

CONOCIMIENTO DE LA ILICITUD EN SEDE DE CULPABILIDAD Y SU
CONSTITUCIONALIDAD



POR:

ANDRÉS HERNÁN OCAMPO ROMERO

UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO SANCIONATORIO

BOGOTÁ D.C.

2016

RESUMEN

El Código General Disciplinario, estatuto que se encuentra en la actualidad pendiente de aprobación por la Corte Constitucional, consagra el conocimiento de la ilicitud como elemento indispensable en la configuración del dolo en sede de culpabilidad, elemento sumamente subjetivo que tiene dificultades en su aplicación probatoria, así como la vulneración de principios constitucionales y legales que rigen en el Estado Social y Democrático de Derecho. Su establecimiento en sede de culpabilidad como de punibilidad hace que el dolo simple en el estatuto general no se pueda aplicar; es decir, al configurarse este toda conducta dolosa de manera automática será agravada.

PALABRAS CLAVE

Conocimiento de la ilicitud, constitucionalidad, dolo, presunción.

ABSTRACT

The General Disciplinary code, statute that is currently outstanding for approval by the Constitutional Court, whose establishes the knowledge of the wrongfulness as an indispensable element in shaping of fraud in order to guilty, highly subjective element having difficulties in their probation application, as well as the violation of constitutional and legal principles in the social and democratic rule of law. Its headquarters establishment guilt as punibility makes simple fraud in the general statute can not be applied; that is, to set this all willful misconduct automatically be aggravated.

KEY WORDS

knowledge of the wrongfulness, constitutionality, fraud, presumption.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad en régimen disciplinario general del servidor público colombiano está a portas de tener un cambio de normatividad; esto en razón a que el Proyecto de Ley 195 de la Cámara de Representantes, 55 de 2014 Senado, acumulado con el proyecto de ley 50 de 2014 senado por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario y se derogan la Ley 734 de 2002, algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011 y el Decreto Ley 262 de 2000, relacionadas con esta materia, proyecto de Ley que fue objetado por parte del Presidente de la República de Colombia por problemas de inconstitucionalidad e inconveniencia. En el proyecto de ley citado se hacen importantes reformas sustanciales y procesales, está dotado de una organización sistemática con importante técnica jurídica y da claridad a aspectos que en la actualidad son confusos y debatidos. Así mismo, en aras de establecer una autonomía en esta materia se han incluido instituciones de derecho de manera marcada y con cierta autonomía de otras materias que conforman el *ius puniendi* del Estado.

Al respecto es necesario traer a colación que en esta nueva normatividad se establece la definición de dolo disciplinario, con una configuración dogmática tripartita, la cual doctrinariamente se había establecido y que en la actualidad la Procuraduría General de la Nación ha aplicado en múltiples providencias.

El conocimiento de la ilicitud como integrante imprescindible en la configuración del dolo disciplinario toma real importancia debido a que es la misma ley quien la establece en sede culpabilidad, sin descartar su importante labor en sede de punibilidad por ser criterio para la graduación de la sanción disciplinaria.

Es importante estudiar y analizar su constitucionalidad, los efectos y dificultades de este elemento integrante del dolo. Es necesario para los servidores públicos y operadores disciplinarios entre otros, tener un conocimiento de la norma de

manera general y específico debido a que son ellos mismos los destinatarios de la misma y quienes en dado caso sufrirán las consecuencias que de ellas se derivan.

De igual manera, los profesionales del derecho deben actualizar sus conocimientos con un sentido crítico de la norma que les permita un mejor desarrollo en el ejercicio de la profesión en referencia a esta materia y propender por una construcción de esta disciplina que sea acorde con el actual Estado social y democrático de derecho.

Para ello aplicamos el método deductivo, soportado en el modelo de investigación documental como lo son la legislación en materia disciplinaria, doctrina y jurisprudencia que nos permitan llegar a conclusiones.

La presente investigación se extiende al análisis de la legislación disciplinaria desde la expedición de la Ley 13 de 1984 - Ley que marca un paso importante en el esfuerzo de establecer un régimen sancionatorio compacto para los servidores públicos que a la fecha de su promulgación era bastante difuso-, en lo referente a la aplicación del conocimiento de la ilicitud en sede de culpabilidad, hasta la actualidad.

CONOCIMIENTO DE LA ILICITUD EN SEDE DE CULPABILIDAD Y SU CONSTITUCIONALIDAD¹

Andrés Hernán Ocampo Romero²

¹ Trabajo de investigación para optar por el título de Especialista en Derecho Sancionatorio de la universidad militar Nueva Granada Cohorte XVI.

² Abogado de la Universidad La Gran Colombia Seccional Armenia, Abogado litigante en Derecho Disciplinario. Coordinador Jurídico Nacional de la empresa Asistencia Jurídica Colombiana Ltda. Estudiante de Especialización en Derecho Sancionatorio Universidad Militar Nueva Granada.

