

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



**LA APLICACIÓN DEL SISTEMA AMPLIO Y GENERICO DE
INCRIMINACION DENOMINADO "NUMERUS APERTUS" EN DERECHO
DISCIPLINARIO COLOMBIANO: ANALISIS DESDE LOS PRINCIPIOS DE
TIPICIDAD Y LEGALIDAD**

**MARCELLA YOHANA BENAVIDES HERNANDEZ
CONSUELO DAZA PICO**

ARTICULO DE REFLEXION

**JAIME MEJIA OSSMAN
DIRECTOR**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD : DERECHO
ESPECIALIZACION DERECHO SANCIONATORIO
BOGOTA
2010**

**LA APLICACIÓN DEL SISTEMA AMPLIO Y GENERICO DE INCRIMINACION
DENOMINADO "NUMERUS APERTUS" EN DERECHO DISCIPLINARIO
COLOMBIANO: ANALISIS DESDE LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y
LEGALIDAD**

**Abg. MARCELLA YOHANA BENAVIDES HERNANDEZ
ST. CONSUELO DAZA PICO**

RESUMEN: Se trata de un artículo de reflexión que tiene su fundamento en los principios de legalidad y tipicidad en derecho disciplinario colombiano con el objeto de determinar por una parte la compatibilidad de los mismos con la aplicación del sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado "numerus apertus" dentro de un sistema disciplinario autónomo; y por otra determinar bajo la aplicación de este sistema si son de recibo los conceptos de seguridad jurídica, preexistencia de preceptos jurídicos, de conductas infractora y sanciones correspondientes. Lo anterior bajo una interpretación analítica y crítica de los postulados legales, jurisprudenciales y doctrinales al respecto.

PALABRAS CLAVES. Números Apertus; Régimen Disciplinario, Principio de Tipicidad, Principio de Legalidad, Tipos en Blanco, Tipos Abiertos, Seguridad Jurídica.

INTRODUCCION

Una de las tareas importantes dentro del presente trabajo es el análisis crítico de los principios de legalidad y tipicidad en derecho disciplinario autónomo colombiano que se nutre de los principios del Estado social y democrático de

derecho¹ pero también de los fines del Estado² por lo cual los planteamientos y reflexiones estipulados son el resultado del análisis conjunto de los postulados legales, jurisprudenciales y doctrinales sobre el tema.

El contenido en esencia representa una reflexión sobre la aplicación del sistema amplio y genérico de incriminación denominado "numerus apertus" y su incompatibilidad con los principios de tipicidad y legalidad lo que aparentemente implica violación a los preceptos superiores de derecho puesto que sitúan al operador disciplinario en un amplio margen de apreciación, aplicando los principios de tipicidad y legalidad bajo un criterio de flexibilización, dejando de lado los conceptos de seguridad jurídica, preexistencia de preceptos jurídicos, conducta infractora y sanciones correspondientes.

Por lo cual el presente artículo pretende realizar una crítica a la aplicación del sistema amplio y genérico de incriminación "numerus apertus" defendido por nuestra corte constitucional; y dejar interrogantes a los estudiosos del derecho con el fin de que con posterioridad pueda llegarse a limitar la discrecionalidad del operador disciplinario, se efectivice la seguridad jurídica y la garantía de los derechos en especial el de defensa.

¹ Constitución Política de Colombia 1991, Art. 1. "Colombia es un estado social de derecho organizado en forma de república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general"

² Constitución Política de Colombia 1991, Art. 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 todas 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".

En el presente trabajo trataremos una cuestión específica relacionada con el tipo culposo realizando algunas consideraciones respecto a dicha denominación, su vinculación con el principio de legalidad, y más específicamente con su derivado principio de tipicidad dentro de la ley disciplinaria.

PROBLEMA JURIDICO

Los tipos en derecho sancionatorio se los puede definir como la abstracta descripción que el legislador hace de comportamientos que entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública³; Sin embargo al aplicar el sistema amplio y genérico de incriminación denominado "numerus apertus" nos conlleva a realizar un análisis con el fin de determinar si esta aplicación es compatible con los principios de legalidad y tipicidad reconocidos a nivel constitucional.

Lo anterior con fundamento en la garantía constitucional del principio de legalidad y tipicidad que impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones a aplicar⁴, ya que sólo de esa manera el principio de legalidad cumple su función garantista, protege la libertad y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal⁵.

³ OSCAR VILLEGAS GARZON, "Derecho Disciplinario Colombiano"; <http://www.mailxmail.com>, <<http://www.mailxmail.com/cursos-derecho-disciplinario-colombiano-3/tipicidad-ley-blanco>>; (Consultado 20 de Abril de 2010); "El tipo disciplinario se lo puede definir como la abstracta descripción que el legislador hace de comportamientos que sean o no delitos que entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, estableciendo los correctivos y sanciones aplicables a quien incurran en ellas."

⁴ "Alcance de la Tipicidad en Derecho Disciplinario"; <http://Juridicaaldia.com>; <http://www.popayanaldia.com/juridicaaldia/?opcion=ampliar_noticia&control_visitas=si&origen=18&idn=36&fec_haindex=2007-03-28%255C%255C%255C%255C>, (Consultado 25 de mayo de 2010); "La garantía integrante del debido proceso, común a todo ejercicio del ius punendi estatal, exige que la disposición mediante la cual se configure el tipo sancionador describa de manera clara, expresa e inequívocamente las

Por lo cual el interrogante que surge es si la aplicación del sistema amplio y Genérico de incriminación denominado “numerus apertus” en derecho disciplinario Colombiano vulnera los principios de tipicidad y legalidad al haberse omitido por parte del legislador señalar el carácter excepcional de las conductas culposas y su consecuente sanción. Por otra parte se busca establecer si en la aplicación de este sistema son de recibo los conceptos de seguridad jurídica, norma infractora y sanción correspondiente.

