

**PRÁCTICAS EN LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS QUE GENERAN
IRREGULARIDADES SUSTANCIALES Y DESCONOCIMIENTO DE LOS
PRINCIPIOS RECTORES**

NAYIVE ADRIANA VARGAS PRECIADO

3500664

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE POSGRADO
BOGOTÁ, D.C.
MAYO 29 DE 2012**

**PRÁCTICAS EN LOS PROCESOS DISCIPLINARIOS QUE GENERAN
IRREGULARIDADES SUSTANCIALES Y DESCONOCIMIENTO DE LOS
PRINCIPIOS RECTORES**

NAYIVE ADRIANA VARGAS PRECIADO

**TRABAJO DE GRADO, PARA OPTAR EL TITULO DE ESPECIALISTA EN
DERECHO ADMINISTRATIVO**

**DIRECTOR TEMÁTICO
DOCTOR JAIRO SANDOVAL**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DIRECCIÓN DE POSGRADO
BOGOTA, D.C.
MAYO 29 DE 2012**

NOTA DE ACEPTACION

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

Bogotá, 29 de mayo de 2012

“Agradezco a Dios por la luz para prepararme, la esperanza que me mueve y el amor que me da felicidad, para poder cumplir la misión que me encomendó.

A mis padres, EDGAR VARGAS Y OLGA PRECIADO, por su amor, comprensión y paciencia.

A mis hermanos, por sus ánimos y apoyo.

A mis sobrinos, mi razón de superación.

A mi amiga Gina mora, por su lealtad.

A mis amigos, por sus sueños y

A mi novio, por su adorable compañía en mi afán por alcanzar mi sueño.”

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Militar Nueva Granada, por su receptividad y apoyo a la investigación científica desde el Concepto de balance social, factor que nos permite una Verdadera formación integral con capacidad para formular propuestas de innovación empresarial.

Al doctor Jairo Sandoval “Maestro Emprendedor” quien nos orientó con sus mejores aportes académicos, su dedicación, amor y valentía, logrando despertar motivación de trabajo y de transformación humana.

A la doctora Jinyola Blanco, por su generosa colaboración en la estrategia metodológica pertinente para la recolección y manejo de información.

A los compañeros, quienes nos ayudaron a desarrollar la amistad y la empatía necesarias para trabajar en equipo y lograr construir una propuesta de reflexión ética, válida para la sociedad colombiana.

CONTENIDO

GLOSARIO	/
RESUMEN	//
INTRODUCCIÓN	///
1. PRINCIPIOS RECTORES EN LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA	1
1.1. EL CONCEPTO DE PRINCIPIO RECTOR EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA.	1
1.2. LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO DISCIPLINARIO	3
1.3. PRINCIPIOS RECTORES QUE RIGEN LA ACTIVIDAD DISCIPLINARIA EN EL DERECHO COLOMBIANO	5
2. PRACTICAS PROCESALES QUE VULNERAN LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA	7
2.1. VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD	7
2.2. DEFENSA Y CONTRADICCIÓN	11
3.	
3.1. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA	16
3.2. CULPABILIDAD	19
3.3.	21
3.4. ILICITUD SUSTANCIAL	
3.5. DEBIDO PROCESO	24
3.6. PUBLICIDAD	27
CONCLUSIONES	
BIBLIOGRAFIA	

GLOSARIO

DERECHO DISCIPLINARIO: Potestad con la que cuenta el Estado para encauzar la actuación de sus agentes hacia la consecución de los fines que constitucionalmente le han sido endilgados.

LEGALIDAD: Principio según el cual nadie puede ser investigado ni juzgado sino conforme a leyes preexistentes al momento de su conducta.

DEFENSA: Garantía que permite controvertir y allegar pruebas dentro de una actuación procesal, así como impugnar las decisiones emitidas en contra.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA: Principio según el cual, toda persona se presume inocente mientras no haya sido encontrado culpable en juicio.

CULPABILIDAD: Garantía que exige que el comportamiento se cometa a título de dolo o culpa para ser objeto de reproche disciplinario.