El ser humano desde sus inicios ha tenido una íntima relación con la religión, la cual ha determinado lo bueno y lo malo, ha determinado su conducta y pensamiento que conlleva a la materialización de sus conductas. Esta relación hombre – religión ha establecido la relación entre la moral y el derecho entendiéndose como postulados de justicia que rigen la conducta humana y sus relaciones con su congéneres.

Es en la edad media cuando el pecado es el determinador de lo injusto, y de él deriva el reproche de conducta del individuo por la comunidad. El bien a proteger en la época señalada era la fe religiosa y la trasgresión de este tenía sanciones que podrían conllevar a penas excesivas.

En ese momento lo contrario a la fe era delito. Gómez Pavajeau (2012) afirma. “no queda duda de que lo que fundaba el delito era la idea del desvalor del pensamiento o del deseo contrarios a la fe, por lo tanto el dolo no era otra cosa que mala fe” (p. 164).

Esta concepción del dolo duró vigente por varios siglos en los cuales los elementos constitutivos de este eran la malicia y la voluntad. Esta tendencia permeó los sistemas jurídicos penales de una manera más marcada en los estados en los cuales se profesaba la religión católica.

Posteriormente la doctrina se aparta del postulado de pecado y se fija claramente en la voluntad del individuo y la conducta realizada, pero desde un punto de vista meramente psicológico, pues el dolo era un nexos causal entre el querer y el resultado (Gómez, 2012, p.165).

Nuevamente a principios del siglo XX, la percepción del dolo cambia, pues en él lo importante es el resultado y que este debe repercutir en la vulneración de un bien jurídico tutelado.

A mediados del siglo XX, se adopta la concepción dogmática del dolo en base al finalismo, donde se le da un carácter avalorado, en donde no es necesario el conocimiento de la ilicitud porque lo sitúa en sede de tipicidad, pero se indica que existir la voluntad orientada en determinado sentido que vulnere la norma.

Finalmente, en el funcionalismo el dolo se presenta como “conocimiento” de la producción del resultado en grado de probabilidad, como estándar mínimo pero suficiente para demostrar contrafácticamente la vigencia del orden jurídico (Gómez, 2012, p.166).

Hemos relatado la evolución del dolo de una manera genérica, pero haciendo énfasis al régimen disciplinario es indispensable anotar que el dolo en materia disciplinaria ha tenido una evolución importante, pero en la antigüedad estuvo ligado estrechamente con la concepción dogmática del dolo en materia penal.

Podemos observar como en la Ley 13 de 1984, Ley 200 de 1995 y aun en la Ley 734 de 2002 no se cuenta con esta figura de carácter autónomo, si no por el contrario se hacía uso de la remisión normativa para la aplicación de este y corría la suerte de las concepciones que se tuvieron en materia penal.

En pronunciamiento de la Corte Constitucional así lo ratificó, reiterando la proscripción de la responsabilidad objetiva en materia disciplinaria; pero además, encamina la labor del operador disciplinario y/o Juez disciplinario en pasos o etapas para determinar la responsabilidad del servidor público. Resalta la adecuación típica respetando el principio de legalidad, y aunque no lo menciona de manera expresa se entiende que este está sujeto a la flexibilización del mismo como lo ha reiterado la corte en múltiple pronunciamientos. Así mismo descata la labor de verificar la antijuridicidad de la conducta, entendida hoy como ilicitud sustancial que afecte el deber funcional sin justificación alguna; es decir que se

ponga en peligro los fines y funciones del Estado. Finalmente se refiere a la culpabilidad como factor indispensable en la configuración de la responsabilidad, indicando que las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa, pero manifiesta que estas nociones en su definición y alcance deben ser analizadas y aplicadas conforme su interpretación y configuración dogmática en materia penal, basándose en la Ley 599 de 2000 por el cual se expide el Código Penal Colombiano. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-330/2007 (MP: Jaime Córdoba Triviño), 04 de mayo de 2007.

Una parte de la doctrina se apartó de este criterio. (Gómez, 1994, p.281) indica que el manejo de esos conceptos no se pueden hacer pues en derecho penal el injusto se basa en el resultado, ya sea puesta en peligro o lesión del bien jurídico tutelado y en materia disciplinaria los tipos son de mera conducta, en la infracción al deber.

Es importante resaltar que una de las diferencias entre el dolo penal y el disciplinario es que en este último la concepción de dolo no cuenta con diferentes clasificaciones como en el derecho penal como lo son el dolo directo, indirecto, eventual, de daño, de peligro, de ímpetu, de propósito, subsiguiente y alternativo.

En la evolución del Derecho Disciplinario se evidencian esfuerzos de doctrinantes en tratar de hacer de ella un derecho autónomo. Prueba de ello y haciendo énfasis al tema que queremos tratar en este artículo, es que se incluye un elemento adicional en la estructura del dolo, pues además del conocimiento de los hechos y la voluntad como está consagrado en derecho penal, en el Derecho Disciplinario se incluye el conocimiento de la ilicitud.

