



**DISCRECIONALIDAD DEL OPERADOR DISCIPLINARIO PARA TASAR LA
SANCION**

¿DISCRECIONALIDAD ABSOLUTA O DISCRECIONALIDAD REGLADA?

AUTOR:

NELCY MARINA MANJARREZ MORON

TRABAJO DE GRADO

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACION DERECHO SANCIONATORIO

BOGOTA

2015

DISCRECIONALIDAD DEL OPERADOR DISCIPLINARIO PARA TASAR LA SANCION ¹

¿DISCRECIONALIDAD ABSOLUTA O DISCRECIONALIDAD REGLADA?

NELCY MARINA MANJARREZ MORON²

RESUMEN:

La Ley 734 de 2002, le otorga al operador disciplinario la **FACULTAD** para tasar o establecer la cantidad de sanción cuando se trata de **inhabilidad general o especial, suspensión simple o suspensión con inhabilidad y multa**. En el caso de la destitución, y la amonestación no hay facultad del operador disciplinario para determinar la cantidad en primer lugar porque no admite esa modalidad y en segundo lugar porque los términos para esta clase de sanción viene dada previamente por el legislador.

Por lo anterior se hace necesario estudiar y entender el desarrollo dogmático de la sanción disciplinaria prevista en la Ley 734 de 2002, en los casos de **inhabilidad general o especial, en la suspensión simple o suspensión con inhabilidad y multa**.

¹Trabajo realizado para optar al título de especialista en Derecho Sancionatorio en la Universidad Militar Nueva Granada.

²Abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

PALABRAS CLAVE:

Sanción, falta disciplinaria, culpa, administración, operador disciplinario, disciplinado, responsabilidad.

ABSTRACT:

Act 734 of 2002, gives the operator disciplinary tazar discretion to set the amount or penalty when it comes to general or special disability, simple inability suspension or suspension and a fine. In the case of dismissal, reprimand and no disciplinary authority operator to determine the amount first because it does not support that mode and secondly because the amount of such penalty has previously given by the legislator.

Therefore it is necessary to study and understand the dogmatic development of the disciplinary sanction pursuant to Act 734 of 2002, in the case of general or special disqualification, in the simple inability suspension or suspension and a fine.

KEYWORDS

Sanction disciplinary offense, guilt, administration, disciplinary operator, disciplined, responsible.

1 INTRODUCCIÓN

“Todo Estado es, evidentemente, una asociación, y toda asociación no se forma sino en vista de algún bien, puesto que los hombres, cualesquiera que ellos sean, nunca hacen nada sino en vista de lo que les parece ser bueno. Es claro, por tanto, que todas las asociaciones tienden a un bien de cierta especie, y que el más importante de todos los bienes debe ser el objeto de la más importante de las asociaciones, de aquella que encierra todas las demás, y a la cual se llama precisamente Estado y asociación política”³

El derecho disciplinario en el ordenamiento jurídico colombiano es una disciplina o una rama del derecho nueva, que no es autónoma, aun falta mucho por construir, el derecho disciplinario se acerca íntimamente a las previsiones del derecho penal, siéndole aplicables muchos de los principios que orientan y guían esta disciplina del derecho.

El sistema de *numerus apertus*, acogido por el derecho disciplinario, admite la posibilidad de castigar las conductas disciplinarias en que se ha incurrido a título de culpa, no obstante la ley se abstiene de reconocerlo *ex profeso*. La consecuencia de mayor realce en el sistema acogido por el derecho disciplinario es que generalmente la determinación de si una conducta puede ser sancionada a título de dolo o culpa corresponde a la autoridad encargada de imponer la sanción, no a la ley, y viene impuesta, fundamentalmente, por ese elemento referido anteriormente: la naturaleza de la conducta sancionable, sin embargo, el tema referido a la clasificación y límite de las sanciones en materia disciplinaria está concebido por el legislador en el Título V, Capítulo 2º, artículos del 44 al 47 de la Ley 734 de 2002.