METODOLOGIA

Este artículo comprende un análisis jurisprudencial, legal y constitucional de la aplicación del sistema amplio y genérico de incriminación en derecho disciplinario Colombiano denominado “Numerus Apertus” desde la perspectiva del principio de “legalidad” y “tipicidad” por lo cual se utilizara un método explicativo y descriptivo mostrando al derecho disciplinario dentro del Estado Social de Derecho y la garantía de los principios que lo rigen.

Así mismo se pretende realizar un análisis crítico de la posible flexibilización de los principios de legalidad y tipicidad en la aplicación del sistema de incriminación disciplinario “numerus apertus”, en cuanto introduce al lector en el análisis crítico

conductas que pueden ser sancionadas y el contenido material de las infracciones, así como la correlación entre unas y otras”

⁵ CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, *Teoría General del Derecho Disciplinario*; Editorial TEMIS S.A, Bogotá D.C., 2009; Segunda Edición; Pág. 95 “*el principio de tipicidad cumple con su función de garantizar, por un lado, la libertad y seguridad individuales al establecer en forma anticipada, clara e inequívoca que comportamientos son sancionados, y de otro, proteger la seguridad jurídica.*”

de su aplicación y su posible incompatibilidad con los conceptos de seguridad jurídica, preexistencia de preceptos jurídicos, de conductas infractora y sanciones correspondientes.

RESULTADO

LA APLICACIÓN DEL SISTEMA AMPLIO Y GENERICO DE INCRIMINACION DENOMINADO “NUMERUS APERTUS” EN DERECHO DISCIPLINARIO COLOMBIANO: ANALISIS DESDE LOS PRINCIPIOS DE TIPICIDAD Y LEGALIDAD

La potestad disciplinaria es un imperativo propio del Estado enmarcado dentro de las relaciones especiales de sujeción, con una naturaleza jurídica propia sin dejar de lado los principios generales del derecho y las garantías constitucionales; pues las mismas conectan de una manera particular los principios con el derecho disciplinario, limitando el poder punitivo del estado frente a los sujetos disciplinables.

La tipificación de las conductas constitutivas de faltas en derecho disciplinario colombiano se realizan en tipos abiertos⁶, ante la imposibilidad de contar con un catálogo de conductas donde se subsuman todas aquellas que se alejen de los

⁶ Sentencia Corte Constitucional; C-427 de 1994; M.P. Dr. Fabio Morón Díaz; “..... es de anotar como peculiaridad propia del derecho disciplinario, la posibilidad de que las conductas constitutivas de faltas disciplinarias se encuadren en la forma de tipos abiertos. A diferencia de la materia penal, en donde la descripción de los hechos punibles es detallada, en la disciplinaria el fallador cuenta con un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan contra los propósitos de la función pública y del régimen disciplinario...”

propósitos de la función pública y por ende resulten sancionables. De lo anteriormente mencionado nace la teoría de *numerus apertus* en derecho disciplinario colombiano que consiste en la transformación ex _Post de una conducta descrita por el legislador como dolosa en una conducta culposa, teoría avalada por nuestra Corte Constitucional pese a que esta misma corporación a manifestado que el principio de legalidad y tipicidad son propios del debido proceso y desconocerlos implicaría violaciones a nuestra Carta Política.

La falta de precisión del legislador al no establecer el carácter general o excepcional de la culpa ha dado lugar a la aplicación del sistema amplio y genérico de incriminación llamado "Numerus Apertus"⁷ mediante el cual el operador disciplinario establece cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa, ya que el Código Disciplinario Único no incluye norma alguna sobre este punto como sí lo hace el Código Penal.

Es decir en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo⁸, salvo que sea imposible admitir la culpa, partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición sin embargo lo anterior no significa que todas las infracciones admitan

⁷ CARLOS MARIO ISAZA SERRANO. Teoría General del Derecho Disciplinario; Editorial TEMIS S.A, Bogotá D.C., 2009; Segunda Edición; Pág. 96. "...también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado *numerus apertus*, en virtud del cual no se señala específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa como si lo hace la ley penal. De modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo salvo que se imposible admitir que el hecho se cometió culposamente."

⁸ Sentencia Corte Constitucional C- 115 de 2002; MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA; "...también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado "*numerus apertus*", en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa - como sí lo hace la ley penal, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como "a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de" etc."

ser ejecutadas en ambas modalidades de conducta, pues depende de la naturaleza misma del comportamiento.

En principio la omisión legal del legislador comporta una violación a los preceptos constitucionales reconocidos en nuestro Estado Social de Derecho por cuanto no se estableció el carácter general o excepcional de la culpa; sin embargo a nivel jurisprudencial se ha adoptado el sistema "numerus apertus" explicando que el Estado puede verse afectado tanto por conductas dolosas como culposas lo que al parecer significaría que las descripciones típicas admiten ambas modalidades.

