



**POSTURAS DOGMÁTICAS DE LA ILICITUD SUSTANCIAL EN EL CONTEXTO
DEL DERECHO DISCIPLINARIO.**

PAOLA ANDREA MANCHEGO INFANTE

Código: 3200468

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO SANCIONATORIO
BOGOTÁ D.C.**

2016

POSTURAS DOGMÁTICAS DE LA ILICITUD SUSTANCIAL EN EL CONTEXTO DEL DERECHO DISCIPLINARIO.

Dogmatic positions of substantial illicitness on disciplinary law context.

Paola Andrea Manchego Infante¹.

Resumen

El presente artículo analiza la evolución y perspectiva del derecho disciplinario en el Estado Colombiano, a través de la delimitación jurídico-doctrinal de la ilicitud sustancial como principio que promueve la materialización de los fines esenciales del Estado, función pública y potestad sancionatoria, analizando concretamente el discurrir de las posturas dogmáticas que han sido desarrolladas y aplicadas conforme el principio en mención.

Palabras clave: Fines esenciales del estado, Derecho disciplinario, Función pública, Ilicitud sustancial.

Abstract

This article analyzes the evolution and perspective of Colombian disciplinary law through delimitation juridical and doctrinal of substantial illicitness as a principle that promotes the materialization of the essential purposes of the state, public jurisdiction and sanctioning authority. Objectively analyzing the argument of the dogmatic positions that have been developed and applied about it.

Keywords: Essential Purposes of the State, Disciplinary Law, Public Jurisdiction, Substantial Illicitness

¹ Abogada, especialista en Gestión Pública e Instituciones Administrativas, Asesora Jurídica en temas Disciplinarios de la Dirección General del Instituto Geográfico Agustín Codazzi, correo electrónico paoyeyo@hotmail.com

Introducción

El nuevo constitucionalismo que se ha desarrollado en Colombia ha dado pie a múltiples variaciones en el ordenamiento jurídico, entre ellas se destacan la importancia de los derechos fundamentales, el progresismo de las garantías procesales y la materialización de los fines Estatales.

Estos cambios, por lo novedosos, contrastan con los fundamentos y confecciones clásicas del formalismo colombiano, lo cual ha dado lugar a intrincados debates en los que se tensionan los nuevos factores con los fundamentos antiguos, muestra de esto se ve en el derecho privado con las transacciones forzadas, en el derecho laboral con la estabilidad laboral reforzada, en el derecho comercial con las obligaciones especiales de las aseguradoras, en el derecho penal y derecho disciplinario con la concepción sancionatoria del estado frente a particulares y servidores públicos matizado en los ejes del IUS PUNIENDI o derecho punitivo.

En el caso del derecho penal y derecho disciplinario se hace emblemática la delimitación y alcance de cada una de estas áreas jurídicas, dado a que los fines de cada de una ellas busca la compensación del daño materializado ya sea por un particular o funcionario público², el derecho disciplinario en estricto sentido obedece a la relaciones especiales de sujeción entre el Estado y un funcionario público o particular con funciones públicas delimitadas en la ley; en este orden de ideas, dicha relación especial de sujeción denota per se el cumplimiento constitucional y legal en desarrollo de las garantía de la función pública.

² Véase, Constitución Política de Colombia artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

No obstante, durante el surgimiento y aplicación del derecho disciplinario, se apreciaron puntos de quebrantos para la ejecución de una adecuada administración; los cuales intentaron ser subsanados, sin embargo a la fecha; el derecho disciplinario en nuestro país, en su afán de autonomía e independencia, ha limitado las directrices de la función pública; reflexión que invita a analizar el objeto de protección del derecho disciplinario en aras a entrever qué momento y bajo qué circunstancias se da lugar a una sanción disciplinaria desde las reglas del deber funcional y los criterios de la Ilícitud sustancial.

Es por ello que en el presente artículo se delimitaran aspectos importantes que derivan del derecho disciplinario ya que su influencia y conocimiento son merecedores de divulgación, por lo tanto se ilustrara los siguientes temas:

Se dará a conocer la evolución jurídico-doctrinal del derecho disciplinario el concepto del mismo, trayendo a colación varios acápites de jurisprudencias emitidas por las altas cortes en su búsqueda por satisfacer de una manera garante el objeto del derecho sancionador. Además de ello, se expondrán de manera genérica los Principios del derecho sancionador, los cuales son elementales y juegan un rol efectivo para la satisfacción de medidas constitucionales creadas para la complacencia de los intereses de la administración pública.

Paralelamente se expondrán lo que actualmente se conoce como “Relación entre el Estado y la función pública”, en donde se precisara la importancia suprema que tiene el estado a la hora de ejecutar su función pública por medio de sus entidades gubernamentales, las cuales están compuestas de personal idóneo y capacitado que a su vez se hace acreditable de derechos y obligaciones.

Consecuentemente se examinarán las relaciones especiales de sujeción, las cuales constituyen la génesis y piedra angular de la potestad sancionadora del Estado para el aseguramiento de sus fines y la correcta administración pública;

Igualmente se delimitara la figura de la Ilícitud sustancial, su rol y las atribuciones que a ellas conciernen, determinándose para ello los parámetros que la orientan como principio rector del derecho disciplinario, entendida esta como la afectación al deber funcional por parte de un servidor o funcionario público, recordando que el objetivo del derecho disciplinario es verificar la ocurrencia de la infracción de deberes. Además se precisaran qué elementos son necesarios para que se estructure la misma, su margen de acción y la aplicación del principio de legalidad.

Finalmente se procederá a realizar un análisis de las posturas dogmáticas de la Ilícitud Sustancial que fundamenta las directrices de la responsabilidad disciplinaria y una visión crítica al desarrollo y aplicación de ésta.