Se reitera, el conocimiento de la ilicitud es uno de los elementos que configura la estructura dogmática del dolo en Derecho Disciplinario y que se ha venido aplicando en los últimos tiempos en los fallos de esta materia gracias a la

evolución doctrinal en el aspecto de la culpabilidad en relación a la responsabilidad disciplinaria ejercida por el Estado en base al *ius puniendi* y a las relaciones especiales de sujeción. Es de resaltar que el conocimiento de la ilicitud no es aplicable en los regímenes especiales como la ley 836 de 2003 y ley 1015 de 2006 en la estructura del dolo en sede de culpabilidad; a no ser que el proceso por competencia general o preferente lo asuma la Procuraduría General de la Nación.

Esta figura aparece en el ámbito disciplinario con la Ley 734 de 2002, no en el terreno de la culpabilidad propiamente; pues su aplicación inicia como criterio determinante en la graduación de la sanción disciplinaria; es decir en sede de punibilidad.

Sobre este aspecto la Corte Constitucional en revisión de constitucionalidad toca el tema del conocimiento de la ilicitud y declara su exequibilidad al no vulnerar el principio del *non bis in ídem*.

La Corte basa su principio en un ámbito más general tomando en cuenta las sanciones penales y administrativas, resaltando que dicho principio consiste en que las conductas realizadas por el servidor público que se han tramitado en un proceso disciplinario, no puedan volver a ser juzgadas. Establece que no se lesiona el principio referido cuando se realiza la doble valoración; en razón a que no se está juzgado dos veces el elemento cognoscitivo del ilícito, pues parte de dos oportunidades, una en sede de culpabilidad y la otra en sede de punibilidad. En el primer caso – sede de culpabilidad- debe entenderse como un elemento que determinará una visión en la cual se puede ayudar al juez disciplinario a desplazar la responsabilidad objetiva; en el segundo caso – sede de punibilidad-, lo configura como un elemento de juicio que servirá de base para la graduación de la sanción disciplinaria. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1076/2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), 05 de diciembre de 2002.

Como anteriormente se indicó, hoy se tramita ante la Corte Constitucional el Proyecto de Ley 195 de la Cámara de Representantes, 55 de 2014 Senado, acumulado con el proyecto de ley 50 de 2014. En este nuevo estatuto se consagra en su artículo 28 de manera autónoma el dolo, el cual se estructura cuando el sujeto disciplinable tiene conocimiento de los hechos constitutivos de falta disciplinaria, conocimiento de la ilicitud y voluntad.

Artículo 28. Dolo. La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización. (Subrayado fuera de texto original).

Como se puede avizorar, el derecho disciplinario en su camino de constitución como rama independiente del derecho afronta un difícil reto de construir y diseñar el contenido de sus propios conceptos y en ello se trata ineludiblemente el concepto de culpabilidad (Hernández, 2010, p.121).

Al trasegar por ese camino se genera el problema que no hay una posición consiente y unificada en torno al tema de parte de la doctrina y de la jurisprudencia nacional, los conceptos doctrinales y los emitidos por las altas cortes en algunos casos carecen de claridad y unificación. En algunos casos no hay relación en cuanto a los principios aplicables en referencia a su esencia y a su naturaleza (Hernández, 2010, p.122).

Es de esta manera que existen posiciones en las cuales se indica que el dolo debe ser estudiado en sede de tipicidad; en razón a que para hacer la adecuación típica se debe tener en cuenta que para configurar algunos tipos es necesario que esté presente el dolo. Para otros doctrinantes y académicos, el dolo debe posicionarse en sede de culpabilidad, pues es allí donde se debe analizar la intencionalidad de la conducta. La solución que le ha dado la doctrina, que a

nuestro criterio es la más acertada, establece que es necesario hacer la distinción entre la culpabilidad como principio y la culpabilidad como categoría dogmática. Analizando lo anterior se colige que el dolo como conocimiento hace parte de la tipicidad en tanto viene demandado por el principio de culpabilidad. La capacidad de culpabilidad, la conciencia de la ilicitud y la exigibilidad de otra conducta hacen parte de la categoría dogmática de la culpabilidad en tanto viene demandado por el mismo principio. (Gómez, 2011, p.478).

A. Conocimiento de la ilicitud en sede de culpabilidad, constitucionalidad y potestad legislativa del Estado.

I. Principio de proporcionalidad.

Podemos encontrar que el principio de proporcionalidad está consagrado en la ley 734 de 2002 en su artículo 18 y en el Código General Disciplinario en el artículo 6, normas ubicadas en el título I concerniente a los principios y normas rectoras de la ley disciplinaria. En ellos se establece que la sanción disciplinaria debe corresponder a este principio; es decir debe existir una identidad entre la falta cometida y la sanción impuesta como garantía sustancial y procesal en el Estado Social y Democrático de Derecho establecido en la Constitución Política de Colombia.