3ARISTÓTELES, “La República”, capítulo 1 página 23

Debemos decir como punto de partida de este estudio, que la sanción en el ámbito de la responsabilidad disciplinaria, está gobernada por el **principio de legalidad de las sanciones**, que en sentir de la Corte Constitucional exige: *(i) que el señalamiento de la sanción sea hecho directamente por el legislador; (ii) que este señalamiento sea previo al momento de comisión del ilícito y también al acto que determina la imposición de la sanción; (iii) que la sanción se determine no sólo previamente, sino también plenamente, es decir que sea determinada y no determinable. Obviamente, esto no impide que el legislador diseñe mecanismos que permitan la gradación de la sanción, como el señalamiento de topes máximos o mínimos*⁴.

Ahora bien, un estudio dogmático de la **sanción** en la órbita del derecho disciplinario como el que nos ocupa, debe hacerse en estrecha relación armónica con el contenido del artículo 18 de la Ley 734 de 2002 que establece como principio rector el de “**proporcionalidad**” y por virtud del cual, la sanción deba corresponder a la gravedad de la falta cometida y que en la graduación de esta deben aplicarse los criterios que fija esta Ley.

Sumado a lo anterior no puede perderse de vista lo dicho por la máxima guardiana de nuestra Carta Constitucional en el sentido de que “La sanción administrativa, como respuesta del Estado a la inobservancia por parte de los administrados de las obligaciones, deberes y mandatos generales o específicos que se han ideado para el adecuado funcionamiento y marcha de la administración entre otros, y consecuencia concreta del poder punitivo del Estado, no debe ser ajena a los principios que rigen el derecho al debido proceso. Por tanto, debe responder a criterios que aseguren los derechos de los administrados. En este sentido, se exige, entonces, que la sanción esté contemplada en una norma de rango legal - reserva de ley⁵, sin que ello sea garantía suficiente, pues, además, la norma que la contiene debe determinar con claridad la sanción, o por lo menos permitir su determinación mediante criterios que

4Sentencia C-475 de 2004. M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Fundamento jurídico Nro 5. [Htph://www.olmedotributaristas.com/sentencias_completas/sentenciaC-47504.html](http://www.olmedotributaristas.com/sentencias_completas/sentenciaC-47504.html).

el legislador establezca para el efecto. Igualmente, ha de ser razonable y proporcional, a efectos de evitar la arbitrariedad y limitar a su máxima expresión la discrecionalidad de que pueda hacer uso la autoridad administrativa al momento de su imposición”⁶.

También el estudio de la sanción disciplinaria inescindiblemente involucra el contenido del artículo 16 de la Ley 734 de 2002, como quiera que a manera de principio rector, prescribe que la sanción disciplinaria tiene una **función preventiva** y una **función correctiva**, con el propósito mayúsculo o fin esencial de garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.

2. NOCIÓN DE SANCIÓN:

A una noción de sanción, esto es, el conocimiento elemental que se puede tener de ella, se puede llegar haciendo uso o acudiendo a expresiones tales como: ejercicio del ius puniendi estatal, consecuencia, resultado, imposición, inhabilitación, responsabilidad jurídica, culpabilidad, debido proceso, ámbito disciplinario y por supuesto, falta disciplinaria.

⁵Fuera del texto de la sentencia que estamos citando, digamos que Por virtud del principio de reserva legal determinadas materias o desarrollos jurídicos “deben estar respaldados por la ley o simplemente que la ley es el único instrumento idóneo para regular su funcionamiento. En algunos de dichos casos, a través de una ley en sentido formal, y en otros, admitiendo su desarrollo conforme a leyes en sentido material. Dice la Corte Constitucional que “Desde esta perspectiva, en materia disciplinaria, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que la consagración de los comportamientos reprochables disciplinariamente, **así como las sanciones, los criterios para su fijación y los procedimientos para adelantar su imposición**, corresponden a una materia que compete desarrollar de manera exclusiva a la ley, tanto en sentido formal como material. Sentencia C-818 de 2005. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Fundamento jurídico Nro. 8.