La explicación a lo anterior según nuestra Corte Constitucional es que las faltas disciplinarias se tipifican en tipos abiertos que dan amplio margen de valoración en cabeza del operador disciplinario ya que al legislador le está permitido describir tipos con cierto grado de generalidad o indeterminación, por cuanto no es posible describir comportamientos abstractos por la naturaleza misma del derecho disciplinario⁹ de allí que estos tipos disciplinarios tengan un componente importante en las técnicas de tipificación en blanco lo que se justifica en el control del Estado en la actividad oficial

Con base en lo anterior es importante aclarar que nuestra Corte Constitucional ha rechazado el carácter excepcional de la culpa dentro de ley disciplinaria y ha

⁹ Sentencia Corte Constitucional C- 507 de 2006 MP. JAIME ARAUJO RENTERIA "*.. aquellas infracciones disciplinarias que ante la imposibilidad del legislador de contar con un listado detallado de comportamientos que se subsuman en las mismas, remite a un complemento normativo integrado por todas las disposiciones en las que se consagren deberes, mandatos y prohibiciones que resulten aplicables a los servidores públicos*"

acogido el carácter general de la misma¹⁰ es decir permite flexibilidad del principio de determinación, de legalidad y de tipicidad; estableciendo a nivel jurisprudencial que los funcionarios públicos al tomar posesión de su cargo, asumen un compromiso exigente en lo que se refiere al cumplimiento de las normas aplicables y de los deberes que asumen; por consiguiente el funcionario conoce las posibles faltas en que pueda incurrir, y su vulneración puede hacerse por dolo o culpa¹¹.

Si bien nuestra Corte Constitucional ha sostenido que el principio de legalidad en el campo del derecho disciplinario tiene mayor flexibilidad, también ha resaltado la importancia de que el mismo debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas en nuestra constitución y nuestras leyes vigentes sin que pueda tener excepción alguna en su aplicación. Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana que son el fundamento del art. 29 constitucional tienen plena aplicación en el proceso disciplinario¹². Lo anterior no deja duda de que la falta disciplinaria debe estar descrita previamente por parte del legislador¹³ es decir nadie está facultado para crear faltas disciplinarias en forma posterior a la realización de la conducta.

¹⁰ Sentencia Corte Constitucional C- 115 de 2002; MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA; "Las descripciones típicas admiten en principio ambas modalidades de culpabilidad, salvo en los casos en que no sea imposible estructurar la modalidad culposa"

¹¹ Sentencia Corte Constitucional C- 124 de 2003; MP. JAIME ARAUJO RENTERIA.

¹² JAIME MEJIA OSSMAN, Principios Constitucionales y Legales de la Actuación Disciplinaria para las Fuerzas Militares, Editorial TEMIS, Pag. __. "El debido proceso reconocido por el art. 29 de la Constitución, consagra entre las garantías sustanciales y procesales que lo integran, el principio de legalidad, en virtud del cual le corresponde al legislador determinar las conductas y comportamientos que por atentar contra bienes jurídicos merecedores de protección son reprochables y, por lo tanto, objeto de sanciones. Es decir que es función del legislador dentro de las competencias que se le han asignado para la conformación de la norma jurídica determinar y describir en forma abstracta y objetiva, la conducta constitutiva de la infracción penal o disciplinaria y señalar la correspondiente sanción." (Sentencia Corte Constitucional C- 769/98 MP. ANTONIO BARRERA CARBONELL.)

¹³ JAIME MEJIA OSSMAN, Principios Constitucionales y Legales de la Actuación Disciplinaria para las Fuerzas Militares, Editorial TEMIS, Pag. " ...lo cual no deja duda de que la FALTA DISCIPLINARIA para ser imputada debe estar descrita, "PREVIAMENTE" como tal en la ley disciplinaria y la misma no puede ser

Ahora bien, el debido proceso dentro del *ius punendi* estatal, exige que la disposición mediante la cual se configure el tipo sancionador describa de manera clara expresa e inequívocamente el tipo disciplinario desarrollado dentro del principio fundamental de legalidad¹⁴. En el campo del derecho disciplinario la Corte Constitucional ha señalado que existen particularidades importantes respecto del alcance de este principio y en esta medida se admitido cierta flexibilidad manifestando que el derecho disciplinario no tiene las mismas connotaciones que en derecho penal, por cuanto los tipos disciplinarios no son autónomos y por consiguiente la infracción disciplinaria implica siempre el incumplimiento o desconocimiento de un deber del servidor público.

Lo anterior no significa que el operador disciplinario pueda actuar de manera discrecional en la adecuación típica de las conductas porque en todo caso su actividad hermenéutica está sujeta a distintos límites derivados del contenido material de las disposiciones disciplinarias, de los principios y reglas que rigen la interpretación de los preceptos jurídicos en las distintas modalidades del derecho sancionador pues para que la remisión sea constitucional tiene que tener unos contenidos mínimos que permitan identificar un determinado cuerpo normativo sin caer en ambigüedades o indeterminaciones¹⁵. En este sentido nuestra Corte

CONSTRUIDA EX POST por parte del operador disciplinario. Como lo ha admitido la Corte Constitucional con la teoría de los NUMERUS APERTUS que les permite a los jueces disciplinarios CAMBIAR UNA FALTA DESCRITA EN LA LEY COMO DOLOSA por una CULPOSA sin que esta ultima HAYA SIDO DEFINIDA como tal; de manera ANTICIPADA. por el LEGISLADOR”.

¹⁴ Sentencia Corte Constitucional C-530 de 2003; MP. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT; “se desarrolla el principio fundamental ‘nullum crimen, nulla poena sine lege’, es decir, la abstracta descripción que tipifica el legislador con su correspondiente sanción, debe ser de tal claridad que permita que su destinatario conozca exactamente la conducta punitiva; en principio se debe evitar pues la indeterminación para no caer en una decisión subjetiva y arbitraria”

¹⁵ Sentencia Corte Constitucional C- 853 de 2005; MP. JAIME CORDOBA TRIVIÑO; “. En efecto, en ejercicio de la cláusula general de competencia el congreso puede acudir a la figura de reenvío de normas siempre que ella sea clara y se refiera a un texto o textos definido.”