Evolución Jurídico-Doctrinal del Derecho Disciplinario

Actualmente en el contexto del Estado Colombiano toda rama del Derecho debe sujeción a la Constitución Política, estructurada como norma de normas, es así como el derecho disciplinario constituye un margen de acción con gran complejidad, pues busca garantizar la observancia de los fines esenciales del Estado Social de Derecho, por ser el que administra las actuaciones de los servidores y a su vez controlar el proceder de estos.

A saber se entiende, que cuando se habla de Estado Social de Derecho implica que la razón de ser de las funciones e instituciones que conforman dicha organización “responden a criterios de racionalidad y razonabilidad.” (Gómez, 2006, p.22)., lo anterior indica que las funciones que deben efectuar cada uno de los servidores del Estado existen en razón al cumplimiento de los objetivos del Estado bajo la ponderación de deberes y derechos; es por ello, que el derecho disciplinario surge como medida para analizar la conducta de los servidores

públicos y/o particulares que ejerzan esta función, con el finalidad de observar el cumplimiento de los deberes que se le han encomendado.

Por otra parte, es necesario precisar que el “Derecho Disciplinario persigue hacer ética y jurídicamente más exigente el comportamiento o proceder de los servidores públicos, que siempre que se infringen las normas disciplinarias sucede ello porque la conducta es contraria a la moral o a la ética” (Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, S51, 1983).

Por otra parte cabe destacar que “el derecho disciplinario tiene una doble naturaleza – administrativa y sancionadora -, se nutre de los principios de los principios del derecho administrativo del cual hace parte y por sus características utiliza algunas instituciones del derecho sancionador o punitivo” (Rodríguez, 1985, p 29).

En el mismo sentido Ramos (2003) coincide en señalar que “el derecho disciplinario es de naturaleza administrativa al decir que es una especie del genero administrativo, cabe precizarla como aquella parte que se refiere a las labores que debe cumplir el servidor público, el particular o el notario, cuando ejerzan funciones públicas” (p.24).

Adicionalmente la (Corte Constitucional, SC-034,1996) resaltó:

El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo.

Sin embargo es meritorio precisar, que el Derecho Disciplinario no interfiere en el ámbito privado del individuo, a saber:

La conducta, el comportamiento humano, es de lo que se ocupa la ética, y lo propio hace la moral, esa conducta referida siempre para los efectos del derecho disciplinario a la conducta oficial del servidor público y del particular en ejercicio de funciones públicas, en la medida en que el derecho disciplinario no interfiere en la conducta privada del individuo. Cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito privado termina la privacidad y con ella la posición del ciudadano como sujeto; sin su ámbito privado el ciudadano no existe (Gunther, 2002, p.15).

Es por ello que para Jalvo (2006) “El derecho disciplinario constituye un instrumento que sirve a la administración para la satisfacción de los intereses de la misma” (p.16).

En el mismo sentido la (Corte Constitucional, SC-948,2002) dispuso:

El derecho disciplinario pretende garantizar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo; cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos, resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad³ a que hace referencia la norma constitucional.

³ Véase, Constitución Política de Colombia. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Ahora bien en materia disciplinaria, el derecho sancionador inicia su margen de acción con la promulgación de la ley 200 de 1995, ley de un gran avance jurídico a nivel nacional en la materia; sin embargo es natural que al momento de su ejecución se detallan y evidencian falencias que al legislador le fue imposible de prever, es así como fueron encontrados diversos vacíos jurídicos en lo que respecta entre ellos al régimen de sanciones, como la falta de delimitación de manera taxativa en lo que concierne a las faltas Gravísimas cometidas por los funcionarios y/o servidores públicos, lo anterior constituía una puerta abierta para la comisión de conductas sin la posible ejecución de un juicio de reproche en el ejercicio de sus funciones durante la labor encomendada por la administración.

Otro aspecto por resaltar era la complejidad en la aplicación del derecho disciplinario al momento de realizar el estudio para la estructuración de la responsabilidad dado a que en la mayoría de casos se equiparaba con el derecho penal, realizando una errónea adecuación del principio de lesividad, referido únicamente a la función pública, como garantía adicional a favor de los destinatarios; lo controversial del asunto radicaba en que en el derecho penal lo que se reprocha y juzga es el daño causado por servidor o funcionario público que comete una vulneración al bien jurídicamente tutelado encontrados taxativamente en la norma; mientras que en el campo del derecho disciplinario como se sabe, el objeto del mismo radica en cuestionar el deber funcional de todo servidor público, en donde el bien jurídicamente tutelado es la puesta en peligro de los fines del Estado, razón por la cual al final la (Corte Constitucional, SC-948,2002) no aprobó su aplicación, argumentando en jurisprudencia:

La expresión "lesividad" es propia del derecho penal, mecanismo de control social que tiene como fundamento la protección de bienes jurídicos cuyo contenido viene dado por los derechos fundamentales. Trasplantar del derecho penal al derecho disciplinario tal expresión comporta introducir factores perturbadores que incidirán en la correcta interpretación de la ley,

habida cuenta que, si bien en derecho disciplinario deben regir las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, las mismas deben estar dotadas de su contenido propio y autónomo.

Es por ello que con la separación jurídico-dogmática entre el derecho penal y el derecho disciplinario, en lo que respecta al alcance y aplicación de estas bajo las premisas del cumplimiento de los fines y protección a la administración pública se aportó a que: “el reconocimiento expreso de que las normas que integran el derecho disciplinario protegen al correcto y adecuado funcionamiento de la administración pública y que tal objetivo se canaliza por medio de la fijación de deberes funcionales exigidos a sus destinatarios” (Isaza, 2009, p. 137).