⁶Cfr. Sentencia C-475 de 2004. M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Fundamento jurídico Nro 3. [Htp://www.olmedotributaristas.com/sentencias_completas/sentenciaC-47504.html](http://www.olmedotributaristas.com/sentencias_completas/sentenciaC-47504.html).

En este orden de ideas, consideramos que por **sanción** en el ámbito del derecho disciplinario debemos entender la consecuencia jurídica de realizar una falta disciplinaria.

Esto es la consecuencia jurídica de la realización, ejecución o materialización de una **conducta** o comportamiento previamente establecida por el legislador de manera clara, expresa y cierta, con la que se violan sustancialmente y sin justificación alguna deberes funcionales de manera dolosa o culposa en los términos de la Ley 734 de 2002. Conclusión e imposición a la que se llega respetando a ultranza lo que impone el debido proceso Constitucional y siempre con fines preventivos y correctivos para el servidor público.

Por **consecuencia**, entre otras, trae como acepciones el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española: “Hecho o acontecimiento que se sigue o resulta de otro”, y **jurídica**, porque se concibe en el marco de la responsabilidad disciplinaria establecida para los servidores públicos de claro estirpe Constitucional.

Con esta sencilla pero clara definición de “**falta disciplinaria**”, pasamos a hacer un estudio de las clases de sanciones, definición de estas, límites de las mismas y criterios para la graduación de alguna de ellas conforme está concebido el tema en el Código Disciplinario Único.

3. CLASES DE SANCIONES:

3.1. Destitución e inhabilidad general, cuando el servidor público comete una falta gravísima bajo la modalidad dolosa o realizada con culpa gravísima. Art. 44 numeral 1°.

La destitución conforme el artículo 45 de la Ley 734 de 2002, literal a) puede dar lugar a:

a). La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin importar que dicho servidor público se encuentre vinculado a aquella bajo la modalidad de libre

nombramiento y remoción, lo sea un funcionario de carrera administrativa, o se trate de un cargo de elección.

b). La desvinculación del cargo cuando el servidor público incurra en la prohibición contemplada en el artículo 110 Constitucional, esto es, la de hacer contribución alguna a los partidos, movimientos o candidatos, o inducir a otros a que lo hagan, siempre y cuando no medie excepción establecida en la Ley -“anti clientelismo”-. También en los casos contemplados en el artículo 278 Constitucional, numeral 1º, que establece funciones específicas para el Procurador General de la Nación, que debe cumplir previa audiencia⁷, mediante decisión motivada y tratándose de funcionarios aforados que realicen las conductas allí expresamente establecidas.

c). La terminación del contrato de trabajo cuando la vinculación a la administración se ha producido por este medio legal.

Ahora bien, la sanción de destitución e inhabilidad general, es una sola, inseparable y recurrente, lo cual se entiende cuando se lee en el literal d) numeral 1º del artículo 45 de la Ley 734 de 2002: *“En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado en el fallo, y (...)”*.

Nótese que cuando el legislador utiliza la expresión: (...) *“la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función”*, se está refiriendo a una **inhabilidad general** que como consecuencia de la falta cometida por el servidor público y a manera de sanción le sobreviene y que le impide seguir desempeñándose como servidor público, por el tiempo que se establezca en el fallo, como se pasa a explicar.

Conforme la redacción de la norma, el legislador utilizando una técnica mixta le otorga una facultad reglada al juez disciplinario para que entre a tazar o establecer la cantidad de inhabilidad.

⁷Se refiere a los casos en que el Procurador General de la Nación debe aplicar el procedimiento verbal, previsto en el Título XI, Capítulo II, artículos 182 a 191 de la Ley 734 de 2002.

Digo técnica mixta porque previamente el legislador ha establecido la cantidad de inhabilidad general a que se hace acreedor el servidor público cuando comete la falta gravísima con dolo o culpa gravísima, siendo está la de **mínimo diez (10), máximo veinte (20) años**, y es en relación con este mínimo y máximo que el juez disciplinario puede tasar y/o fijar la cantidad de inhabilidad.