ILICITUD SUSTANCIAL: Principio que establece, para que la falta sea antijurídica, debe afectar el deber funcional sin justificación alguna.

DEBIDO PROCESO: Garantía constitucional que exige un juicio realizado conforme a las formas propias previstas previamente en la ley, por parte del funcionario competente.

PUBLICIDAD: Principio que exige dar a conocer a los interesados las decisiones administrativas en la forma prevista en la ley, a fin de lograr fuerza ejecutoria de la decisión.

RESUMEN

El ejercicio de la potestad disciplinaria no puede efectuarse de cualquier modo sino que debe sujetarse al marco legal propio del Estado de Derecho, al cumplimiento estricto de los parámetros constitucionales y legales que buscan finalmente lograr consenso entre el interés general que puede tener la comunidad frente a un resultado investigativo y la protección a la dignidad que como ser humano le atañe al investigado.

La ambigüedad en la formulación de cargos, tanto en la conducta que se reprocha como en la imputación jurídica, aunado a la ausencia de comunicación de la práctica de pruebas así como de su traslado o del resultado de la prueba pericial, entre otras, constituyen prácticas que al desconocer los principios constitucionales y legales generan irregularidades sustanciales que conducen a que a través de la nulidad, la actuación disciplinaria pierda su eficacia.

Esta investigación se fundamenta en los principios rectores de la actuación disciplinaria, la dignidad humana como soporte del derecho disciplinario y el ejercicio de las prácticas procesales, en el marco del derecho sancionador, y en especial, bajo las rigurosas garantías establecidas por el constituyente del 91.

INTRODUCCIÓN

El Estado, como garante del interés general requiere medidas de autocontrol para prevenir y corregir las conductas de sus agentes cuando éstas se apartan de los fines constitucionales a fin de encausar a los posibles responsables, siendo una de estas herramientas el ejercicio de la potestad disciplinaria.

El citado poder encuentra fundamento en la subordinación emanada del vínculo laboral del funcionario y la administración, denominada doctrinariamente como relaciones especiales de sujeción, de las cuales se desprende la obligación de cumplir los deberes o de abstenerse de incurrir en prohibiciones dentro del ejercicio de la función pública y por tanto abriga a la totalidad de los funcionarios que deben ofrecer su servicio al Estado y a la comunidad, como lo ordena el artículo 123 superior.

Pero su ejercicio no puede efectuarse de cualquier modo sino que debe sujetarse al marco legal propio del Estado de Derecho, siendo el punto de partida el artículo 124 de la Carta Política que ordena al legislador establecer la forma de hacer efectiva la responsabilidad atribuible a los servidores públicos:

[...] El artículo 124 de la Carta Política produjo un giro diametral en materia sustancial y procesal disciplinaria, habida cuenta que introdujo, como demanda constitucional, la aplicación del principio de legalidad en Derecho Disciplinario.

Significa lo anterior que la ley debe determinar la forma y modo de ejercer la acción disciplinaria, a través del diseño de los ritos procesales por medio de los cuales se cumpla con los postulados del debido proceso constitucional, entendido como el cúmulo de fórmulas adjetivas que

materialicen la oportunidad real de defensa –postulación e impugnación -, la definición de los actos procesales enmarcados en un ámbito de canalización formal-institucional vertido en respuestas racionales-razonables, previsibles, controladas y previamente diseñadas por el Estado, bajo la regla de la búsqueda de la verdad material obtenida por medio de pruebas producidas y administradas dentro de tal marco en sincronía con la sana crítica [...]¹.

Por lo anterior, se hace necesario someter el ejercicio de la actividad disciplinaria al cumplimiento estricto de los parámetros constitucionales y legales que buscan finalmente lograr consenso entre el interés general que puede tener la comunidad frente a un resultado investigativo y la protección a la dignidad que como ser humano, para lo cual se debe establecer en qué consisten esos parámetros denominados dentro de la ley disciplinaria como principios rectores, cómo se aplican y que conductas de los operadores disciplinarios los vulneran, para que tales prácticas se proscriban definitivamente y evitar así la impunidad por las reiterativas nulidades dentro del desarrollo del proceso disciplinario.