Bajo estos postulados se determinó el tránsito de legislación, promulgándose así la Ley 734 del 2002 o también conocida como Código Disciplinario Único (en adelante CDU), la cual surgió como una medida para subsanar vacíos en la anterior norma disciplinaria, además de justificar su aplicación en la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de todos los interesados y el cumplimiento de las garantías de la función pública en relación con los fines estatales.

En este orden de cosas, Igualmente son destinatarios de ésta Ley⁴, todos los servidores públicos y particulares “personas que no tienen una vinculación laboral formal, pero que por un lapso de tiempo determinado ejercen funciones públicas delegadas” (Bulla, 2009, p.163).

Es por ello que con la expedición del CDU reglamentado por la (Ley 734, 2002) se conceptualizó dicha garantía en el artículo 22 de la citada norma el cual indica:

⁴ Véase, Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario). Artículo 25. Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio

Garantía de la función pública. El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetara las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, establecidos en la Constitución Política y las leyes.

Garantía que desarrolla de manera explícita los principios orientadores de la función pública y por ende el alcance de la función pública; es por ello que con el anterior mandamiento legal, en el contexto del derecho disciplinario el funcionario público se encuentra inmerso en un régimen especial por el rol que adquiere en cumplimiento de los fines esenciales del estado⁵, es así que infringir el mismo conlleva a la materialización de una conducta reprochable y delimitada por la Ley disciplinaria (Ley 734 del 2002).

Relación entre el Estado y la Función Pública

Antes de entrar a enfatizar sobre la relación existente entre la función pública con el estado, es mérito en primer lugar precisar algunos aspectos de la misma.

La función pública, es un medio, un instrumento para llevar a cabo los fines esenciales del Estado, los que incluyen toda una gama de actividades que abarcan “necesidades permanentes de la comunidad en múltiples áreas tales como los servicios públicos, los cuales deben prestarse eficientemente a todos los habitantes del territorio nacional” (Corte Constitucional, SC-286,1996).

⁵ Véase, Constitución Política de Colombia artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Por lo anterior, se infiere que la función pública es una figura que implica el conjunto de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y de este modo, asegurar la realización de sus fines, así como a la satisfacción de los intereses generales.

Por ende se puede apreciar que la función pública implica una relación jurídico – administrativa entre el Estado y un particular que adquiere un vínculo diferenciado del resto de los particulares⁶, es por ello que “quienes como servidores públicos acceden a la función pública deben reunir ciertas cualidades y condiciones, que se encuentren acordes con los supremos intereses que en beneficio de la comunidad se gestionan a través de dicha función” (Corte Constitucional, SC-631,1996).

En este orden de ideas, se puede inferir que el funcionario público se convierte en un transmisor de los fines de la Administración, en un emisario de su voluntad, de ahí que existan limitaciones concretas establecidas por la ley para acceder al ejercicio de la función pública.

No obstante la función pública no solo se materializa a través de los distintos instrumentos y mecanismos de los que se vale el Estado a través de sus servidores, además de las obligaciones, deberes, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades que les son aplicables; sus sistemas de vinculación legal y reglamentaria” (Corte Constitucional, SC-286,1996).

Es así como el Estado a través de los roles que poseen y que le fueron asignados, se convierte en un garante de derechos y obligaciones de todos los involucrados que participan en la potestad disciplinaria, sin perder autonomía y fuerza vinculante a la hora de ejecutar los instrumentos que tiene a su cargo logrando

⁶ Véase Constitución Política de Colombia artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

consolidar el cumplimiento de todos y cada uno de los principios que rigen la función pública.

Relaciones especiales de sujeción: Génesis del Derecho Disciplinario

La figura de la “relación especial de sujeción” es uno de los temas de mayor recelo en la doctrina jurídica ya que ha tenido trascendencia con el pasar del tiempo, y su evolución ha equiparado un gran avance en nuestra sociedad actual, y es que con la implementación del nuevo constitucionalismo, las relaciones de sujeción se fundamentan en el concepto de voluntad, lo que implica que el funcionario se somete a la administración pública por decisión propia, por el solo de hecho de asumir un rol dentro de la misma.

Al respecto Ruiz y Manzana (2008) exponen que “la potestad disciplinaria constituye un poder sancionar interno, que castiga infracciones a la relación de servicio, relación esta de sujeción especial que une al funcionario público con la Administración” (p.23 y 24).

Es por esto que la potestad disciplinaria –sancionadora- se fundamenta en la “infracción de deberes profesionales” (González, 1993, p.186).

En este entendido es menester desarrollar la conceptualización del termino: “Relaciones especiales de sujeción” que según (Benítez, 1994) se refieren a:

Relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resueltas de la cual queda sometido a un régimen jurídico

peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación (p.161).

Por lo anterior al estar en un estado social de derecho, totalmente estructural e intervencionista de forma directa e indirecta por medio de sus entidades estatales es que se logra percibir que el desarrollo de las relaciones especiales de sujeción constituyen la garantía de la potestad sancionatoria del Estado dado que “se impone la necesaria injerencia del poder público para asegurar materialmente los derechos y libertades de los particulares” (Benítez, 1994, p.84)., es por ello que se logra dimensionar que las relaciones especiales no solo constituyen el génesis del derecho disciplinario sino buscan la materialización del bien común bajo las premisas del correcto funcionamiento de la administración pública.

Por ende, se colige que es precisamente por estas relaciones especiales de sujeción que el Estado tiene la potestad investigadora sobre el cumplimiento de deberes e incursión en régimen de prohibiciones y faltas gravísimas, toda vez que solo por este vínculo generado entre la administración y el funcionario público que el primero adquiere el derecho a vigilar y controlar el cumplimiento de los principios y fines esenciales del estado y el segundo acatar los mandatos y velar por el estricto desarrollo del deber funcional.