Constitucional ha considerado que se ajustan al principio de tipicidad y son admisibles constitucionalmente aquel reenvío normativo que permita establecer y determinar inequívocamente el alcance de la conducta y su sanción¹⁶ .

Aunque este permitida constitucionalmente la técnica de tipos abiertos en nuestro concepto el operador disciplinario tiene que ser consciente de que su actividad hermenéutica está sujeta a límites derivados del contenido material de las disposiciones disciplinarias, de los principios y reglas de interpretación de preceptos jurídicos, lo cual prohíbe la interpretación extensiva por cuanto en el ámbito del derecho disciplinario tienen plena aplicación las garantías constitucionales propias de los derechos sancionadores; entre ellas, el principio de tipicidad que constituye una manifestación del principio de legalidad pues como lo ha establecido nuestra misma Corte Constitucional sólo el legislador puede establecer, con carácter previo, las infracciones y las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellas¹⁷ .

Lo que significa que en la tipificación de faltas disciplinarias no se puede utilizar expresiones ambiguas, vagas e indeterminadas que quebranten el principio de legalidad y tipicidad consagrado en el artículo 29 de la constitución, pues todos los derechos sancionatorios deben estar sujetos a estos principios; es decir corresponde al Legislador determinar con precisión cuáles son las conductas que pueden ser castigadas por la administración siempre que afecte el deber funcional del mismo. Sin embargo es innegable que dada la cantidad de comportamientos

¹⁶ Sentencia Corte Constitucional C-127 de 1993, C- 599 de 1999; MP. ALEJANDRO MARTINEZ CABALLERO. C- 796 de 2004; MP. RODRIGO ESCOBAR GIL.

¹⁷ Sentencia Corte Constitucional C-739 de 2000; MP. Dr. FABIO MORON DIAZ *"En relación con este principio de reserva de ley, la Corte ha señalado que de acuerdo con nuestro ordenamiento constitucional sólo el legislador puede establecer, con carácter previo, la infracción y las sanciones a que se hacen acreedores quienes incurran en ellas"*

en que puede incurrir el servidor público¹⁸ la tipificación puede ser lo suficientemente flexible como para disponer de un margen de apreciación discrecional en cabeza del operador disciplinario, pero ese margen no puede llegar nunca hasta el punto de permitirle la creación de figuras sancionatorias no contempladas por la norma.

Así lo ha establecido el principio de Tipicidad en materia disciplinaria en que impone a nivel superior la obligación de describir legal y completa los supuestos objetivos que impone al disciplinado una consecuente sanción, sin embargo no siempre es posible hacerlo de esta forma, razón por la que se explica la existencia de los tipos abiertos aclarando sobre este punto que la descripción del tipo es de competencia exclusiva del legislador a partir del principio de legalidad recogido en el Código Disciplinario Único¹⁹ contrario sensu el legislador ha regulado de manera incompleta e insuficiente el tema de incriminación en materia disciplinaria al dar al operador disciplinario un amplio margen de incriminación de las faltas y esa regulación insuficiente o incompleta en nuestro concepto vulnera el mandato constitucional de legalidad lo cual genera violación al derecho a la igualdad y/o al debido proceso constitucional²⁰, por lo cual es inconcebible que la jurisprudencia subsane dicho vicio máxime si nuestra Constitución Política de 1991 prohíbe tajantemente flexibilización de los derechos consagrados en ella, especialmente sobre el debido proceso .

¹⁸ NIETO ALEJANDRO. Derecho Administrativo Sancionador. Pag. 287 y 335 “ ..la exigencia demasiado rígida del rango legal para la tipificación significaría desconocer la dinámica del ordenamiento sancionador administrativa”.

¹⁹ Ley 734 de 2002, Art. 4 Legalidad “El servidor público y los particulares que ejercen funciones públicas sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”

²⁰ Sentencias Corte Constitucional C-543 de 1996; MP. CARLOS GAVIRIA DIAZ; y Sentencia Corte Constitucional C-1549 de 2000; MP. Dra. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ “...cuando el legislador ha regulado de manera insuficiente o incompleta un mandato constitucional o cuando la insuficiencia de regulación o incompleta reglamentación genera violación del derecho a la igualdad o el debido proceso constitucional²⁰....”

Contrario a lo que ha establecido la Corte muchos doctrinantes manifiestan que la omisión del legislador no puede ser subsanada a nivel jurisprudencial²¹ en cuanto que el no determinar de manera clara que conductas permiten la modalidad de culpa estaríamos frente a la vulneración de los principios constitucionales del debido proceso²² pues para el respeto del mismo debe garantizarse los requisitos de legalidad formal y tipicidad, en este sentido el Doctor Jaime Mejía Ossman en su libro *Principios Constitucionales y Legales de la Actuación Disciplinaria para las Fuerzas Militares* ha expresado que la construcción de faltas posterior a la realización de la conducta, aunque este autorizada por la Corte Constitucional no es de recibo por cuanto la Constitución lo prohíbe tajantemente, sin que exista excepción alguna, pues en caso de hacerlo estaríamos afectando la naturaleza misma de nuestro Estado Social de Derecho y la conformación democrática de nuestra actual legislación sancionadora²³ lo que indudablemente apunta a la arbitrariedad administrativa.

²¹ JAIME MEJÍA OSSMAN, La Teoría de Numerus Apertus y las Relaciones Especiales de Sujeción en un Estado Social de Derecho, Conferencia Especialización Derecho Sancionatorio, Enero 25 de 2010, pág. 6 *"Nadie está autorizado para crear faltas disciplinarias en forma posterior a la realización del comportamiento por parte del destinatario de la ley disciplinaria, pues nuestra carta fundamental lo prohíbe tajantemente, sin que se pueda admitir una sola excepción, ya que ello afectaría nuestro estado social de derecho y la conformación democrática de nuestra actual legislación sancionadora. Por ello la transformación de una conducta tipificada como gravísima en grave, sin que la misma se encuentre expresamente descrita y prevista como tal en la ley lesiona irremediablemente el principio de legalidad"*.