El principio de proporcionalidad, como manifestación de la legalidad, es un límite a la arbitrariedad en la potestad sancionadora del Estado. Se conoce como la prohibición de exceso en la imposición de sanciones y castigos. Un componente de la justicia como valor superior de todo el ordenamiento punitivo, en la medida que busca que la sanción de un hecho constitutivo de falta guarde conexión, adecuación y equilibrio con la gravedad del mismo. (Roa, 2015)

Al respecto la Corte Constitucional estableció:

El principio de proporcionalidad constituye un elemento inherente a cualquier proceso disciplinario, no sólo frente a la conducta que se espera del sujeto, sino también frente a la sanción que conlleva su incumplimiento”, por tanto, “ni las reglas de conducta, ni menos aún las sanciones disciplinarias, pueden apartarse de los criterios de finalidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. En otras palabras, las reglas de comportamiento, así como las sanciones que de su inobservancia se derivan, deben perseguir un fin constitucionalmente legítimo, ser adecuadas y necesarias para su realización, y guardar la debida correspondencia de medio a fin entre la conducta y la sanción (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-391/2003 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), 14 de mayo de 2003.

Revisados algunos conceptos para ilustrar de una manera más clara al lector sobre el principio de proporcionalidad la cuestión que se quiere tratar es la siguiente: ¿El conocimiento de la ilicitud en sede de culpabilidad vulnera el principio de proporcionalidad?

Para resolver este interrogante es necesario recordar que al momento de la imposición de la sanción debe tenerse en cuenta que en sede de punibilidad el conocimiento de la ilicitud aplica como criterio para la graduación de la sanción disciplinaria.

Así las cosas, el servidor público que se halló responsable en el proceso disciplinario y que aquella conducta constitutiva de falta se realizó a título de dolo, sería sancionado conforme a la falta realizada, pero además de manera automática su conducta sería agravada porque al configurarse el conocimiento de la ilicitud dentro del dolo consagrado en el Código General Disciplinario; esta figura jurídica deberá aplicarse como agravante de la sanción. Si se prueba el

conocimiento de la ilicitud debe aplicarse el agravante; pues no se podría desconocer lo probado en el proceso y lo imperativo de la Ley. Recuérdese que el Juez disciplinario está sometido al cumplimiento de la Constitución y la Ley como lo indican los artículos 6 y 230 de la Constitución Política de Colombia; pues si no lo hace puede incurrir en faltas de diversa índole.

En otras palabras, el dolo simple en el Código General Disciplinario no existe, toda conducta dolosa es agravada. Con ello se configura la teoría tripartita del dolo avalorado, graduado y agravado. (Mejía. 2015, documento inédito).

En el derecho sancionatorio y tomando como referencia el derecho penal, se establece la conducta, según su modalidad y la forma de ejecución es susceptible de agravación o atenuación, pero nunca se establece una conducta agravada por sí misma. Con ello se está trasladando a la configuración dogmática del dolo un aspecto que meramente debería estar en sede de punibilidad más no de culpabilidad, pues se itera, todos los comportamientos dolosos nacieron agravados.

Así las cosas, bajo los parámetros del Código General Disciplinario no existirían fallos en los cuales para las faltas gravísimas dolosas se impusiera una sanción de destitución e inhabilidad general de diez años, en las faltas graves dolosas los fallos tendrían que ser con suspensión en el ejercicio del cargo mayores a tres meses. De igual manera, en las faltas leves dolosas la multa no podría ser inferior a veintiún días como mínimo. Lo anteriormente citado lo encontramos en el artículo 48 del Proyecto de Ley 195 de la Cámara de Representantes, 55 de 2014 Senado, acumulado con el proyecto de ley 50 de 2014 senado.

Nos encontramos en un Estado social, constitucional y democrático de derecho y la configuración doctrinal de estas figuras jurídicas no puede ir en contra de los principios, garantías y derechos de los coasociados.

Desde la misma perspectiva se puede decir que este principio impone la racionalización de la actividad sancionadora por parte de la administración, limitando a la misma administración a que en su actuar sancionador y represivo se tenga en cuenta la importancia de los criterios de ponderación, medida y equilibrio con la finalidad de salvaguardar los derechos de los servidores públicos y no incurrir en excesos en el desarrollo de la potestad punitiva que se le ha otorgado. (Ossa. 2009, p. 417)

El principio de proporcionalidad ha tenido un gran desarrollo en materia de jurisprudencia constitucional en el que se han precisado aspectos como la adecuación entre la medida escogida y el fin perseguido; la necesidad de la utilización de la medida para el logro del fin, como medio idóneo para llegar a él y la proporcionalidad en estricto sentido en el que coloca en una balanza la medida a aplicar y el fin. Se debe hacer una operación lógica en la que se pondere lo sacrificado y lo protegido; pero esto debe tener una correlación directa entre la falta y la sanción. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-393/2006 (MP: Rodrigo Escobar Gil), 24 de mayo de 2006.

Así las cosas, podemos establecer que el procedimiento disciplinario es la medida correcta para que en un proceso se determine o no la responsabilidad del servidor público cuando este afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna. La sanción disciplinaria es el mecanismo idóneo para salvaguardar la funcionalidad de la institución en concordancia con los fines del Estado. Pero ¿existe verdadera ponderación en referencia a la aplicación agravada del dolo disciplinario?. Esta medida a nuestro criterio es excesiva debido a que aunque en el Código General Disciplinario se establecen rangos mínimos de

la sanción a imponer estos nunca se aplicaran en conductas dolosas y desmejora enormemente la estabilidad y posición del servidor público que como todo ciudadano tiene derecho a la aplicación de mínimos en la sanción disciplinaria. Recordemos que la implicación de la sanción disciplinaria puede destruir el proyecto de vida de una persona y afecta indirectamente a la familia de ese servidor.