Es por ello que en esta instancia prima la voluntad de quien se somete al régimen aplicable a los servidores públicos desde el momento mismo de su vinculación y desde este, el compromiso de la administración a ejercer dicho rol dentro de la relación e intervenir cuando sea considerado necesario.

Ilícitud sustancial

El estudio de la responsabilidad disciplinaria del funcionario público se orienta bajo una estructura dogmática definida por 4 criterios doctrinales a saber: capacidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, los cuales permiten de manera consecuente investigar la responsabilidad en búsqueda de la verdad material.

No obstante, los mandamientos constitucionales a los cuales debe ceñirse la actuación de todo funcionario público, se encuentran supeditados al cumplimiento de unos deberes, al goce de unos derechos y a un régimen de prohibiciones, preceptos cuyo quebrantamiento conlleva al estudio a partir de la dogmática disciplinar de su responsabilidad.

En relación a lo anterior, en el contexto del derecho disciplinario se ha edificado una figura denominada *ilicitud sustancial*, creada como principio rector y base legal para atribuir la responsabilidad de un servidor y/o funcionario público, quien posee con el Estado una relación especial de sujeción.

La ilicitud sustancial al respecto constituye el dogma en el derecho disciplinario que radica en la inobservancia de normas positivas, llámense normas de carácter general y especial en cuanto a la trasgresión de estas derive la violación de deber funcional; esto es el desconocimiento de la función desde la perspectiva de un rol social y funcional; por tanto es por medio de este referencia en donde se delimita el campo de acción del derecho disciplinario, en otras palabras es la piedra angular de su accionar.

A su vez la ilicitud sustancial encuentra sus cimientos en la consagración normativa de la (Ley 734, 2002, Art. 5) el cual pregona: "Ilcitud sustancial. La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna", sustento normativo que es asimilado bajo las estructuras de la antijuridicidad,

empero por sus condiciones especiales arraiga la estructuración un elemento con criterios diversos desde la perspectiva de aplicabilidad y desarrollo.

Ahora bien, conforme los anteriores parámetros es necesario establecer el alcance del concepto de ilicitud sustancial el cual ha sido calificado como determinante del Derecho Disciplinario, tal como lo expuso (Gómez, 2005) al referirse que esta figura comprende “el incumplimiento de los deberes funcionales como fundamento de la responsabilidad disciplinaria” (p.25).

Igualmente la (Corte Constitucional, SC-948,2002) ha precisado:

El incumplimiento de los deberes funcionales es el fundamento de la responsabilidad disciplinaria, ya que este protege de manera preferencial la moralidad de la administración y por ello se centra en verificar el cumplimiento de los deberes propios del cargo por los respectivos funcionarios.

En este entendido y en lo que concierne a la contextualización de la ilicitud sustancial, se logra entrever que el objetivo del legislador al incorporar este principio como una norma rectora de la potestad sancionadora dota de plena seguridad constitucional al derecho disciplinario compuesto por parámetros en donde se logren plasmar los fines esenciales del Estado, aunado a ello, denota la intención de imprimir en las actuaciones sancionables del funcionario público un ingrediente subjetivo adicional que configure de manera imperiosa su responsabilidad sin miras a equívocos en cuanto a su estudio, teniendo en cuenta que es solamente en el evento de quebrantar el deber funcional que se pregona responsable aun cuando se configuren los requisitos de tipificación pre existentes al momento del juicio de valor que ha de realizar el operador o juez disciplinario.

Es por esto que para la configuración de la ilicitud sustancial no solo basta la realización de una conducta que implique la afectación sustancial de los deberes funcionales en los términos ya anotados, sino que se necesita constatar la inexistencia de situaciones que conforme al ordenamiento Jurídico justifiquen la realización de un comportamiento típico y antijurídico, como claro que en materia disciplinaria es diferente, lo que existe es la infracción de deberes por que la función de los servidores públicos que en tal virtud tienen con el Estado una relación de sujeción, exige y requiere controles que operan a manera de reglas de conducta, que vinculan al funcionario como prenda de garantía de cumplimiento de los fines y funciones del Estado en relación con el desempeño funcional que los pueda afectar o poner en peligro⁷.

Elementos constitutivos de la ilicitud sustancial

En lo que respecta a la piedra angular del derecho disciplinario, surgen dos posturas las cuales están conformadas por diversos elementos, que denotan la situación de complejidad existente al interior del derecho disciplinario en el momento de realizar el juicio de reproche.

En la primera postura, encontramos a Mejía y Quiñonez (2004), los cuales afirman que:

El elemento de la Antijuridicidad material, es un criterio que enmarca la ilicitud sustancial, en la efectividad de la lesión o puesta en peligro de la administración pública para que el comportamiento sea típicamente antijurídico, lo anterior implica que el elemento material es al que apunta dicha postura, en cuanto que la afectación al deber funcional no es formal. (p.32).

⁷ Véase, Decreto 100 de 1080, Artículo 29 y Ley 200 de 1995 Artículo 23.

En un segundo aspecto surge lo planteado por Solano (2003) quien percibe la ilicitud sustancial como “La afectación a los deberes funcionales, sin igualarla con la antijuridicidad material” (p.54)., es decir basta que surja el incumplimiento de un deber funcional, ocasionando que con la conducta reprochable haya desconocido no solo los límites jurídicos del deber, sino también la razón de ser del mismo.

Al margen de lo dicho es de importancia precisar que los tipos disciplinarios son tipos de Infracción de deberes que se caracterizan por ser sujetos activos cualificados, en pocas palabras basta con la simple infracción al deber para que se configure la conducta.