Ahora bien, se trata de una facultad reglada que el legislador le ha entregado el Juez u operador disciplinario, pues éste, sólo podrá fijar en el respectivo fallo la cantidad de inhabilidad, aplicando los criterios establecidos en el artículo 47 de la Ley 734 de 2002, a los que nos referiremos adelante.

La exclusión del servidor público de la carrera administrativa o del escalafón, particularmente si se trata de un docente, no constituye una sanción propiamente dicha, se trata de una consecuencia que sobreviene a la destitución del cargo de tal, cuando el servidor público ha cometido una falta disciplinaria objetivamente gravísima cometida a título de dolo o de culpa gravísima.

Salta de bulto que el legislador ha equiparado el dolo con la culpa gravísima, pues realizada la falta disciplinaria bajo cualquiera de estas modalidades culposas, la sanción es la misma.

Otra resulta ser la inhabilidad intemporal o permanente a la que se refiere el artículo 46 de la Ley 734 de 2002, prevista para aquellos casos en los que la falta cometida por el servidor público además de ser gravísima cometida con dolo o culpa gravísima, afecta el patrimonio económico del Estado, esto es, cuando la falta sea la comisión de un delito contra el patrimonio del Estado, conforme lo dispuesto en el inciso final del artículo 122 Constitucional⁸.

⁸Este tema puede ser estudiado en la Sentencia C-028 de 2006 que ordenó estarse a lo resuelto por la Corte en la sentencia C-948 de 2002.

3.2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas. Art. 44 numeral 2.

Sea lo primero manifestar que la correcta interpretación de esta norma impone comprender que cuando el legislador utiliza la expresión “*gravísimas culposas*” está diciendo que la sanción se aplica a las faltas de naturaleza gravísima, cometidas con culpa grave. Responde esta sanción al principio de proporcionalidad pues lo que determina este tipo de sanción es la modalidad de la falta cometida, esto es, que se trate de una falta grave, con el ingrediente que si se comete de manera dolosa o con culpa gravísima se hará acreedor a ella.

La suspensión a la luz del artículo 45 numeral 2 de la Ley 734 de 2002, está definida como la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria.

La inhabilidad que como sanción forma parte integral con la suspensión se conoce como de naturaleza especial, pues consiste en la imposibilidad de ejercer la función pública, en cualquier cargo distinto de aquel, por el término señalado en el fallo.

En la aplicación de esta modalidad de sanción prevista para las faltas graves dolosas o graves cometidas con culpa gravísima, también le asiste al juez u operador disciplinario una facultad discrecional reglada, dada por el legislador para tasar la cantidad de inhabilidad especial, sobre la base un mínimo y un máximo que previamente ha establecido aquel, mínimo de treinta (30) días y máximo de doce (12) meses. Cantidad de inhabilidad que debe ser establecida sobre la base de los criterios previstos en el artículo 47.

Entiéndase que la suspensión opera por un término que va de mínimo treinta (30) días, a máximo doce meses y que la inhabilidad especial esta prevista por el mismo lapso de tiempo, en el cual, el servidor público no puede desempeñarse en el cargo respecto del cual ha sido suspendido, ni en otro cargo igual, superior o inferior que exista en la misma entidad o en cualquier entidad pública del orden nacional, territorial, descentralizada por servicios o por funciones.

Puede suceder que el servidor público reciba la sanción cuando ya haya hecho dejación del cargo y sea imposible suspenderlo o inhabilitarlo mínimo treinta (30) días, máximo doce (12) meses, como quiera que no ocupa o se desempeña en otro cargo público de cualquier orden, caso en el cual y por así disponerlo el legislador en el artículo 46 numeral 2 de la Ley 734 de 2002, se convertirá el término de la suspensión o el que llegare a faltar, según el caso, en salarios de acuerdo al monto de lo devengado para el momento en que el servidor público cometió la falta disciplinaria, y en todo caso, sin perjuicio de la aplicación del tiempo de inhabilidad especial, que en todo caso lo inhabilita por el tiempo establecido en el fallo para desempeñar función pública o contratar con el Estado.