II. Principio de igualdad.

Este principio se establece en el artículo 15 de la Ley 734 de 2002 y en el artículo 7 del Código General del Proceso, normas que encuentran su origen en el artículo 13 de la Constitución Política de Colombia que lo consagra como derecho fundamental y en él se condensa que las autoridades disciplinarias deben tratar de igual manera a sus destinatarios. Este principio fue reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos ratificada por el Estado Colombiano mediante la Ley 74 de 1968. De igual manera se consagra en el Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos.

Al respecto la jurisprudencialmente se ha establecido que la igualdad se predica entre iguales y la diferencia entre desiguales en un mismo supuesto de hecho; pues solo se autoriza un trato diferente si está razonablemente justificado. Es decir, el mencionado artículo constitucional involucra además el principio de igualdad en la aplicación de la ley, el cual obliga a la aplicación de las normas de modo igual frente a todos aquellos que se encuentren en la misma situación contemplada por ella. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-491/1992 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), 13 de agosto de 1992.

Para una mejor ilustración se cita el siguiente ejemplo:

Es decir que el principio de igualdad debe ser aplicado en el proceso que se le sigue al Presidente de la Republica como al que se le sigue al mensajero de la Alcaldía de Córdoba en el Departamento del Quindío, así a los dos (2) servidores públicos se los investigue por los mismos hechos, sin que se pueda colegir que se afecte el principio de igualdad porque al señor Presidente de la Republica lo juzgue la Corte Suprema de Justicia y al mensajero de la Alcaldía de Córdoba en el Departamento del Quindío el Alcalde Municipal, pues si la ley hace esa diferenciación, no puede aducirse trasgresión al principio de igualdad desde que se apliquen todas las garantías constitucionales de manera igualitaria en relación con los hechos y las disposiciones legales vigentes. Diferente sería si al Presidente de la Republica se le considerara el hecho como una falta leve por ser quien es y al mensajero de la Alcaldía de Córdoba en el Departamento del Quindío, como una falta grave también por ser quien es o al primero de los nombrados se le aplique una norma más benigna y al segundo una disposición más grave, al estar en igualdad de condiciones por tratarse de hechos idénticos. (Mejía y Quiñones, 2004, p. 52).

Tomando este ejemplo como base, guardando las proporciones y cambiando lo que se debe cambiarse – *mutatis mutandis* – pondríamos en el mismo plano a un servidor público a quien se le aplica el régimen general y a otro que no, ambos disciplinados por los mismos hechos. Con base en ello se podrían formular las siguientes preguntas, ¿Es necesario hacer más gravosas las sanciones disciplinarias en el régimen general?, ¿Por qué en otros regímenes del derecho sancionatorio se pueden aplicar las penas o sanciones dolosas en su rango mínimo y en el régimen general no?.

La experiencia basada en los fallos de los entes disciplinarios que han impuesto sanciones o penas en el rango mínimo, nos indica que con ello no se vulnera la institucionalidad y si se consigue la finalidad de la acción disciplinaria en

el caso concreto, entendiéndose por esta “el de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público” Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-244/1996 (MP: Carlos Gaviria Díaz), 30 de mayo de 1996, así como la de la sanción disciplinaria así como la de la sanción disciplinaria que se dirige a la defensa y restablecimiento del orden social; la confianza que se logra en la colectividad, la aflicción y rehabilitación del disciplinado; la credibilidad de la estructura estatal; la retribución de la afectación y la cultura anticorruptiva. (Mejía, 2015, p. 341).

Todo esto en pro de la eficiencia, la eficacia, la transparencia, la armonía, la disciplina, la celeridad, la buena marcha de la administración y la prevención de conductas que infringen el deber funcional. De esto se desprende que la sanción impuesta por el dolo agravado en sí, no cumpliría con el requisito de necesidad y si degeneraría en la vulneración del principio de igualdad.

Lo mismo ocurriría en el caso de dos servidores públicos que han cometido falta disciplinaria dolosa por los mismos hechos. Al primero de ellos se le tramitó el proceso disciplinario en la oficina de control interno disciplinario de una entidad determinada y al segundo se le tramitó en la Procuraduría General de la Nación debido a que el jefe de la oficina de control disciplinario lo solicitó dado que a su criterio, esta debía ejercer el control preferente.

Es importante indicar que la Ley 4ª del 5 de enero de 1990 reorganizó la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación y asignó funciones a sus dependencias. De igual manera, le otorgó competencia para adelantar y decidir por hechos de trascendencia por atentar en contra de los Derechos Humanos y el derecho Internacional Humanitario, la contratación estatal, normas presupuestales, normas fiscales, normas contables, normas carcelarias, el patrimonio público y la moralidad pública.