En consecuencia, el presente estudio constará de dos partes, la primera, enfocada hacia la definición e importancia de los principios rectores que rigen el ejercicio de la potestad disciplinaria y la segunda, orientada a identificar prácticas que vulneran la aplicación efectiva de los principios materia de estudio y concluir finalmente las consecuencias de su desconocimiento para el ejercicio de una actuación pública de carácter disciplinario acorde a los postulados constitucionales y legales propios de un Estado Social de Derecho.

¹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Novedades jurídicas. Vacíos en la regulación de actuaciones procesales y probatorias en la Ley 734 de 2002. Respuestas. En <http://www.icdd.org.co>.

1. PRINCIPIOS RECTORES EN LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA

1.1 EL CONCEPTO DE PRINCIPIO RECTOR EN EL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

La potestad disciplinaria debe entenderse como la facultad para corregir las fallas o deficiencias, provenientes de la actividad de los servidores públicos para proteger a la comunidad de eventuales irregularidades en el cumplimiento de sus deberes o que lo hagan negligentemente y en contravía del concepto de servicio público.

Hace parte de las denominadas potestades públicas, por medio de las cuales la administración se reviste de poderes jurídicos que a la vez se constituyen en medios que le permite al Estado alcanzar las finalidades consagradas constitucionalmente y su característica esencial es el poder de coerción².

Es una modalidad del derecho sancionador y como tal debe estar orientada hacia la consecución de los principios del Estado Social y Democrático de Derecho previstos en el artículo 1º de la Constitución, ya que por ser el Estado máximo garante del respeto a las garantías individuales debe expedir a través del poder legislativo un conjunto de normas sustanciales y procesales para asegurar la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético así como la moralidad y la eficiencia en cada actuación realizada por los servidores públicos para así

² MEJIA OSSMAN, Jaime. Principios constitucionales y legales de la actuación disciplinaria para las Fuerzas Militares. Comando General de las Fuerzas Militares. Primera Edición, 2006, pp.445.

asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a cargo del ente estatal³.

Sin embargo, el ejercicio de esta modalidad del *ius puniendi* no se encuentra al arbitrio del nominador o respectivo superior, sino que se encuentra sometido a una serie de requisitos de carácter sustancial y adjetivo para que pueda hacerse efectivo y cumplir con la finalidad para el cual fue creado y que tienen como fundamento los denominados principios rectores.

Estos se derivan de los Principios Generales del Derecho, los cuales se caracterizan por ser el punto de partida de un sistema o esquema conceptual, siendo de carácter vinculante como referentes lógico valorativos e independientes por ser previos a las normas rectoras; además son prevalentes por cuanto priman sobre las normas y condicionantes acerca de la legitimidad material a las normas positivas dado su carácter primario, pues antes de ellos no hay normas positivas⁴.

Seguido a ellos se encuentran los principios rectores, los cuales han sido positivizados por el legislador, manteniendo su carácter prevalente como criterio de interpretación al otorgarles fuerza vinculante.

Es así como la ley disciplinaria, tanto general como especial, ha elevado en calidad de principios rectores aquellos que devienen no solo de los denominados principios generales del derecho sino del concepto de dignidad humana ligado al derecho fundamental del debido proceso.

³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-430 de 1997. MP. Antonio Barrera Carbonell.

⁴ RODRÍGUEZ PINZÓN, Julián Hernando. *Trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*. Bucaramanga, Julio 27 de 2007. En: <http://www.acj.org.co>

En este orden, el denominado Código Disciplinario Único que se aplica a todos los servidores públicos salvo militares y policiales –quienes por disposición constitucional ostentan un régimen especial propio-, ha contemplado un primer aparte dedicado a la definición de cada principio que en el sentir del legislador debe primar en el desarrollo de la actuación disciplinaria.

1.2 LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DEL DERECHO DISCIPLINARIO

La dignidad humana se define como la elevación de la persona hacia un fin para el Estado, que vincula y legitima a todos los poderes públicos, incluyendo al juez disciplinario que en su función interpretativa debe convertir este principio en un parámetro de aplicabilidad para todas las normas del ordenamiento jurídico⁵.