²² Constitución Política de Colombia. Art. 29. *"El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable...."*

²³ JAIME MEJÍA OSSMAN, Principios Constitucionales y legales de la Actuación Disciplinaria para las Fuerzas Militares, Editorial TEMIS Pag. , *"la transformación de una conducta tipificada como gravísima en falta grave o viceversa, sin estar expresamente prevista en la ley, lesiona irremediablemente el principio de legalidad, muy a pesar de la constitucionalidad decidida en Sentencia C-124 de febrero 18 de 2003, que declaro la exequibilidad de los artículos 43 numeral 9, 44 numerales 1y2, 48 numeral 1, 50 inciso 3, 51 incisos 1 y 3, 55 parágrafo 1 y 61 parágrafo con ponencia de Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA, demandada D- 4075, que presentara el día 20 de Mayo de 2002 quien aquí escribe: la sentencia de exequibilidad anunciada viola, por consiguiente el principio de legalidad, contradiciendo de manera muy clara los artículos 29 de la constitución política, 3 y 56 del reglamento del Régimen Disciplinario para las fuerzas Militares y los artículos 4 y 23 de la ley 734 de 2002..."*

El principio de legalidad reconocido a nivel constitucional y considerado pilar fundamental del derecho, fue estatuido como limite a la facultada sancionadora del Estado cuya finalidad es garantizar la seguridad jurídica, proteger la libertad contra la arbitrariedad judicial y administrativa, y asegura la igualdad de las personas ante el poder punitivo y sancionatorio del estado, pues aísla los juicios de valor del operador disciplinario y los acerca a la imposibilidad de cometer errores.

Las conductas consideradas como reprochables en nuestro derecho disciplinario, deben estar bien definidas de forma tal que el investigado pueda conocer cuáles son los comportamientos prohibidos y cuales las consecuencias de los mismos. Si bien en materia disciplinaria el carácter de determinación escrita y previa no tienen la misma rigurosidad que en materia penal no ocurre lo mismo con el carácter de certeza de la misma, por cuanto debe estar presente unos límites que permitan identificar el cuerpo normativo de la conducta reprochable sin que haya lugar a ambigüedades e indeterminaciones.

La tipicidad de las faltas disciplinarias es una garantía integrante del debido proceso, común a todo ejercicio del "ius punendi" estatal, por lo cual mediante esta garantía se desarrolla el principio fundamental de legalidad²⁴, es decir, la tipificación del legislador debe ser de tal claridad que permita que su destinatario la conozca exactamente la falta y sanción con el fin de evitar la indeterminación²⁵

²⁴ *"nullum crimen, nulla poena sine lege"*

²⁵ Sentencia Corte Constitucional C-404 de 2001; MP. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

sin negar que la tipicidad disciplinaria obedezca a una lectura sistemática de la norma que establece la función, la orden o la prohibición.

Nuestro estado Social de Derecho se caracteriza por la garantía y protección de los derechos fundamentales, el principio de legalidad impone al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como reprochables y las sanciones en las que incurrirá quien cometa alguna de las conductas prohibidas²⁶, pues sólo de esa manera el principio de legalidad cumple verdaderamente su función garantista y democrática, protege la libertad de las personas y asegura la igualdad ante el poder punitivo estatal²⁷.

El legislador y varios doctrinantes en los últimos años se han esforzado por darle al derecho disciplinario un contenido propio, con el fin de convertirlo en un área jurídica autónoma con el debido respeto de las regulaciones constitucionales y por consiguiente es responsabilidad de la administración estipular las faltas en contra de la administración y su consecuente sanción, por lo cual no es posible adelantar un proceso disciplinario si no cumple con lo anterior, en garantía del principio de legalidad, y de defensa con el fin de que el investigado conozca sus deberes, los

"...dentro de los principios que rigen el derecho disciplinario, está sin duda el de la tipicidad, que exige que la conducta del servidor público que la ley erige como falta sea previamente definida por el legislador, así como la sanción correspondiente"

²⁶ CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, Teoría General del Derecho Disciplinario; Editorial TEMIS; 2009; Segunda Edición; Pág. 92. " no es posible adelantar válidamente un proceso penal, disciplinario o de naturaleza sancionadora se el precepto praeceptum legis y su correspondiente consecuencia jurídica sanctio legis no se encuentra previamente definidos en la ley"

²⁷ Sentencia Corte Constitucional C-843/99; MP. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO "El principio de legalidad constituye una de las principales conquistas del constitucionalismo, pues constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, ya que les permite conocer previamente las conductas prohibidas y las penas aplicables. De esa manera, ese principio protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal. Por eso es natural que los tratados de derechos humanos y nuestra Constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa (CP art. 29)".

derechos, prohibiciones y las consecuencias en caso del incumplimiento de los mismos.

Es absolutamente necesario que la falta disciplinaria se tipifique en la norma y con anterioridad a los hechos materia de la investigación, la garantía de este principio tiene como pilar fundamental el debido proceso y el derecho de defensa de quien se encuentra investigado, pues nadie puede ser castigado si previamente no se ha tipificado el hecho o la conducta y su sanción correspondiente. El principio de legalidad es entonces un límite al actuar del estado, ya que elimina su potestad disciplinaria frente a conductas que no estén descritas como faltas por la ley.