Cuando la Procuraduría General de la Nación asume la competencia, la investigación a llevarse a cabo debe regirse por la regulación disciplinaria general y no por la especial, en consideración a la naturaleza de la conducta atribuida.

En el caso referido, al primer servidor público le fue impuesta sanción con base al reglamento interno, conforme a la conducta realizada, pero la sanción al no existir agravantes se le fijó en el mínimo. Caso distinto del segundo servidor público al que se le impuso la sanción por los mismos hechos, pero de forma agravada; pues como se probó el conocimiento de la ilicitud en sede de culpabilidad, este se le agravó automáticamente en sede de punibilidad conforme a lo ordenado por el Código General Disciplinario.

En la actualidad esto no ocurriría, pues si bien la Procuraduría General de la Nación aplica en los procesos disciplinarios la Ley 734 de 2002, en la cual no se consagra de manera positiva el conocimiento de la ilicitud en sede de culpabilidad.

III. Principio de presunción de inocencia.

El principio de presunción de inocencia derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia que hace parte del debido proceso en el que se indica que toda persona se presume inocente mientras no se le haya declarado judicialmente culpable. Es un principio rector de la Ley disciplinaria que lo podemos encontrar en el artículo 9 de la Ley 734 de 2002 y en el artículo 14 del Código General Disciplinario. Además es un criterio orientador para la interpretación de las normas disciplinarias.

En Derecho Sancionatorio es el Estado quien está obligado a demostrar la responsabilidad del destinatario de la Ley disciplinaria; en otras palabras, en todo momento y durante el proceso disciplinario la inocencia del disciplinado se presume cierta.

Por jurisprudencia constitucional se indica que la valoración de la prueba se debe hacer entre otros por medio de las reglas de la sana crítica, con la finalidad de llegar a un estado de certeza en dos puntos fundamentales que imprescindiblemente deben estar en conexidad; la existencia del hecho y la culpabilidad del implicado. En este punto, es cuando la administración debe hacer uso de la potestad sancionadora, pero basada en las pruebas que legalmente se han allegadas o incorporadas al proceso. Estas pruebas deben demostrar los hechos que soportan y fundamentan la acción disciplinaria y que la conducta; ya sea por acción o por omisión, desplegada por el servidor público son atribuibles o imputables a este. Se recuerda como en múltiples providencias que la carga probatoria en materia disciplinaria corresponde al Estado, es decir, a la administración como las oficinas de control interno disciplinario o la Procuraduría General de la Nación según el caso y quien adelante y sea competente para adelantar la investigación. Son ellas quienes deben realizar todo el despliegue probatorio pertinente, conducente y útil para demostrar la responsabilidad del disciplinado. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-244/1996 (MP: Carlos Gaviria Díaz), 30 de mayo de 1996.

Esta concepción en el manejo de la presunción de inocencia, no se ha aplicado por parte de la misma Corte Constitucional ni por algunos doctrinantes en referencia al conocimiento de la ilicitud, ya que clasifican a este componente de la estructura del dolo disciplinario como una presunción.

La misma Corte Constitucional cita al doctrinante Fernando Brito Ruiz indicando, que en materia disciplinaria y refiriéndose al dolo respectivamente, indica que en el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia lleva en sí una presunción y que ella se debe partir. Señala que el servidor público o funcionario, al momento de asumir las funciones propias de su cargo, se compromete al cumplimiento de la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que rigen la función o el servicio que va a desempeñar.

A esta premisa le agrega como es obvio, que el compromiso y obligación adquirida con la administración se extiende a su observancia; sino también al conocimiento de aquellas y su manera de aplicación para casos concretos.

De la misma forma, afirma que el servidor público lleva sobre sus hombros una carga mayor y una responsabilidad, una responsabilidad suprema en el cumplimiento de los principios, fines y funciones entre otras, pero para poder excusarse del cumplimiento de esas funciones y deberes encomendados debe probar de manera fehaciente, que existe una causa justificable, un propósito diferente al conseguido o que actuó suponiendo unos resultados pero sobrevinieron unos diferentes que derivaron en la vulneración de tal ordenamiento. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-319A/2012 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva), 3 de mayo de 2012.

De las anteriores citas podemos colegir que no existe un criterio unificado sobre el tema. No es congruente indicar que en virtud a la potestad sancionadora del Estado este quien debe probar los hechos y en otra providencia se indique que la carga de la prueba en materia de dolo disciplinario se le debe trasladar la carga de la prueba al disciplinado.

La posición doctrinal de la Procuraduría General de la Nación, se basa en que las faltas cometidas a título de dolo debe estructurarse en relación a la imputación del cargo o cargos sobre el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud. Basa su presunción – *iuris tantum* - asumiendo que con solo el hecho que el servidor público al tomar posesión del cargo conoce no solamente los deberes exigibles por ostentar tal cargo; sino que también debe conocer las actividades relacionadas con aquel y los contenidos normativos disciplinarios que conlleva estos deberes, derivando de ello que el en el dolo del servidor público se dé un realce al aspecto volitivo de la conducta pues si se apoya en inferir que «quien sabe lo que hace y lo hace, quiere hacerlo». (Ordoñez, 2004, p. 12).