Este principio, ordena que a todos los investigados se les respete la dignidad humana y que sean tratados con toda consideración sin atropellar sus derechos, pues según el artículo 1° de la Constitución Política, Colombia es un estado social de derecho, y se fundamenta en el respeto de la dignidad humana, categoría que ostenta cierto origen divino ya que las Sagradas Escrituras indican que Dios creó al hombre a Su imagen y semejanza y como tal tiene el dominio de cuanto existe en la naturaleza y que genera un valor superior que se tiene que garantizar y proteger en cualquier sistema de justicia.

Posteriormente, alcanzará un sentido antropológico proveniente de las ideas liberales de la Revolución Francesa que se plasmarían en los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 521 de 1998. MP. Antonio Barrera Carbonell.

Para su reconocimiento eficaz, es necesario salvaguardar y desarrollar derechos y garantías inherentes a esa condición humana como la vida, la honra, la libertad, la igualdad, intimidad y el debido proceso, entre otros, tal y como lo ha enunciado la Corte Constitucional cuando adujo que: “[...] La constitución establece un marco de valores y principios materiales, que se estructuran como fundamento de un verdadero sistema axiológico. Este sistema se basa en la dignidad humana, como principio que indica que el hombre es un ser que tiende a su perfeccionamiento, al desarrollar plenamente lo que por naturaleza se le ha dado como bienes esenciales: la vida, la salud, el bienestar, la personalidad, entre otros [...]”⁶.

Además, el respeto a la dignidad humana ha sido positivizado en diferentes pactos y convenios internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Humanos en sus artículos 7, 10, 14 y 16, la Convención Americana de Derechos Humanos Pacto de San José, adoptada en nuestro orden interno mediante la Ley 16 de 1972 que aborda el tema en sus artículos 3, 5, 6, 8.2, 8.3 y 11, entre otros y que como tales hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad, es decir que hacen parte del orden jurídico interno con un rango supralegal según lo establece el artículo 93 constitucional, es decir, que prevalecen.

La Corte Constitucional ha señalado que:

[...] El derecho disciplinario comprende, por una parte, el poder disciplinario, es decir, la facultad que hace parte del poder sancionador del Estado, en virtud de la cual aquél está legitimado para tipificar las faltas disciplinarias por la infracción de los deberes funcionales en que pueden incurrir los servidores públicos y los particulares que cumplen funciones públicas y las sanciones correspondientes teniendo en cuenta la gravedad de la falta cometida. De otro lado, el derecho disciplinario, en sentido positivo, comprende el conjunto de normas a través de las cuales se ejerce el poder disciplinario mediante un procedimiento que conlleva el respeto por la

⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 123 de 1994. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

dignidad humana y por el debido proceso (legalidad, favorabilidad, ilicitud sustancial, culpabilidad, proporcionalidad, igualdad, debido proceso, presunción de inocencia, gratuidad, celeridad y ejecutoriedad y que culmina con una decisión que constituye cosa juzgada respecto de lo debatido en el proceso [...])⁷.

De tal manera que en el campo del Derecho Disciplinario, la dignidad humana adquiere importancia desde el punto de vista de derecho natural supra legal y exige, por lo tanto, que los operadores disciplinarios no lo tomen como una institución abstracta sino que debe materializarse en actuaciones concretas llevadas a la par con los otros principios rectores que se analizan en el presente escrito.

1.3 PRINCIPIOS RECTORES QUE RIGEN LA ACTIVIDAD DISCIPLINARIA EN EL DERECHO COLOMBIANO

La importancia de los principios rectores radica en su carácter prevalente dentro del ámbito hermenéutico que le compete al juez disciplinario para dirigir la actuación procesal⁸.

La ley disciplinaria general y especial, ha previsto un primer libro de carácter sustantivo en el cual el legislador ha dedicado un capítulo para definir los principios rectores que edifican el proceso disciplinario, entre los cuales se destacan la legalidad, la defensa, la contradicción, la presunción de inocencia, la culpabilidad, la ilicitud sustancial, el debido proceso y la publicidad.