El principio de legalidad puede ser quebrantado por la consagración innecesaria de tipos en blanco, por lo cual es exigible que una norma contenga los elementos de la conducta disciplinaria de un modo inequívoco y preciso, por lo cual este principio aboga para que el legislador alcance la máxima claridad y la mayor sencillez con el fin de garantizar al investigado el conocimiento de la falta en que ha incurrido y su consecuente sanción.

Sin embargo la aplicación de *numerus apertus* en derecho disciplinario nos lleva a concluir que dicho sistema lesiona el principio de legalidad reconocido en los artículos 6º y 29 de la Constitución, por lo cual su aplicación vulnera la seguridad jurídica, pues no se puede desconocer el principio de "nihilum crimen, nulla poena sine lege", que se erige como una garantía de la persona frente al poder punitivo del Estado, el cual exige la descripción de la conducta y prohíben la sanción de una conducta culposa cuando la misma no está contemplada en forma expresa en

la ley²⁸ máxime cuando dicho sistema se adopto con el fin de obviar la omisión del legislador sobre la aplicación general o excepcional de la culpa²⁹.

Existe discrecionalidad dentro de la aplicación de este sistema de incriminación pues ello puede variar de acuerdo con el criterio de cada operador jurídico, lo que atenta contra los principios de la legalidad y el derecho a la igualdad que son de nivel superior que la norma disciplinaria. La explicación jurisprudencial sobre este tema ha sido que el principio de tipicidad se atenúa obedeciendo a un modelo de distribución de potestades publicas y a la cantidad de comportamientos en que el sujeto disciplinable puede incurrir en ejercicio de sus funciones lo que en nuestro sentir no constituye argumento para aislarse de los postulados Constitucionales; "Lo que no significa la concesión de una facultad omnimoda al operador jurídico,

²⁸ CARLOS MARIO ISAZA SERRANO, *Derecho Disciplinario – Parte General – Editorial TEMIS*, páginas 89 a 91; "...Como formas de culpabilidad se adoptan el dolo y la culpa y se deja de lado la preterintención como propia, exclusivamente, del derecho penal. En cuanto a éstas como contenidos psicológicos de la culpabilidad, el Código Disciplinario Único no las define. Tomando en consideración el mandato de su artículo 18 (hoy 21 de la Ley 734 de febrero 5 de 2002), sobre prevalencia de las normas del Código Penal y Procedimiento Penal, entre otras, en la interpretación y aplicación de aquél, cabe tomar las definiciones que el estatuto de las penas trae, de una y otra, para fijar sus alcances en el delineamiento de las conductas disciplinarias. ... Sin embargo el Código Disciplinario Único, no incluye norma alguna que disponga sobre el carácter general o excepcional de la sanción de las conductas consideradas como culposas, como sí lo hace el Código Penal. Esta omisión nos lleva al problema de buscar, doctrinalmente, una solución acertada a la configuración de la culpabilidad en la determinación de la responsabilidad disciplinaria para efectos sancionatorios, bajo el marco filosófico y jurídico que más se ajuste a la preceptiva de la Carta Política. ...En el presente caso por tratarse de la figura de la culpabilidad cabe hacer extensivo a la ley disciplinaria, el régimen excepcional de punición para las conductas culposas. Por consiguiente, los comportamientos de esta naturaleza sólo serán punibles en aquellos casos expresamente determinados en la ley disciplinaria. Como esta normatividad no trae una enunciación precisa de cuáles son los tipos contentivos de comportamiento culposo, el operador disciplinario debe colegir esta circunstancia del texto mismo del precepto prohibitivo. ... Cuando se exija una de las formas de la culpa: negligencia, impericia, imprevisión o imprudencia, como elemento subjetivo, el tipo será culposo, en los demás casos será doloso. Es decir, cuando el tipo disciplinario admita, expresamente, como una de las formas de culpabilidad, o como la única: la culpa, determinada esta circunstancia por la existencia de un elemento subjetivo que permita establecerlo así, se debe tomar la precaución de imputar al disciplinado, la comisión de la falta en la modalidad que corresponda, so pena de incurrir en irregularidades sustanciales que dificulten el ejercicio de su derecho a la defensa y vicien de nulidad el proceso. ..."

²⁹ "lo que en nuestro sentir no constituye argumento alguno para aislarse de los mandatos constitucionales y legales ya referidos, pues ni la constitución Colombiana ni la ley 734 de febrero 5 de 2002, ni ninguna otra creación del legislador permite que "el operador jurídico" arbitrariamente aplique los *numerus apertus* en desmedro de los principios y consecuentemente del reconocimiento de la dignidad humana, ni mucho menos que sea el fallador "quien deba establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición" pues esa labor compete únicamente al congreso y no a alguna persona en particular"

para que en cada situación establezca las hipótesis fácticas del caso particular. Por ello la Corte ha sido cuidadosa en precisar, que si bien es posible la existencia de una forma típica determinable, es imprescindible que la legislación o el mismo ordenamiento jurídico, establezcan criterios objetivos que permitan razonablemente concretar la hipótesis normativa, como ha sido reiterado con insistencia³⁰ es decir es admisible la remisión normativa para establecer el cuerpo normativo de la conducta prohibida, pero para que ella sea constitucional la disposición debe ser de tal claridad que no dé lugar a ambigüedades o indeterminaciones³¹.

Es decir la relevancia del principio de legalidad no puede entonces ser soslayada; pues la misma ostenta una doble condición, en primer término es el principio rector tanto del ejercicio del poder como del derecho sancionador relacionando dos aspectos básicos y fundamentales por un lado el Estado de derecho y por otro el principio de división de poderes y en segundo término la relación entre el individuo y el Estado.