Dogmática de la ilicitud sustancial

Ahora bien para entender el dogma de la ilicitud sustancial es menester contrastar el desarrollo y aplicabilidad de la misma con fundamento en las posiciones doctrinales más aplicadas en la praxis del derecho disciplinaria dentro de las que se destaca la del Jurista Alejandro Ordoñez Maldonado en desarrollo de su libro Justicia Disciplinaria; quien en primera medida genera una visión crítica del artículo 5 del CDU, en razón a que se refiere a la antijuridicidad de la falta y no a la conducta como primera medida del análisis de la responsabilidad disciplinario.

Según su argumento, la ilicitud sustancial es un concepto propio del derecho disciplinario y hablar de antijuridicidad denota la existencia de un bien jurídico tutelado y desarrolla una serie de ideas en lo relacionado con la confusión abierta frente a lesividad y bienes jurídicos e ilicitud sustancial y deber funcional.

Según el entender del referido doctrinante la ilicitud sustancial no es un sinónimo de antijuridicidad formal, toda vez que no puede atender la conducta a un quebrantamiento formal de la norma o una transgresión de la norma por la norma

misma; sin embargo tampoco la ilicitud sustancial, implica una antijuridicidad material ya que el derecho disciplinario no exige un resultado emanado de la conducta, solo obrar en “contravía de los deberes funcionales exigidos al disciplinado” (Ordoñez, 2009, p.54).

En términos generales, la referida doctrina delimita que:

Aunque el comportamiento se encuadre en un tipo disciplinario, pero se determine que el mismo para nada incidió en la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan deberá concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial (Ordoñez, 2009, p. 27).

En este sentido, alejándose con ello de las inconsistencias gramaticales que a su parecer se pudieran haber generado en la redacción de la Ley 734 de 2002 y a la vez acogiendo en ese mismo sentido la intención del legislador de profundizar el concepto desarrollando y enmarcando las conductas que afectan en menor grado a él orden de la administración, estipulando mecanismos para ello; lo anterior diferenciando de plano la ilicitud sustancial del resto de las conductas que no gozan de sus requisitos determinantes.

A su vez, el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, vienen a jugar el papel más importante dentro de este concepto, en tanto que el funcionario prescindiendo de su deber funcional los afecte, configurando lo que en el citada doctrina el autor determina como “**antijuridicidad sustancial**”.

En lo que al deber funcional se refiere, el ex Procurador afirma que el artículo 5° del CDU armoniza su contenido con el artículo 23 de la misma norma, en el sentido del cumplimiento de los deberes que todo agente del estado tiene intrínseco por su condición, sin extralimitar funciones otorgadas o sin incurrir en el régimen de prohibiciones y en ese sentido cobra la importancia el deber por la

función otorgada; menciona de manera particular la especificidad de las conductas cometidas en cumplimiento de funciones propiamente otorgadas y adjudicadas, determinando que si se tratara de eventos en el ámbito personal y no laboral, no podría ser considerado como de la esfera del deber funcional y por tanto no disciplinable; sin embargo no lo ata a ellas sino que las extiende al cabal cumplimiento a principios constitucionales y normativos, en aras de satisfacer la expectativa del ciudadano común en cuanto al actuar ético de un agente estatal en desarrollo de esa relación especial de sujeción.

Anteponer el autor y así se deja ver, los principios que consagra la carta magna, basando en ellos las relaciones especiales de sujeción que encuadran de manera formal el cumplimiento del deber funcional y legal; dejando como principal premisa que en desarrollo de aquellas no se pueden ver quebrantados los derechos fundamentales estipulados en la Constitución; dejando entrever su estricta concepción constitucionalista y de principios.

Igualmente, la dogmática esbozada se refiere al ingrediente de justificación dentro de la ilicitud sustancial en los siguientes términos:

Para la configuración de la ilicitud sustancial, no sólo basta la realización de una conducta que implique la afectación sustancial de los deberes funcionales en los términos anotados, sino que se necesita verificar la inexistencia de situaciones que conforme al ordenamiento jurídico justifiquen la realización de un comportamiento típico y antijurídico. Ello supone que, en materia disciplinaria, el estatuto que lo rige contemple causales denominadas o alusivas a la justificación de la conducta como lo establecieron los anteriores códigos penal y disciplinario (Ordoñez, 2009, p. 37).

Es así como el enfoque aquí esgrimido por el autor en cuestión, muestra su conexión con el sentir y conceptos de autores como el tratadista español Alejandro

nieto y la también española Marina Jalvo, coincidiendo en los límites que a su parecer deben existir entre el cumplimiento a la constitución y a sus principios y la ejemplar ejecución del deber funcional dentro de las relaciones especiales de sujeción.

Es de esta manera que con la presente postura dogmática se desarrolló en términos generales y prácticos la figura de la ilicitud sustancial vista como un esquema netamente formalista.

De la otra orilla del argumento estudiado, por su trayectoria liberal y de pensamiento contrario a lo desarrollado, es importante considerar en la diversidad de la doctrina y dogmática el concepto desde la óptica jurídico-práctica del jurista Carlos Mario Isaza Serrano, Conjuez de la Republica, catedrático, estudioso de los temas disciplinarios desde la defensa y demanda; lo anterior a la luz del derecho disciplinario para contraponer conceptos plasmados por cada uno desde el libre pensamiento en sus escritos y basados en lo que a su estima es pertinente considerar por el lector.

El referido Jurista, describe en principio al concepto de antijuridicidad como un concepto de génesis general y no especial de alguna rama del derecho, concibe de esta manera a la ilicitud sustancial como:

La que le permita al operador disciplinario comprobar cuando se encuentra en presencia de una conducta del servidor público contraria a derecho o antijurídica, por la incidencia negativa que aquella pueda haber tenido en el deber funcional a cargo de este (Isaza, 2009, p. 132).

A su turno, y a diferencia de lo ya estudiado argumento la presente doctrina plantea unidad en la antijuridicidad, señalando que lo que es antijurídico en una rama no podría ser diferente para otra.