Esta postura, desconoce la realidad de un país que por ser de corte positivista, tiene un sin número de leyes, decretos, acuerdos entre otros que hace que el conocimiento total de ellos sea un imposible. Uno de los aspectos que caracteriza el derecho disciplinario es que los tipos disciplinarios que lo constituyen, sean tipos en blanco; pues como es conocido el derecho disciplinario debe apoyarse en diferentes ramas del derecho y su difusa normatividad, sin contar la especialidad de la entidad en la cual se desempeñen las funciones propias del cargo.

Vale la pena indicar que en la elaboración de la ley debe tenerse en cuenta la realidad del territorio donde se va aplicar, para que esta sea más justa y eficaz.

Se hace imprescindible precisar en este momento que las presunciones no hacen parte de los medios de prueba que se establecen en la ley; pues en su finalidad está el de eximir a la parte de prueba y esto claramente va en contravía de la obligación del Estado de probar. No es lo mismo que el disciplinado se defienda de los cargos imputados a que se le traslada la carga de la prueba.

Además, “las presunciones *iuris tantum* o *iuris et de iure* no pueden existir sin norma legal expresa que las consagre; no pueden ser obra de la costumbre o de la jurisprudencia” (Devis, 2015, p.679). Como se puede observar en ninguna de las leyes citadas que rigen la materia disciplinaria se establece la presunción referida al dolo.

Así las cosas, no es dable por el operador o juez disciplinario presumir el dolo y dentro del él el conocimiento de la ilicitud. No basta únicamente que se pruebe en el proceso los estudios académicos del disciplinado, el cargo ejercido y sus funciones o como se cita que se presuma de su conocimiento porque al momento de tomar posesión del cargo juró cumplir la Constitución y la Ley.

Este tema se ha manejado de una manera para algunos desfavorable para los servidores públicos, porque se parte de la premisa que el conocimiento del servidor público y que se exige de él es necesariamente con relación al cargo que ejerce que obviamente resulta cierto; pero se incrementa esta exigibilidad a las personas que ostentan un nivel jerárquico superior dentro de la estructura administrativa de la entidad. (Hinestroza, Gómez, Guzmán, Bayona. 2007, p.207).

Lo anteriormente citado nos indica que según el nivel jerárquico existe una presunción del conocimiento de la ilicitud cada vez más elevada. Según esta línea de pensamiento, se presume más el dolo en un servidor público que ejerce un cargo administrativo que en un servidor públicos de nivel asistencial. “¿Será, en verdad el Derecho Disciplinario un derecho de acto? ¿No será, más bien, de autor? Por lo tanto, ¿La culpabilidad en el Derecho Disciplinario será menos de acto o será más de autor?” (Villegas, 2010, p.142).

En la Ley 734 de 2002 no existe un título referente a los medios de prueba, pero para subsanar ese vacío normativo se remitía a la Ley 600 de 2000. En el artículo 147 del Código General disciplinario se establece que toda decisión interlocutoria y el fallo deben estar soportados en pruebas legales.

En la práctica, se denota que el manejo que se le ha dado a este tema es probar el conocimiento de la ilicitud por medio de la confesión y los indicios. Pero por otra parte de la doctrina discrepan de esto, es decir, indican que existe un error metodológico al integrar el conocimiento de la ilicitud en sede de culpabilidad dado la poca posibilidad de probar este, pues suponen que solamente se puede probar por medio de la confesión. (Gómez. 2015, documento inédito).

Finalmente, se puede inferir que las presunciones en el estado actual de las cosas no proceden en derecho disciplinario y que las decisiones disciplinarias deben estar soportadas en pruebas legalmente allegadas al proceso, con la dificultad de

probar plenamente el elemento del conocimiento de la ilicitud que tiene una naturaleza subjetiva en sumo grado. No se puede tomar como probado una mera presunción si no está apoyada en pruebas. En este error se ha incurrido por parte de operadores disciplinarios que al momento de proferir el fallo sancionatorio no hacen un estudio juicioso de la configuración del dolo y la demostración que este se probó en el proceso.

IV. Potestad legislativa del Estado.

¿Es acaso más preponderante la potestad de configuración legislativa del Estado más importante que los derechos y garantías de los ciudadanos? Al respecto es importante citar lo preceptuado por la Corte Constitucional:

Este margen de acción o libertad de configuración política, admite una gradación que depende a su vez del grado de precisión con el que el constituyente perfila una institución jurídica, y del propio desarrollo constitucional de la misma. Así, podría decirse que la libertad de configuración del legislador es inversamente proporcional a la precisión y amplitud con la que la Constitución regula una institución jurídica. A mayor precisión de las nociones constitucionales, menor libertad de acción para el legislador. A mayor desarrollo constitucional de la normatividad superior, menor espacio de acción para la ley. A su vez, el grado de la libertad de configuración, determina la intensidad del control constitucional. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-404/2001 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), 19 de abril de 2001.