Es decir no puede admitirse dentro del estado Colombiano flexibilización alguna de los principios de tipicidad y de legalidad pues nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto imputado; lo anterior es la posición central en la configuración del Estado de derecho como principio rector del ejercicio del poder y como principio rector del uso de las facultades tanto para legislar es decir definir lo permitido y lo prohibido, como para establecer las sanciones y las condiciones de su imposición, por lo cual el sistema amplio de

³⁰ Sentencia Corte Constitucional, C-406 de 2004; MP. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ

³¹ Sentencia Corte Constitucional, C-710 de 2001; MP. JAIME CORDOVA TRIVIÑO.

incriminación disciplinaria denominado numerus apertus contraria las disposiciones de nuestra Carta Política de 1991.

Pese a que nuestra Corte Constitucional considera que el principio de legalidad opera con menor rigor en el campo del derecho disciplinario que en materia penal y que a pesar de estar sujeto a las garantías propias de debido proceso, tiene matices en su aplicación; no puede conllevarnos a tener dentro del derecho disciplinario conceptos jurídicos indeterminados, pues la determinación de conductas es exigible hasta donde lo permite la naturaleza de las cosas. Es decir dentro de la ley disciplinaria deben estar presentes las disposiciones con unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar con precisión y claridad la conducta a sancionar³².

La aplicación de numerus apertus es un sistema de incriminación muy amplio, es decir no puede ser concretado en forma razonable máxime cuando este margen de valoración puede conllevar a violación del derecho de defensa puesto que las técnicas de defensa en el dolo y la culpa son totalmente diferentes; entonces dichos conceptos desconocen los principios de legalidad y tipicidad, pues la definición del comportamiento prohibido queda abandonado a la discrecionalidad del operador disciplinario que valora y sanciona libremente la conducta sin referentes normativos precisos.

Por lo tanto la teoría de numerus apertus en nuestro parecer vulnera no solo nuestra Constitución Política de 1991, sino que también esta teoría no consulta el

³² Sentencia Corte Constitucional C- 710 de 2001; MP. JAIME CORDOBA TRIVIÑO y Sentencia Corte Constitucional, C- -507 de 2006; MP. ALVARO TAFUR GALVIS.

desarrollo universal sobre la misma, ni mucho menos se muestra acorde con nuestro Estado Social de Derecho apuntando más bien a la arbitrariedad administrativa y en desmedro de los derechos de los investigados; ya que el establecer el carácter culposos o doloso de una falta es solamente competencia del legislador³³.

En nuestra consideración no es posible flexibilizar los principios de tipicidad y legalidad por cuanto ellos son pilares de nuestro Estado Social de Derecho y pretender hacerlo solo nos demuestra que su aplicación no es de recibo bajo el amparo de nuestra constitución. Por lo cual pese a que la Corte Constitucional ha admitido su aplicación no podemos dejar que su aplicación minimice el concepto del debido proceso que es la máxima expresión del derecho de defensa.

CONCLUSIONES

1. El principal límite al ejercicio de la potestad del Estado es el principio de legalidad, en virtud del cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la

³³ JAIME MEJÍA OSSMAN, La Teoría de Numerus Apertus y las Relaciones Especiales de Sujeción en un Estado Social de Derecho, Conferencia Especialización Derecho Sancionatorio, Enero 25 de 2010, pág. 1 *"Por lo tanto, la teoría de numerus apertus, que según nuestra Corte Constitucional, consiste en la transformación expost que hace "el operador jurídico" de una conducta disciplinaria descrita por el legislador como dolosa en una conducta culposa, en nuestro parecer no consulta el desarrollo universal que sobre la teoría se trazo en los diferentes estados que la utilizaron, ni mucho menos se muestra acorde con la escala axiológica trazada por nuestra constitución de 1991, ya que con su aplicación soportada en las Relaciones Especial de Sujeción se trasgrede el principio de legalidad que exige la aplicación de la ley preexistente al momento de la realización de la conducta, lo que indudablemente apunta contra la arbitrariedad administrativa"*

autoridad administrativa; este principio implica también que la sanción debe estar predeterminada, ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta, pues las normas que consagran las faltas deben estatuir también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables por lo cual las sanciones deben entonces estar fundamentadas en la ley y no puede transferirse al Gobierno o a otra autoridad administrativa esta facultad que es propia del legislador.

2. La culpa en derecho disciplinario constituye un problema del tipo y para abordarlo se debe tener en cuenta tanto el principio constitucional de culpabilidad, como el principio de legalidad ya que los servidores públicos y particulares con funciones públicas no sólo deben poder saber qué es lo que está prohibido "*nullum crimen sine lege*", sino también qué no puede prohibirse "*nullum crimen sine culpa*", puesto que ambas posibilidades de conocimiento permiten determinar cuál es el ámbito efectivo de libertad en la que se puede actuar y por lo tanto se convierte en la garantía de la libertad individual, que garantiza al servidor público la seguridad jurídica de los destinatarios de la ley disciplinaria aislándolos de los juicios de valor subjetivo de los sujetos disciplinantes.

3. El sistema de *numerus apertus* pese a haber sido validado por la Corte Constitucional pone entredicho el principio de legalidad de la sanción puesto que se trasfiere mediante delegación ilegítima la facultad exclusiva del legislador dejando al arbitrio de la administración dicha función, pues ese amplio margen de incriminación vulnera la seguridad jurídica y el derecho de

defensa del investigado, en cuanto no es posible que el operador sea quien defina que faltas admiten la modalidad culposa y cuáles no, lo que evidentemente se aísla de los mandatos constitucionales establecidos.