En este mismo sentido, considera que de enmarcarse un bien jurídico lo serían para nuestro ámbito los fines y funciones del Estado, definiendo así a la ilicitud sustancial como categoría jurídica descrita en el CDU que viene a marcar diferencias entre los conceptos penales y disciplinarios, haciendo énfasis en que a diferencia del primero, el segundo no necesita de una descripción típica inicial y por tanto con que el funcionario se aparte del deber funcional se configura una falta; que solo serán antijurídicas cuando se vea afectado sustancialmente dicho deber que determina como matriz de la ilicitud sustancial.

Por otra parte, muestra en desarrollo de su estudio, la preocupación por la pretensión que se tiene en el derecho disciplinario de alejarse de conceptos originales como el de la Antijuridicidad formal y según lo dicho “cuanto más pretenden alejarse de la antijuridicidad formal, más se acercan con sus explicaciones a ella” y esto lo refuerza haciendo entender que en los escritos las instituciones también en sus actuaciones realizan un análisis que desarrolla el concepto de la antijuridicidad formal.

En lo tendiente al deber funcional y su concepto, precisa no generar confusión entre este y el deber legal, conceptualizando el primero como:

El conjunto de funciones asignadas a un cargo, las cuales deben ejercerse tomando como base el modelo de comportamiento que emerge de la composición de todos estos elementos jurídicos que enmarcan el desempeño laboral del servidor público o el particular que desempeña funciones públicas, para el cumplimiento de los fines y funciones del Estado (Isaza, 2009, p. 141).

En tanto que para identificar al deber legal muestra que “tienen la propiedad de delimitar y modelar idealmente, el ejercicio de las atribuciones del cargo, en las

condiciones y oportunidades en que quiere el Estado que se ejecuten.” (Isaza, 2009, p. 141).

En miras a la afectación de ese deber, luego de considerar los conceptos jurisprudenciales y doctrinales como intentos casi fallidos en torno a dar una explicación a cuando se afecta un deber funcional en estricto sentido determina:

1) una actividad en ejercicio de funciones, con ocasión de ellas o abusando de la investidura del cargo, es decir, mediante actuación oficial; 2) cuando considerando el deber funcional en el acometimiento de una tarea pública, esta no se realiza o se realiza defectuosamente; o cuando habiéndose ejecutado correctamente, no se contaba con habilitación jurídica para tal fin, por la presencia de una inhabilidad o un impedimento para el ejercicio del cargo o la resolución del caso; 3) el compromiso de los objetivos y fines de la actividad de la entidad a la que se pertenece, en términos de no concretar en las dimensiones requeridas el supuesto fáctico aprehendido en el correspondiente deber funcional (Isaza, 2009, p. 147).

Se establece entonces, cuando la tarea que lo define no se desarrolla o se desarrolla mal, desprendiéndose del resultado material que se produzca; toda vez que la conducta puede o no ser antijurídica, sin necesidad de referirse a una causal de justificación, en el análisis de responsabilidad configurar la tipicidad sin que se reúnan los requisitos de la antijuridicidad por tanto, no se determina responsabilidad del autor.

Lo anterior, genera un campo fértil para el debate dogmático, y para la presentación de posturas alternas y completas, con las cuales se dote de mayor seguridad y fundamentación a las cuestiones relacionadas, dado a que en el desarrollo de la doctrina y la jurisprudencia por el apego estricto a los principios en especial, la dignidad humana y la evolución del concepto de la ilicitud sustancial, le

impregna al derecho disciplinario una amortización y morigeración en su aplicación y desarrollo.

La ilicitud sustancial aplicada desde la Ley 200 de 1995 y después con la ley 734 de 2002, desarrolló un ingrediente especial en la comisión de conductas disciplinables, toda vez que no basta con que el funcionario desconozca y se aparte de una normativa o una Ley como el código disciplinario único, sino que esta conducta típicamente descrita debe afectar el deber funcional sin justificación alguna.

Situación está que le otorga amplitud en el campo del ilícito disciplinario a todos los funcionarios públicos, como si el derecho disciplinario se tratara de un derecho de menor rigurosidad y menor impacto dentro del derecho sancionatorio Colombiano, esto es que si bien les delimita un listado de faltas y prohibiciones concebidas para el cumplimiento de los fines y funciones del estado, también lo es que les da en sede de antijuridicidad la potestad de justificar su conducta y de ser así, no se configuraría la estructura de la responsabilidad en tanto no hay afectación al deber funcional con su actuar y esta encuentra su justificación para su realización.

Es decir que los derechos fundamentales en campos diferentes del derecho sancionatorio como el derecho penal si pueden verse afectados y quebrantados como por ejemplo la privación de la libertad, en tanto que para el derecho disciplinario si en gracia de ese mismo ejemplo el funcionario público justifica su conducta en un derecho fundamental y constitucional, no se le puede sancionar ni seguir investigando a falta de una afectación al deber funcional sin justa causa.

Vista la evolución colombiana en términos de corrupción, la Ley de igual manera debería evolucionar en su estricto sentido y en sus sanciones a quienes opaquen el buen nombre de nuestras instituciones con su actuar; este estado vigilante se

convirtió más en un estado protector garante de protecciones a los investigados que a sus propios fines y funciones cuando estas se ven quebrantadas por funcionarios públicos que desconocen los valores y la ética profesional, así como las buenas costumbres.