Como hemos visto en los numerales anteriores, los principios constitucionales y rectores de proporcionalidad, igualdad y presunción de inocencia, están desarrollados a profundidad en la ley disciplinaria; es decir, la potestad legislativa

se desborda en el establecimiento del conocimiento de la ilicitud como factor integrante del dolo constitutivo en el dogma del dolo referente a la culpabilidad.

Finalmente coincidimos con lo expuesto por la doctrina extranjera en referencia a la protección de individuo de la normatividad penal, pero refiriendo su aplicación al derecho disciplinario. Así las cosas, se indica que en el Estado de Derecho se debe proteger el deber funcional, la función pública mediante el derecho disciplinario, pero de la misma manera se debe proteger al servidor público del derecho disciplinario. Es decir, que el ordenamiento jurídico no solo ha de disponer de métodos y medios para la prevención de la afectación del deber funcional sin justificación alguna, sino también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el servidor público no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria y excesiva del Estado. (Roxin, 1997, p. 137).

No es sano para el sistema normativo disciplinario, que a las normas y sus efectos les falte claridad; pues para determinar y concluir que las conductas dolosas en el régimen general son agravadas se tuvo que hacer un análisis más detallado, que en una simple lectura de la norma no se avizora fácilmente y que cualquier ciudadano no podría deducir con facilidad.

CONCLUSIONES

En el Derecho Disciplinario el aspecto de la culpabilidad está en construcción.

El conocimiento de la ilicitud en sede de culpabilidad agrava en si las conductas dolosas y la necesidad de este no está justificada legal ni jurisprudencialmente.

No existe una concepción unificada en referencia al manejo probatorio del conocimiento de la ilicitud.

El conocimiento de la ilicitud en sede de culpabilidad vulnera el principio de igualdad de los servidores públicos.

El conocimiento de la ilicitud no puede tomarse como una presunción porque ello violaría el principio de presunción de inocencia del servidor público.

La carga de la prueba en el Derecho Sancionatorio está en cabeza del Estado y no se puede trasladar esa carga al disciplinado basándose en presunciones.

REFERENCIAS

Brito, F. (2012). *Régimen Disciplinario. Procedimiento ordinario, verbal, pruebas*. 4ª Edición. Bogotá D.C., Colombia: Legis Editores S. A.

Devis, E. H. (2015). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo II. Bogotá D.C., Colombia: Editorial Temis S.A.

Gómez, P. C. (2011). *Dogmática del Derecho Disciplinario*. 5ª Edición. Bogotá D.C., Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Gómez, P. C. (2012). *Fundamentos del Derecho Disciplinario Colombiano*. 1ª Edición. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

Hernández, M. N. (2010). *Ensayos sobre Derecho Disciplinario*. Tomo I. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Nueva Jurídica.

Hinestroza, Gómez, Guzmán. (2007). *Lecciones de Derecho Disciplinario*. Vol. 6. Bogotá D.C., Colombia: Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Ordoñez, M. A. (2009). *Justicia Disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. Bogotá D.C., Colombia: Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Ossa, A. J. (2009). *Derecho Administrativo Sancionador – Una Aproximación Dogmática*, Segunda Edición. Bogotá D.C., Colombia: Legis.

Mejía, O. J., Quiñones, S. (2005). *Procedimiento Disciplinario*. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Mejía, O. J. (2015). *Derecho Disciplinario sustancial, especial y formal*. Tomo I. Bogotá D.C., Colombia: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.

Roxin. C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid, España: Ediciones Civitas S.A.

Información página web

Roa, D. (02 de noviembre de 2015). El Principio de Proporcionalidad: Límites a la Potestad Disciplinaria. Disponible en:

<http://derechopublicomd.blogspot.com.co/2015/08/el-principio-de-proporcionalidad.html>

Artículos de revista

Gómez, P. C. (Julio a diciembre 1994). Relación explicativa de un proyecto articulado de Código Disciplinario. *Revista Jurisdiccional Disciplinaria*. No. 4.

Legislación

Constitución Política de Colombia

Declaración Universal de los Derechos Humanos

Ley 74/1968

Ley 13/1984

Ley 4/1990

Ley 200/1995

Ley 734/2002

Pacto Internacional del Derechos Civiles y Políticos.

Proyecto de Ley 195 de la Cámara de Representantes, 55 de 2014 Senado, acumulado con el proyecto de ley 50 de 2014 senado.

Providencias

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-491/1992 (MP: Eduardo Cifuentes Muñoz), 13 de agosto de 1992.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-244/1996 (MP: Carlos Gaviria Díaz), 30 de mayo de 1996.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-404/2001 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), 19 de abril de 2001.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1076/2002 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), 05 de diciembre de 2002.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-391/2003 (MP: Clara Inés Vargas Hernández), 14 de mayo de 2003.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-393/2006 (MP: Rodrigo Escobar Gil), 24 de mayo de 2006.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-330/2007 (MP: Jaime Córdoba Triviño), 04 de mayo de 2007.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-319A/2012 (MP: Luis Ernesto Vargas Silva), 3 de mayo de 2012.