, ya se trate de servidores públicos en los términos del artículo 123 de la Carta, o de particulares que desempeñan funciones públicas en forma permanente o transitoria. La norma no admite distinción alguna como parece entender un sector de la opinión pública que pretende la secularización no solo de las entidades estatales sino de las personas que forma parte de ellas.

Cabe decir que la única distinción que razonablemente cabe sobre la titularidad del derecho de libertad religiosa es la referida a que la expresión «toda persona» se refiere a las personas naturales, pero excluye a las *jurídicas*, que por ser una ficción legal, no pueden ser titulares de confesionalismo religioso.

Ahora bien, por una parte, hemos aceptado que el Estado, en tanto institución, debe fundar la adopción de sus decisiones en el ordenamiento jurídico y no en otra clase de mandatos extralegales, como los morales o religiosos, que en principio pueden incidir en el contenido del derecho positivo, pero que en sí mismos son ajenos al quehacer jurídico.

Por otra parte, hemos afirmado que el Estado, en tanto garante de los derechos de los asociados, debe velar por la efectividad de los derechos reconocidos a todas las personas naturales, incluso aquellas que le prestan a cualquier título sus servicios, lo que demanda un ejercicio de **armonización constitucional** con arreglo al cual, el Estado mantiene su independencia frente a las cuestiones de fe, pero garantiza que todas las personas, incluso sus servidores o agentes, gocen de la libertad de cultos, ya sea positiva o negativa. Ello es así, porque, antes que servidores públicos y antes que particulares que cumplen funciones públicas, unos y otros son «personas» a quienes la carta ha garantizado la plenitud de los derechos religiosos reconocidos para todo individuo.

Nótese entonces que de lo dicho no emerge que los agentes del Estado no puedan gozar de las garantías que la carta fundamental reconoce a «toda persona». De la norma constitucional lo que válidamente se deduce es que en el ordenamiento jurídico colombiano perviven simultáneamente, en un sistema de cohabitación jurídica, derechos y deberes que sin excluirse deben armonizarse. La armonización de derechos y deberes contrapuestos no se resuelve sacrificando uno de ellos sino buscando la manera de hacerlos efectivos ambos.

Se trata de un ejercicio hermenéutico que día a día ha venido haciéndose en la Procuraduría General de la Nación en cada decisión disciplinaria. A diferencia de lo que gratuitamente se piensa por algunos ciudadanos desinformados, posiblemente debido a que algunos medios de comunicación censuran automáticamente las decisiones de la entidad por el hecho de que el jefe del ministerio público no oculta sus creencias religiosas, ciertamente la entidad ha tratado de blindar sus decisiones con el rigor y la objetividad e imparcialidad que requiere cada caso, haciendo abstracción de consideraciones subjetivas que puedan contaminar el recto juicio de la autoridad disciplinaria.

Las sanciones disciplinarias constituyen una necesaria respuesta del Estado a los casos en que se advierte la quiebra de los valores y principios que orientan la gestión pública por parte de uno de sus agentes. Tales valores y principios tienen existencia concreta y se expresan a través del sistema jurídico. Su existencia no es ni puede ser especulativa o informada por razones extrajurídicas, provenientes de una cesura

religiosa o moral. De llegarse a establecer que una sanción disciplinaria fue impuesta por fuera del marco constitucional y legal que rige el ejercicio de la potestad disciplinaria, los jueces contenciosos no dudarían en dejar sin efecto las decisiones que denotaran tal contaminación.

Debe destacarse que el porcentaje de revocatoria judicial de las decisiones disciplinarias proferidas por el ente de control, es porcentualmente muy bajo, lo que denota que las autoridades judiciales, encargadas del examen de legalidad de las decisiones sancionatorias, han reconocido el apego a derecho de las actuaciones procesales y de las resoluciones de fondo adoptadas.

En este punto volvemos a Raz para destacar la juiciosa crítica que formula a Ronald Dworkin sobre la aplicación del derecho. En muchos ámbitos, tal como sucede en materia disciplinaria, lo jurídico no alcanza los límites judiciales, pero no puede válidamente decirse que por tal razón, la actividad de quienes dan aplicación a los preceptos jurídicos, sin que se resulte necesaria la intervención del juez, no pueda calificarse como "derecho".

En el orden de ideas expuesto, al afirmar que el porcentaje de revocatoria de las decisiones sancionatorias en materia disciplinaria es realmente bajo, no estamos buscando la validación por un tercero, sino destacando que los jueces, que son los funcionarios encargados de contrastar las decisiones disciplinarias con el ordenamiento jurídico, han corroborado que ellas se ciñen a éste, con lo que se reafirma su carácter

objetivo y que su fundamento es compatible con el sustento normativo constitucional y legal. Si la autoridad judicial hubiese considerado que las razones de la sanción impuesta fueron extrajurídicas, la habría dejado sin efecto.

Raz se aparta de la concepción jurídica de Dworkin sobre el derecho y sobre su forma de elaboración y reelaboración. Matriculado en un sistema jurídico de corte positivo, Raz cuestiona no solo la afirmación según la cual el derecho debe ser definido por los tribunales, que son en sí mismos fuentes creadoras del derecho, sino la objetividad de los pronunciamientos de los tribunales. El autor no comparte la noción del derecho como una forma autoritaria positivista que los tribunales deben hacer cumplir. Considera que esa es una concepción incompleta que deja por fuera las diferentes fuentes de aplicación.