3.3. Suspensión para las faltas graves culposas. Artículo 44 numeral 3º Ley 734 de 2002.

La suspensión implica igualmente la separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria, con la salvedad de que esta sanción no va aparejada de inhabilidad.

La suspensión será también de igual manera por un término mínimo de treinta (30) días máximo doce (12) meses. También conmutable en multa en los casos en que acabamos de referenciar.

3.4. Multa, para las faltas leves dolosas. Artículo 44 numeral 4º Ley 734 de 2002.

Por disposición del numeral 4º del artículo 45 ibídem, la multa es una sanción de carácter pecuniario.

Aquí también le asiste al operador disciplinario la facultad reglada de tasar la cantidad de multa, sobre la base que previamente le ha establecido el legislador en el artículo 46 inciso 4º, esto es, que la multa no puede ser inferior al valor de diez (10) ni

superior al de ciento ochenta (180) días del salario básico mensual devengado al momento de la comisión de la falta.

3.5. Amonestación escrita para las faltas leves culposas. Artículo 44 numeral 5° Ley 734 de 2002.

Conforme el numeral 4° del artículo 45 ibídem, frente a esta modalidad de sanción debe tenerse en cuenta lo siguiente:

a). Que la amonestación escrita implica un llamado de atención formal, por escrito, que debe registrarse en la correspondiente hoja de vida del servidor público autor de la falta disciplinaria que originó la sanción.

b). Que a quien le corresponde hacer efectiva esta sanción es al representante legal de la entidad o a quien corresponda según las normas internas de aquella, para tal efecto deberá comunicársele a éste la sanción si al momento en que quede debidamente ejecutoriado el fallo el servidor público sancionado presta servicios en el mismo o en otro cargo similar en la misma entidad o en otra entidad oficial, incluso en periodo diferente. Es al representante legal de la entidad o quien haga sus veces a quien corresponde hacer efectiva esta sanción.

4. CRITERIOS PARA LA GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN. ART. 47 DE LA LEY 734 DE 2002.

Los criterios a los que nos vamos a referir someramente y a título de mera enunciación, aplican para las sanciones respecto de las cuales el legislador le ha dado al juez disciplinario una facultad reglada, previamente al haber establecido su naturaleza y el límite de las mismas, a saber:

- ✓ para establecer la cuantía de la multa,
- ✓ La cantidad del término de duración de la suspensión y

✓ la cantidad de tiempo de la inhabilidad general y de la inhabilidad especial.

4.1. Haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga.

Este criterio constituye un agravante a la hora de tasar la cuantía de la multa y la cantidad de suspensión e inhabilidad. Ello no se traduce en doble imposición de la sanción, sino en castigar la reincidencia del servidor público quien ha desconocido sus deberes funcionales.

4.2. La diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función. Actúa este criterio como atenuante; por la tendencia del servidor público al cumplimiento de sus deberes funcionales.

4.3. Atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero;
Se convierte en agravante atendiendo a que es un comportamiento que afecta el honor y honra de otra persona.

4.4. La confesión de la falta antes de la formulación de cargos;
Actúa este criterio como atenuante, responde a la actitud del funcionario por reconocer su falta, evitando el desgaste del juez disciplinario y la pérdida de recurso humano, físico y económico de parte del Estado.

4.5. Haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado;
Actúa como Criterio atenuante.

4.6. Haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso;

Actúa como Criterio atenuante. Se traducen en la voluntad de reparación de parte del disciplinado.

4.7. El grave daño social de la conducta;

Se convierte en agravante, se analiza desde el principio moral que conlleva la función administrativa.

4.8. La afectación a derechos fundamentales;

Se convierte en agravante, el legislador fue más severo al considerar la protección de estos derechos.

4.9. El conocimiento de la ilicitud;

Se convierte en agravante, debe el operador disciplinario valorar el conocimiento del ilícito y si se obró con dolo o culpa, siendo mayormente sancionable si se demuestra conocimiento eventual o actualizable de la ilicitud por parte del implicado.

4.10. Pertener el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad.

Se convierte en agravante, referido al deber de dar buen ejemplo.