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 666 de 2008. MP. Mauricio González Porto.

⁸ El artículo 21 de la Ley 734 de 2002 prevé que en la aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la referida ley y en la Constitución Política.

La Ley 734 de 2002 que comprende el Código Disciplinario Único, en su artículo 4, señala que el principio de legalidad se observa cuando al servidor público sólo se le investiga y sanciona disciplinariamente por comportamientos que estuviesen descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.

De acuerdo con la Corte Constitucional en sentencia C-028 de 2006, con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto: “[...] en Colombia el principio de legalidad ha sido entendido como una expresión de racionalización del ejercicio del poder, esto es, como el sometimiento de las actuaciones de quienes desempeñan funciones públicas a norma previa y expresa que las faculta. Dicho principio está formulado de manera expresa en la Carta Política [...]”⁹.

Ha sostenido además, que en concordancia con el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 29 de la Carta y en virtud del principio de legalidad, le corresponde al legislador determinar las conductas o comportamientos que atentan contra bienes jurídicos protegidos y que se desarrolla a través de la tipicidad, que exige concretar una definición clara, precisa y suficiente acerca de la conducta o del comportamiento ilícito, así como de las consecuencias jurídicas o sanciones, garantizando la libertad y seguridad individuales y la seguridad jurídica¹⁰.

Una de las expresiones del derecho de defensa es brindar al inculpado la posibilidad de ser escuchado en versión que debe ser libre y ojalá espontánea sobre su presunta responsabilidad en donde se le dé la posibilidad de reiterar su presunción de inocencia, el cual además debe asegurarse permanentemente y no restringirse solo a la etapa de la indagación preliminar.

⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 028 de 2006. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-769 de 1998. MP. Antonio Barrera Carbonell.

El principio de contradicción consiste en permitirle al investigado en la etapa instructiva conocer las pruebas allegadas en su contra y controvertirlas así obsequiarle la posibilidad de aportar pruebas que le permitan ejercer su defensa, teniendo su origen en el artículo 29 constitucional¹¹.

Por su parte, la presunción de inocencia exige que toda duda razonable se resuelva dentro del proceso a favor del investigado o presunto infractor, exigiendo para ello que no exista modo alguno de eliminarla, mientras que la culpabilidad se deriva del artículo 29 superior que exige la declaración judicial de culpabilidad, proscribiendo la responsabilidad objetiva ya que exige probar que la conducta fue cometida bien sea bajo modalidad culposa o a título de dolo.

Mientras tanto, la ilicitud sustancial exige que se demuestre dentro del proceso, además de la concreción del ilícito disciplinario y el descarte de las causales de justificación, la afectación de los principios previstos en el artículo 209 constitucional que rigen la función pública¹².

Una vez conocida la definición de los principios rectores de la actuación disciplinaria de mayor connotación para la evolución exitosa del proceso, se procederá a analizar las conductas que los desconocen que se originan desde el mismo inicio de la etapa de averiguación cuando al implicado no se le notifica personalmente el auto de apertura de indagación, en donde se ordena la práctica de unas pruebas que se encuentra en el derecho de controvertir.

¹¹ MEJIA OSSMAN, Jaime. Principios constitucionales y legales de la actuación disciplinaria para las Fuerzas Militares. Comando General de las Fuerzas Militares. Primera Edición, 2009, pág. 32.

¹² ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. JUSTICIA DISCIPLINARIA. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2009, pp.25.

También se estudiará la afectación del principio de legalidad cuando no se realiza la adecuación típica de forma clara precisa e inequívoca ya que como se observará, en materia disciplinaria se permite la aplicación de los tipos en blanco pero se hace necesario el respectivo complemento normativo, al tiempo que se examinará la minimización del concepto de ilicitud sustancial cuando la actividad investigativa se limita a descartar la ilicitud del comportamiento y la presencia de causales de exclusión de responsabilidad.