4. La divergencia entre el concepto de sanción y culpa atenta contra la garantías constitucionales del debido proceso, dejando de lado los principios propios de los derechos sancionatorios pues la aplicación de *numerus apertus* vulnera las garantías procesales del investigado por cuanto el operador disciplinario al contar con amplio margen incriminación puede convertir conductas que en principio se hayan catalogado como dolosas en culposas, lo que es una inminente violación al derecho de defensa, pues la posibilidad de transformar las faltas gravísimas dolosas en faltas gravísimas culposas, originando faltas graves lesiona gravemente los principios de tipicidad y legalidad, pues esa transformación es posterior a la realización de la conducta, lo que induce a crear un nuevo tipo disciplinario que no existía con anterioridad a la realización del comportamiento.

5. El operador disciplinario al tener la autorización de la Corte Constitucional para establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de “la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición”, se convierte en un dispensador de justicia arbitrario por autorización expresa del máximo ente rector dejando de lado los principios de un Estado Democrático y Social de Derecho, que precisamente no permite que de manera posterior a la realización de la falta disciplinaria se creen tipos disciplinarios a gusto y capricho del sancionador.

6. El principio de legalidad manifiesta que la infracción y la sanción no solo tienen que estar previstas con anterioridad al momento de producirse la conducta enjuiciable, sino que han de estar previstas con un grado de precisión tal que priven al operador jurídico de cualquier veleidad creativa analógica o simplemente desviadora de la letra de la ley. Es por eso que la aplicación del sistema de incriminación adoptado por el derecho disciplinario Colombiano contraría los principios de Tipicidad y Legalidad, pues no puede la jurisprudencia flexibilizarlos por cuanto se estaría en contra de la naturaleza de los mismos.

7. El derecho de defensa solo puede garantizarse si la persona investigada sabe de manera correcta e inequívoca que es lo que prohíbe la ley para poder regular su conducta y asumir la calidad de destinatario de la misma y no puede dejarse al arbitrio de la administración el definir si es de tipo doloso o culposo, ni mucho menos que se pueda por esa misma discrecionalidad cambiar la modalidad de culpa de la conducta, puesto que ello generaría violación al derecho de defensa.

BIBLIOGRAFIA

- VILLEGAS GARZON OSCAR, "*Derecho Disciplinario Colombiano*"; <http://www.mailxmail.com>, <<http://www.mailxmail.com/curso-derecho-disciplinario-colombiano-3/tipicidad-ley-blanco>>; 20 de Abril de 2010.

- "*Alcance de la Tipicidad en Derecho Disciplinario*"; <http://Juridicaaldia.com>; <http://www.popayanaldia.com/juridicaaldia/?opcion=ampliar_noticia&contro

L_visitas=si&origen=18&idn=36&fechaindex=2007-03-28%255C%255C%255C%255C>, 25 de mayo de 2010.

- ISAZA SERRANO CARLOS MARIO, *Teoría General del Derecho Disciplinario*; Editorial TEMIS S.A, Bogotá D.C., 2009; Segunda Edición.
- MEJIA OSSMAN JAIME, *Principios Constitucionales y Legales de la Actuación Disciplinaria para las Fuerzas Militares*, Editorial TEMIS.
- Corte Constitucional; Sentencia C-427 de 1994; M.P. Dr. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia Corte Constitucional C- 124 de 2003; MP. JAIME ARAUJO RENTERIA.
- Corte Constitucional; Sentencia C- 853 de 2005; MP. JAIME CORDOBA TRIVIÑO
- Corte Constitucional; sentencia T- 1102/2005; MP. Jaime Araujo Renteria
- Corte Constitucional; sentencia C- 252 de 2003; M.P Jaime Córdoba Triviño
- Consejo de Estado; sentencia Rad. N° 25000-23-25-000-2001-08325-01; MP. Ana Margarita Olaya Forero
- Corte Constitucional; sentencia C-427 de 1994; M.P. Dr. Fabio Morón Díaz
- Corte Constitucional sentencia C- 115 de 2002; MP. MARCO GERARDO MONROY CABRA

- MEJIA OSSMAN JAIME, Conferencia Especialización en Derecho Sancionatorio; *"Teoría de los Numerus Apertus y las relaciones Especiales de Sujeción en un Estado Social de Derecho"*
- Corte Constitucional; sentencia C- 507 de 2006 MP. JAIME ARAUJO RENTERIA
- Corte Constitucional; sentencia C-543 de 1996; MP. CARLOS GAVIRIA DIAZ
- Corte Constitucional, Sentencia C-1549 de 2000; MP. Dra. MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
- Corte Constitucional; sentencia C-530 de 2003; MP. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT
- Corte Constitucional; sentencia C-739 de 2000; MP. Dr. FABIO MORON DIAZ
- Corte Constitucional, Sentencia C-406 de 2004; MP. CLARA INES VARGAS HERNANDEZ
- Corte Constitucional, Sentencia C-710 de 2001; MP. JAIME CORDOVA TRIVIÑO.
- Corte Constitucional; sentencia C-404 de 2001; MP. Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA
- Corte Constitucional, Sentencia C- -507 de 2006; MP. ALVARO TAFUR GALVIS

- Corte Constitucional; sentencia C-843/99; MP. Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
- MEJÍA OSSMAN JAIME, La Teoría de Numerus Apertus y las Relaciones Especiales de Sujeción en un Estado Social de Derecho, Conferencia Especialización Derecho Sancionatorio, Enero 25 de 2010
- Corte Constitucional; Sentencia C- 853 de 2005; MP. JAIME CORDOBA TRIVIÑO
- Constitución Política de Colombia 1991, Art. 1, Art. 2, Art. 29.
- Ley 734 de 2002.