Dispone el numeral 2º del artículo 47 de la Ley 734 de 2002, lo siguiente:

“A quien, con una o varias acciones u omisiones, infrinja varias disposiciones de la ley disciplinaria o varias veces la misma disposición, se le graduará la sanción de acuerdo con los siguientes criterios:

a). Si la sanción más grave es la destitución e inhabilidad general, esta última se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

b). Si la sanción más grave es la suspensión e inhabilidad especial, se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;

- c). Si la sanción más grave es la suspensión, esta se incrementará hasta en otro tanto, sin exceder el máximo legal;
- d). Si las sanciones son de multa se impondrá la más grave aumentada en otro tanto, sin exceder el máximo legal.”

No obstante la claridad contenida en los artículos 4º y 23 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, los artículos 43, numeral 9º; 44, numerales 1º y 2º; 48, numeral 1º; 50, inciso 3º; 51, incisos 1º y 3º; 55, parágrafo 1º y 61 parágrafo de la misma Ley Disciplinaria, permiten que el operador disciplinario LEGISLE, SEÑALE Y TRANSPORTE de cualquier manera, comportamientos que NO ESTÁN DESCRITOS como falta en la ley disciplinaria vigente al MOMENTO de su realización, transgrediendo el artículo 29 de nuestra Carta Política que exige la PREEXISTENCIA DE LA FALTA, y lo que es más grave, que lo haga a POSTERIORI de la ocurrencia de la conducta que se va a disciplinar.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-155/02 argumenta: “Con base en lo anterior, es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario, por las razones que a continuación se señalan.”⁹

⁹Sentencia C-427 de 1994, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.

“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.”.

La culpabilidad es *“Supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recae”*¹⁰. Principio constitucional que recoge el artículo 14 del C.D.U. acusado, al disponer que *“en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”*. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que *“el hecho de que el Código establezca que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa, implica que los servidores públicos solamente pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso – con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso -, y que dentro de éste se haya establecido la responsabilidad del disciplinado”*¹¹.

Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas el derecho

¹⁰Sentencia C-626 de 1996, M.P. Dr. Jose Gregorio Hernández Galindo

¹¹Sentencia C- 728 de 2000, M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

disciplinario de los servidores públicos, toda vez que *“el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican mutatis mutandi en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado”*¹²

12 Sentencia C-195 de 1993, M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio

CONCLUSIONES

Un comportamiento calificado legalmente como falta gravísima dolosa, el operador disciplinario lo podrá convertir en falta grave dolosa si determina que lo realizó culposamente (numeral 2 del artículo 44) o con culpa grave (numeral 9 del artículo 43). Igualmente una falta grave, el operador disciplinario la podrá convertir en una falta gravísima si el destinatario de la ley disciplinaria lo realiza con culpa gravísima (numeral 1 del artículo 44). Así mismo las causales de mala conducta que son asimilables a faltas gravísimas, el operador disciplinario las podrá transformar en graves culposas, con culpa grave o leves culposas, no permitiéndose que se transformen en graves dolosas o leves dolosas (numeral 3 del artículo 50).

Así las cosas, el operador disciplinario podrá crear un hecho que afecte en menor grado el deber funcional, que será tratado con un orden interno como lo establece la norma y que en caso de reiteración lo podrá elevar a la categoría de falta disciplinaria con el fin de aperturar una indagación preliminar y llevarla a un proceso disciplinario y así poder sancionar; adicionalmente, las faltas cometidas por los particulares, el operador disciplinario podrá transformarlas de faltas gravísimas dolosas a faltas gravísimas culposas, y por último el operador disciplinario podrá a su arbitrio trasladar una conducta punible dolosa del Código Penal al Código Disciplinario¹³, llegando muchas veces a la arbitrariedad, que si bien es cierto no es sinónimo de discrecionalidad pues se caracteriza por patentizar el capricho de quien ostenta el poder, en determinados casos, por lo tanto, la arbitrariedad no constituye una potestad reconocida por el derecho, sino más bien, una definición fuera del derecho o, como se señala, una manifestación de poder social ajena al derecho. El elemento que permite diferenciar la potestad discrecional de la arbitrariedad radica en la motivación ya que en cualquier acto discrecional, el operador está llamado a expresar los motivos de su decisión, cosa que no ocurre con la arbitrariedad; de tal suerte que la actividad

¹³Sentencia C-124 de 2003 - Procuraduría General de la Nación

discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes por el contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada dentro de del fin que se persigue.