2. CONCEPTOS DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ACTUACIÓN DISCIPLINARIA Y PRACTICAS PROCESALES QUE LOS VULNERAN

2.1 CONCEPTO Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad se define como aquél según el cual [...] no podrá existir falta si no está descrita por el legislador, así mismo, no podrá existir falta si no está debidamente tipificada. De lo anterior se tiene un código eminentemente garantista [...]¹³.

El ejercicio del poder sancionador del Estado está sometido a fuertes y eficaces controles para lograr el respeto de las garantías individuales y la seguridad jurídica, contemplado además como derecho fundamental en la Constitución Política, así como en el artículo 8° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de los Derechos Humanos, la Ley 16 de 1972, artículo 8; Ley 12 de 1991, artículo 42; convenios I, II, III, y IV de Ginebra, y protocolos I y II adicionales, Ley 11 de 1992, tanto en los aspectos objetivos como en los subjetivos del injusto típico.

¹³ GALVIS URSPRUMG, Eduardo José. El proceso disciplinario en la Ley 200/95. Procuraduría General de la Nación. 1996, pp.87.

La falta disciplinaria se comprende como aquella descripción abstracta de comportamiento por parte de los servidores públicos¹⁴ que enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública¹⁵ y se encuentra definida en el Código Disciplinario Único como la conducta prevista en esa normatividad¹⁶, definición que busca armonizar con el régimen disciplinario general con el mandato constitucional, en relación con la preexistencia de faltas.

El artículo 4° de la Ley 734 de 2002 debe compaginarse con el contenido del artículo 56 *ibíd.*, en donde se establece que la falta disciplinaria se circunscribe a comportamientos señalados por el legislador en forma previa al momento de su

¹⁴ Debe tenerse en cuenta que el Congreso de la República de Colombia expidió la Ley 1474 de 2011, actual Estatuto Anticorrupción, que entró en vigencia el día 12 de julio de la anualidad inmediatamente anterior, la cual modificó la Ley 734 de 2002, así:

[...] El artículo 53 de la Ley 734 de 2002, quedará así:

El presente régimen se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y a quienes administren recursos públicos u oficiales.

Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.

Administran recursos públicos aquellos particulares que recaudan, custodian, liquidan o disponen el uso de rentas parafiscales, de rentas que hacen parte del presupuesto de las entidades públicas o que estas últimas han destinado para su utilización con fines específicos.

No serán disciplinables aquellos particulares que presten servicios públicos, salvo que en ejercicio de dichas actividades desempeñen funciones públicas, evento en el cual resultarán destinatarios de las normas disciplinarias.

Cuando se trate de personas jurídicas la responsabilidad disciplinaria será exigible del representante legal o de los miembros de la Junta Directiva [...].

¹⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004, pág. 35

¹⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 2002. Art. 23.

ocurrencia¹⁷, tal y como se desliga del contenido de la Sentencia C 948 de 2002, que a la letra dice:

[...] Al respecto la Corte recuerda que, como ya se señaló en esta misma providencia, el ejercicio del poder del Estado para sancionar las faltas disciplinarias que cometan sus servidores como mecanismo para prevenir conductas contrarias al cumplimiento recto del servicio público y leal de la función pública, debe estar revestido de todas las garantías de orden sustantivo y procesal, consagradas constitucional y legalmente. Así pues, los principios del debido proceso, legalidad, favorabilidad, presunción de inocencia, igualdad ante la ley, reconocimiento de la dignidad humana, resolución de la duda en favor del disciplinado, entre otros, se muestran como rectores del proceso disciplinario en general.

Así en este campo la garantía constitucional del 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 prohibidas, 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 estatal. Cuando ello no ocurre así, la norma en cuestión viola la Carta, bien sea porque no determine claramente la conducta reprochada, o porque no define claramente cuál es la sanción que debe imponerse o los criterios que claramente permiten su determinación [...] ¹⁸.

Si bien la legislación colombiana ha adoptado el sistema de tipos abiertos que exigen su complemento normativo, el principio de legalidad impide la creación de faltas disciplinarias en forma posterior a la realización de la conducta materia de reproche disciplinario, siendo una práctica vulneradora de este principio, la adecuación típica en la formulación de cargos, utilizando como norma de complemento aquella expedida con posterioridad a la fecha en que ocurrieron los hechos.