Desde esta perspectiva en la praxis y desde la evolución del derecho disciplinario, la tipicidad juega un papel fundamental dentro de la potestad sancionadora que en gracia de discusión, no debería ser sometida al requisito de antijuridicidad en el estricto entender de la ilicitud sustancial, sino de la antijuridicidad formal, propiamente dicha, con el propósito único de velar por la protección de ese buen ejercicio del deber funcional y en el marco de unas relaciones especiales de sujeción que solo existen por la voluntad única del servidor a cumplir con principios y valores de su rol dentro del aparato estatal, y de no hacerlo, conoce la carta de posibilidades en las que puede verse inmerso en sanción a una posible conducta contraria a lo que en principio, bajo juramento, prometió; cumplir las leyes, y coadyuvar en el cumplimiento de los fines y funciones del Estado, todo ello bajo las reglas de la buena conducta, los valores y respeto a los principios constitucionales.

Con todo, es este respeto a los principios y valores, que el Estado ahora utiliza para proteger al funcionario público que contraría el ordenamiento y no para hacer acatar las noemas de un Estado que necesita ser respetado por sus estadísticas históricas de corrupción y mal manejo político.

Nos acostumbramos a usar los principios y preceptos constitucionales para todo menos para generar el respeto de los ciudadanos del común y los servidores públicos a su Estado soberano y sus instituciones.

En consideración respetuosa por los estudiosos de la norma y de las instituciones que por demás hasta el momento no han funcionado en mejora de la sociedad

Colombiana, apartándome de los conceptos y argumentos esgrimidos en la dogmática de la ilicitud sustancial desarrollado por los juristas Alejandro Ordoñez y Carlos Mario Isaza, de quienes aprendo por su complejo estudio de los temas disciplinarios; me atrevo a discernir de su sentir y pensar a este respecto:

El mundo y el país, vienen presentando un irrespeto constante a las instituciones, a la legalidad, a las normas, la carencia de valores y la ética eta en evolución desmesurada sin que nada parezca detenerlas, y es mi posición que solo con la rigurosidad de la ley se les puede combatir, dejando de morigerar, matizar y aminorar el estricto cumplimiento a los deberes y sanciones, respetando la positividad de la norma, sus preceptos, dejando como eje y centro la tipicidad, la antijuridicidad formal y el ámbito probatorio como banderas de nuestro derecho sancionatorio en especial, el disciplinario; ello teniendo en cuenta que ese mismo respeto por la dignidad humana pregonado para los que se encuentran inmersos como investigados dentro de un proceso, también debe ser aplicado y llevado como bandera por estos mismos a la hora de incurrir en estas conductas ya tipificadas de manera sabia por el legislador por alguna razón histórica que no puede ser desconocida por la figura de la ilicitud sustancial.

Figura esta que hoy por hoy, con el nuevo proyecto de Ley 055 de 2014, o Código General Disciplinario, se pretende enaltecer, añadiéndole un componente a mi parecer exagerado como lo es la palabra “sustancialmente”, es decir, que ya no debe la conducta solo ser típica y afectar el deber funcional, sino que debe afectar sustancialmente dicho deber sin justificación alguna; situación que le da una categoría muy alta a las faltas disciplinarias, tanto, que se torna inalcanzable al operador disciplinario en tanto que aun cuando el funcionario público quebrante la normatividad dolosamente o con culpa en cualquiera de sus modalidades, este debe cumplir dicho requisito para enmarcar la responsabilidad como si se tratara de sancionar solo casos de “vida o muerte” para el Estado, solo los casos

extremos y de suma afectación serán los sancionados y tenidos en cuenta por el derecho disciplinario.

Lo anterior, como si las faltas que no afectan “sustancialmente” el deber funcional, no contrariaran la Legalidad del ejercicio de la función pública y como si estas conductas no contrariaran los fines y funciones del estado y no quebrantaran esta relación especial de sujeción que voluntariamente fue acogida y que bajo juramento se prometió llevar cabalmente.

Las nuevas generaciones buscamos funcionarios honestos, que por pasión al ejercicio de su profesión, basen sus labores en el respeto supremo de sus principios y se mantengan al margen de prácticas que desemboquen el detrimento de los fines y funciones del Estado; personas que antepongan principios de efectividad, oportunidad, celeridad, eficacia a conceptos como el de la corrupción y el dinero fácil, y es por ello que la Ley debe pedagógica, doctrinal y jurisprudencialmente, proponerse como de estricto cumplimiento sin morigeraciones ni menor rigurosidad en eventos especiales de ningún tipo, asegurando con ello la costumbre en la sociedad tratándose de funcionarios públicos y particulares que quieran serlo, de pensar que quien trabaje para el estado y a su interior debe respetar la Ley y velar por su cumplimiento con más rigor que si no lo fuera, por tratarse de la labor encomendada que goza de especial naturaleza por tratarse del interés general y el bienestar de todos.

Conclusiones

Con los tránsitos normativos desarrollados en pro del Derecho Disciplinario, es decir la Ley 200 de 1995 a la Ley 734 del 2002, lo cual implicó que esta rama del Derecho empezara a utilizar su propia dogmática constituyéndolo más autónomo e independiente; es por esto la potestad disciplinaria se configura como una de las potestades sancionatorias del Estado, el cual, posee unas características

estructurales propias que se relacionan a la desobediencia de normas legales positivas según el cual se derive la infracción del deber funcional, es decir el desconocimiento de la función social que asume todo servidor público o particular que cumple funciones públicas por el hecho de su estrecha relación de sujeción con el Estado.

Es por ello, que en todo Estado Social de Derecho, estructural y esquematizado siempre existirá la relación especial de sujeción entre el ESTADO – FUNCIONARIO Y/O SERVIDOR PUBLICO, constituyéndose como garantía constitucional, pues la función pública involucra una relación especial entre el servidor público y el Estado, la cual implica una serie de particularidades que la diferencian de la relación que mantiene el Estado con quienes no están vinculados a su estructura organizativa.