Lo dicho incurre en la violación al principio constitucional del debido proceso (legalidad), contenido en el artículo 29, en concordancia con el artículo 4º de la Ley 734 de febrero 5 de 2002, el artículo 21 de la Ley 599 de julio 24 de 2000, aplicable a la ley disciplinaria por remisión del artículo 21 del Código Disciplinario Único.

El poder sancionador del Estado, deviene de la necesidad de lograr que el funcionario administrativo cumpla con sus funciones y no se desvíe de los fines para los cuales fue asignado, sin embargo, en la aplicación de la acción Disciplinaria se encuentra una gran discrecionalidad atribuida al operador disciplinario al momento de establecer por ejemplo la forma de **culpabilidad y la sanción a imponer**. Tal discrecionalidad se encuentra particularmente contenida en el artículo 43, en el párrafo del artículo 44, en el artículo 46 y 47, que establecen en su orden: Los criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta, factores generadores de la culpa gravísima y límites de las sanciones. Los cuales permiten que al momento de determinar la responsabilidad subjetiva del disciplinado y su consecuencia sancionatoria el funcionario con atribuciones disciplinarias tenga un amplio margen para determinar de acuerdo a su arbitrio la voluntad o falta de cuidado con la que actuó el sujeto y a la vez imponer el correctivo disciplinario; lo que implica que el juez disciplinario pueda determinar si se obro a título de dolo, culpa grave o gravísima y a la vez establecer el quantum de la sanción a imponer pudiendo moverse entre estos sin que se le den unos parámetros claros que limiten esa valoración jurídica de grandes repercusiones al momento de restringir los derechos del servidor público al que se encuentre responsable disciplinariamente.

En muchos casos el disciplinado sancionado no conoce las razones por las cuales le imponen tantos años de inhabilidad general o tantos meses de suspensión del cargo, puesto que a pesar de que el artículo 47 de la Ley 734 de 2002 señala unos criterios para la graduación de la sanción, estos no contienen una dosimetría clara que permita

al operador disciplinario por ejemplo saber a qué equivale la presencia de agravante o atenuante en cuanto a la dosificación de la sanción.

Por todo lo anterior es que se hace imperiosa la necesidad de modificar, la facultad sancionadora del operador disciplinario, mediante tipos cerrados y una descripción totalmente cerrada de las conductas para evitar así que se **desborde** esta facultad y se cometan grandes injusticias que a la larga conllevan a demandas costosas contra el Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Corte Constitucional Sentencia C-475 de 2004 M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Fundamento jurídico Nro. 5.
- Corte Constitucional Sentencia C-818 de 2005 M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Fundamento jurídico Nro. 8.
- Corte Constitucional Sentencia C-475 de 2004 M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Fundamento jurídico Nro. 3.
- Corte Constitucional Sentencia C-028 de 2006 M.P SIERRA PORTO, Humberto Antonio.
- Corte Constitucional Sentencia C-948 de 2002 M.P. TAFUR GALVIS, Álvaro.
- Corte Constitucional Sentencia C-124 de 2003 M.P. ARAUJO RENTERIA, Jaime.
- Ley 734 del 5 de febrero 2002, “Código Disciplinario Único”, artículos 16,18, 36, 37, 38 numeral 4°, 41, 44, 45, 46,47, 48, 50, 54, 55, 56, 63, 174, 219, 220 y 221.
- Constitución Política, artículos 110, 122, 179 numeral 4°, 183, 277, numerales 1, 5 - 6, 278 y 284.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. Derecho Disciplinario. Ed. Universidad Externado de Colombia. 2002
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.
- ARISTÓTELES, “La República”, capítulo 1 página 23