¹⁷ MEJÍA OSSMAN, Jaime. Régimen Disciplinario. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007, pp. 7-8.

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 948 de 2002. MP. Álvaro Tafur Galvis.

Para reconocidos tratadistas en materia disciplinaria como Jaime Mejía Ossman, el alcance emitido por la Corte Constitucional en su sentencia C155 emitida el día 5 de marzo de 2002 con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, desconoce el principio de legalidad cuando permite al operador jurídico determinar, al momento de valorar la conducta -y no en forma previa a su comisión-, si ésta adopta la modalidad dolosa o culposa:

[...] Teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración 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 que 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. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición [...] ¹⁹.

En este orden de ideas, salvaguardar el principio de legalidad como pilar del Estado de Derecho, se torna en una responsabilidad para el operador disciplinario a quien debe afanarle ante todo procurar la seguridad jurídica que ha sido una de las principales conquistas del derecho moderno.

4.2 CONCEPTO Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRINCIPIO DE DEFENSA Y CONTRADICCIÓN

¹⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 155 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

Dos de los principios que mayor vulnerabilidad presentan en el desarrollo de los procesos disciplinarios son precisamente los de defensa y contradicción, incluso desde el inicio de la actuación cuando se omite notificar personalmente el auto que ordena la apertura de indagación preliminar, pues se trata de la primera puerta que se le abre a la persona implicada para que pueda si quiera conocer cuál es la presunta irregularidad que se le está endilgando.

El principio ha sido definido por la doctrina indicando que:

[...] La defensa se manifiesta primariamente en el derecho al proceso como presupuesto de la pena, en el cual el perseguido pueda intervenir con amplitud suficiente para hacer valer sus intereses jurídicos emanados del principio de libertad [...]

La intervención se proyecta en una serie de derechos inalterables del imputado cuyo ejercicio debe permitirse en todas las etapas y momentos del proceso, cualquiera que fuere la estructura procesal de éste [...]²⁰.

La notificación personal del auto en mención, no es una obligación impuesta por el legislador, sino que se trata de un mecanismo que la Corte Constitucional consideró como idóneo para que la garantía de defensa sea aplicable materialmente:

[...] La simple comunicación del auto que inicia la investigación preliminar, cuando ésta tiene lugar, o de lo contrario del auto que inicia la investigación disciplinaria, en manera alguna garantiza al disciplinado la posibilidad de concurrir al trámite para solicitar pruebas, controvertir las aducidas, y en general ejercer su derecho de defensa en estos estadios procesales, toda vez que las normas del Código Disciplinario Único no señalan de manera precisa la forma en la cual deben realizarse las "simples comunicaciones", por lo cual no se asegura que sean efectivamente conocidas, ni que el

²⁰ VÉLEZ, Alfredo. Uniformidad Fundamental de la legislación Procesal Penal en América Latina. En: Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos. Bogotá: Ediciones Leyer, 2009, pp.57.

contenido de las decisiones que pretenden "comunicar" pueda ser controvertido. Tampoco dichas normas indican cuándo han de producirse dichas comunicaciones, ni a partir de qué fecha deben entenderse surtidas [...] ²¹.

El tratadista Jaime Mejía Ossman, ata la necesidad de comunicar con la aplicación del principio de publicidad que debe aplicarse a todas las actuaciones administrativas para lograr su efectividad:

[...] Recuérdese que esta decisión se **comunica** conforme lo ordena el artículo 97 (inciso 1º y numeral 1º) de la Ley 836 de julio 16 de 2003, que a la letra dice: Principio de publicidad. El investigado tendrá derecho a **conocer** las diligencias tanto en la indagación preliminar como en la **investigación disciplinaria** para controvertir las pruebas que se alleguen en su contra y solicitar la práctica de pruebas. ... En virtud de este principio: 1. **Las autoridades darán a conocer sus decisiones mediante las comunicaciones** o publicaciones que las normas vigentes establezcan [...] ²².