En este entendido, se materializa el precepto de ilicitud sustancial cuando la conducta activa u omisiva del servidor y/o funcionario público, afecta, vulnere o transgreda la potestad y puesta en marcha de la administración, pues en el art 5 de la ley 734 del 2002 se desarrolla la naturaleza jurídica al constituir el “Ilícito” a partir de la noción del deber funcional; sin importar el resultado o daño causado.

Así las cosas, existen posturas planteadas al momento de limitar la estructura de los elementos constitutivos de la ilicitud sustancial, de las cuales se logró entre ver la situación a la que se ve sumergida el ente sancionar al momento de aplicar los principios que rigen el actuar de la administración pública.

Es por ello que la Teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción señalan que en el contexto del Estado Social de Derecho, esta relación de sujeción limita en cierto grado los derechos fundamentales de los disciplinados, puesto que el sometimiento a un régimen especial implica el ejercicio de un control a los actos

del administrado por parte del Estado, razón por la cual el servidor público al aceptar entablar una relación, debe asumir las responsabilidades, deberes, y por supuesto derechos que esta situación le implica.

Según lo expuesto se denota como los estudiosos en estos temas se han preocupado por desarrollar los elementos constitutivos de la ilicitud sustancial, dándole el alcance y crítica que a su parecer merecen y según la evolución del derecho y la jurisprudencia han ganado.

Se puede leer, cómo en las dos orillas de la práctica del Derecho Disciplinario, desde la Procuraduría, ente disciplinario por excelencia en Colombia y la contraparte, desde la óptica inversa, se muestran las interpretaciones normativas y argumentos sobre los conceptos originales y básicos del Derecho Disciplinario que han seguido esta evolución desde sus inicios, pero que a mi parecer, continúan enraizando en lo que hoy en día lo aminora frente a las demás ramas del Derecho, por lo menos en Colombia.

Es menester precisar que la posición desarrollada en el presente artículo no pretendió de ninguna manera generar dudas en lo que hasta este tiempo significa el argumento dogmático desarrollado, ni su importancia dentro de la academia, únicamente sin aspiraciones mayores, exponer una visión alterna desde la praxis laboral, por la situación del Derecho Disciplinario, pero más específicamente del concepto de la ilicitud sustancial y los efectos que causa en miras al estudio de la estructura de la responsabilidad, dejando un breve interrogante frente a su importancia en relación con la figura de la tipicidad y su conjunción.

Lo anterior en aras de sentar una voz dentro de las muchas que suenan, por demás estudiosos por años del tema Disciplinario en el país.

Referencias Bibliográficas

- Constitución Política de Colombia, (1991), Artículo 2 (Título I).
- Constitución Política de Colombia, (1991), Artículo 6 (Título I).
- Constitución Política de Colombia, (1991), Artículo 209 (Título VII).
- Congreso de Colombia (5 de Febrero de 2002), Artículo 5 (Título I), *Código Unico Disciplinario*, (Ley 734 de 2002).
- Congreso de Colombia (5 de Febrero de 2002), Artículo 22 (Título I), *Código Unico Disciplinario*, (Ley 734 de 2002).
- Congreso de Colombia (5 de Febrero de 2002), Artículo 25 (Título I), *Código Unico Disciplinario*, (Ley 734 de 2002).
- Corte Suprema de Justicia Sala Plena, (14 de Abril de 1983), Sentencia 51, (M.P Manuel Gaona Cruz).
- Corte Constitucional, (01 de Febrero de 1996) Sentencia C-034, (M.P Jorge Arango Mejía).
- Corte Constitucional, (27 de Junio de 1996) Sentencia C-286, (M.P Antonio Barrera Carbonnel).
- Corte Constitucional, (21 de Noviembre de 1996) Sentencia C-631, (M.P José Gregorio Hernández Galindo).
- Corte Constitucional, (06 de Noviembre de 2002), Sentencia C-948, (M.P. Alvaro Taffur Galvis).
- Bulla Romero, J. E. (2009). *Derecho Disciplinario*. Bogotá: Ibañez.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2005). *El principio de Antijuridicidad Material*. Bogotá: Giro Editores.
- Gómez Pavajeau, C. A. (2006). La Ilícitud Sustancial. *En Lecciones del Derecho Disciplinario* (pág. 22). Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- González Granada, P. (1993). *Independencia del Juez y Control de su Actividad*. Valencia: Tirant lo Blanch
- Gunther, J. (2002). En A. *¿Derecho penal de enemigo o Derecho penal del ciudadano?* (pág. 15). Bogotá: Monografías Jurídicas.

- Isaza Serrano, C. M. (2009). *Teoría General del Derecho Disciplinario: Aspectos Históricos, Sustanciales y Procesales*. Bogotá: Temis.
- Jalvo, B. M. (2006). *El Régimen Disciplinario de los Funcionarios Públicos*. Valladolid: Lex Nova.
- Lopez Benitez, M. (1994). *Naturaleza y Presupuestos Constitucionales de las Relaciones Especiales de Sujeción*. Madrid: Civitas.
- Mejia Ossman, J., y Quiñones Ramos, S. S. (2004). *Procedimiento Disciplinario*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Ordoñez Maldonado, A. (2009). *Justicia Disciplinaria: De la Ilícitud Sustancial a lo Sustancial de la Ilícitud*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.
- Ramos Acevedo, J. (2003). *Derecho Administrativo Disciplinario*. Bogotá: Leyer.
- Rodríguez Rodríguez, G. H. (1985). *Derecho Administrativo Disciplinario*. Bogotá: Librería del Profesional.
- Ruiz Ivars, J., y Manzana Laguarda, R. S. (2008). *Responsabilidad Disciplinaria de los Servidores Públicos. Comentarios, doctrina y jurisprudencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Solano Sierra, J. E. (2003). *Código Disciplinario Unico*. Bogotá: Doctrina y Ley.