El ejercicio del derecho disciplinario, tanto en la Procuraduría General de la Nación como en las oficinas de control interno disciplinario, evidentemente se aproxima más a la concepción del derecho de Raz que a la Dworkin. Son varias las razones que sustentan tal afirmación; sin embargo, hemos de desarrollar solo las dos principales: la primera, guarda relación con el principio de reserva de ley, con arreglo al cual, no solo la tipificación de las faltas, sino la aplicación de las sanciones por su realización, corresponde en forma exclusiva y excluyente al legislador. También es el legislador el que fija los procedimientos, las autoridades y las competencias. El papel del juez se limita a la verificación de todo lo anterior, lo que de entrada descarta su rol como fuente creadora del derecho disciplinario.

La segunda razón es jurídico-formal. El artículo 230 constitucional matricula a Colombia como un Estado de derecho positivo en el que la referencia de creación, aplicación, verificación y recreación del derecho es la ley en sentido material, al paso que los pronunciamientos de los jueces revisten el simple carácter de fuente auxiliar del derecho.

Ahora bien, sentadas las bases sobre las que se construye el ejercicio del derecho disciplinario podemos ocuparnos de la reflexión central de este ensayo, referida a la ética de la sanción disciplinaria y al principio de proporcionalidad.

Antes de entrar en materia, reconozcamos que la sanción disciplinaria reafirma la vigencia del sistema de refuerzo que rige la función administrativa.

Bien puede hablarse de un *sistema de refuerzo* por las siguientes razones: en un mundo perfecto e ideal, caracterizado por la existencia de personas correctas y responsables, familias sólidas y funcionales, sociedades robustas, cohesionadas axiológicamente y solidarias, organizadas en el marco de un Estado dirigido por gobiernos capaces, rectos y responsables, la persona que acepta su designación como agente del Estado¹, ya sea como servidor público o como particular que en forma permanente o transitoria ejerce función pública, despliega las atribuciones inherentes a

¹ Reafirmemos que por *agente del Estado* entiéndanse tanto los servidores públicos como los particulares que cumple función pública. El alcance de la expresión *servidor público* es constitucional. El Artículo 123 del ordenamiento Superior define que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.) al paso que el alcance de

su designación en forma recta, imparcial, transparente y guiado por la prevalencia del interés general. En otras palabras, su quehacer funcional estará informado por los valores de ética pública que resultan deseables de todo agente del Estado. En un mundo tal, el agente estatal no solo es probo, escrupuloso y recto recto, sino que además es diligente, prudente, cuidadoso, planifica su gestión y, por supuesto, es respetuoso de la ley. En tal escenario ideal, el derecho disciplinario deviene en innecesario.

Pero en el mundo real, en cambio, los agentes del Estado son personas falibles y propensas al ejercicio desviado de sus atribuciones públicas. En ese mundo real, diversos factores humanos pueden representar la contaminación del modelo ideal consagrado para los agentes del Estado; se sacrifica el interés general o su realización se pospone a la satisfacción de intereses particulares. En ese mundo real, el agente del Estado no siempre planifica, en ocasiones improvisa; el agente estatal no siempre se somete a la ley, a veces busca la vía interpretativa que mejor se acomode a sus intereses, a su ideología o a sus convicciones, sin importar que ello represente el sacrificio del interés general. En ese mundo real, el derecho disciplinario emerge como un mecanismo necesario, puesto por el ordenamiento jurídico en manos del Estado para procurar que los agentes del Estado ciñan sus conductas oficiales a formas de comportamiento compatibles con una ética de lo público guiada por los valores que hoy todos reconocemos en la Carta Fundamental que nos rige.

Las razones que preceden permiten reconocer que en el mundo real la sanción disciplinaria constituye la mejor expresión del sistema de refuerzo que rige el funcionamiento del Estado.

En última instancia todo el sistema se reduce a lo siguiente: el agente del Estado debe cumplir en forma recta y diligente sus funciones misionales por, cuando menos, una de dos razones: (i) porque reúne las virtudes desables de un buen ciudadano: sentido de gradeza, de responsabilidad y de pertenencia; consciencia sobre la delicada misión de su labor; madurez para organizar y planear el ejercicio de sus funciones, ponderación, diligencia y prudencia al desplegar sus funciones y consideración para con los particulares que dependen directa o indirectamente del cumplimiento de sus responsabilidades. (ii) Por temor a la imposición de una sanción disciplinaria.

Sea cual fuera la motivación, el derecho disciplinario reafirma la vigencia del sistema de refuerzo y la utilidad social de la sanción disciplinaria. Lo primero, porque más allá de la virtud y de la buena voluntad de sus agentes, al Estado le interesa asegurar la realización de sus fines a través de la consagración de un régimen que exige el cumplimiento de los deberes funcionales de sus agentes, y lo segundo, porque la sanción disciplinaria cumple una doble función, preventiva y correctiva. Desde una perspectiva de ética pública, al Estado le incumbe la adopción de un sistema que, incluso bajo el apremio amenazante de la sanción, busca la realización de sus fines.

Esta última consideración permitiría reconocer que en el balance de la relación vinculante entre moral y derecho, prevalece la razón práctica que se impone por necesidad, más allá del reconocimiento de que norma jurídica tiene evidentemente un peso moral en su trasfondo teleológico.

Es por lo anterior que en los últimos años se han determinado tres postulados entre la relación derecho-moral, denominadas así,

- Tesis de las fuentes: la totalidad del derecho proviene de las fuentes.
- Tesis de la incorporación: la totalidad del derecho surge de una fuente o autorización de unas fuentes jurídicas.
- Tesis de la coherencia: el derecho surge de fuentes jurídicas.

REFERENCIAS

Raz, Joseph. (2001). La ética en el ámbito público. Gedisa Editores. 442 páginas.

Constitución Política de Colombia. (2011). Publicaciones Legis. Códigos básicos.