Aunado a ello se ha concebido la diligencia de versión libre como un medio probatorio y no como un medio de defensa en el cual el investigado expone sin presión alguna lo que a bien considere con relación a los supuestos que se le atribuyen y como derecho, puede hacer disposición de éste en cualquier momento de la actuación hasta antes del fallo de primera instancia, como lo indica el numeral tercero del artículo 92 del Código Disciplinario Único sin interesar si el término probatorio ha expirado.

²¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 555 de 2001. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

²² MEJÍA OSSMAN, Jaime. Práctica Forense Disciplinaria para las Fuerzas Militares de Colombia. Bogotá: Comando General Fuerzas Militares. Tomo I. 2009, pp.296.

Al tomar la versión libre como prueba y no como una manifestación del derecho de defensa material, se restringe su uso al investigado ya que en no pocas ocasiones lo condiciona al término previsto para la etapa probatoria y una vez vencido, automáticamente se extingue la oportunidad para su ejercicio.

Además, en la dinámica de la diligencia aún se conmina y se direcciona su desarrollo para buscar que el investigado responda de acuerdo con los intereses que persiga el operador, desdibujándose la calidad de “libre” y mucho menos de “espontánea”, lo cual puede conducir a una nulidad procesal por violación del derecho de defensa.

Peor aún, el silencio del investigado ante el interrogatorio que se le plantea en el desarrollo de la versión libre es asumido por el operador como una prueba en su contra cuando tal postura debe ser valorada como parte de la estrategia de defensa, máxime cuando es el Estado quien ostenta la carga probatoria. Existen pronunciamientos jurisprudenciales que indican que [...] entre los medios de defensa a que puede acudir el procesado, o el defensor en su nombre, está el de guardar silencio respecto de las circunstancias que rodearon el hecho motivo de investigación y su participación en él [...] ²³.

Otra conducta que afecta la aplicación de los principios tanto de defensa como de contradicción, es la ausencia de comunicación de la fecha y hora en que se van a practicar las pruebas, pues la mayoría de los operadores disciplinarios creen suplida la garantía constitucional con la sola notificación del auto de apertura de indagación preliminar pero omiten efectuar una programación y comunicarla a los sujetos procesales en forma previa a su realización lo cual dificulta en gran manera que tanto el implicado como su defensor puedan efectuar preguntas a los

²³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Casación, mayo 8 de 1984.

testigos, ampliar los puntos en el desarrollo de una visita especial, etc., situación que dada su connotación puede generar nulidad de cualquier decisión que se funde en pruebas obtenidas con desconocimiento de los principios que a la vez se tornan en derecho fundamental.

Otra de las falencias más recurrentes por parte de los operadores disciplinarios y que ostensiblemente atenta contra el derecho de defensa del investigado, se visualiza al configurar el auto de cargos, cuando se omite indicar en forma clara, inequívoca y precisa la conducta sobre la cual recae el reproche disciplinario y los ingredientes que la rodean. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho:

"[...] El auto de formulación de cargos es una providencia de trámite que sienta los cimientos sobre los cuales se edifica el proceso disciplinario destinado a establecer la responsabilidad disciplinaria del inculpado, de modo que el órgano titular del poder disciplinario fija en aquélla el objeto de su actuación y le señala al imputado, en forma concreta, cual es la falta disciplinaria que se le endilga a efecto de que pueda ejercer su derecho de defensa [...]"²⁴.

En el mismo sentido, el Comando General de las Fuerzas Militares indicó:

[...] Se debe precisar, y es lo importante, que si bien el cargo y la falta presuntamente violada son requisitos que se parecen no son los mismos. La ley 836 de 2003 habla del primero en el numeral 1 del artículo 184, y del segundo, en su numeral 6 [...].

[...] Por lo tanto la formulación de cargos no es la transcripción de la norma que se considera infringida, pues éstos apuntan a que el fallador de instancia le indique al investigado cuál es la acción que éste ejecutó con las circunstancias de tiempo, modo y lugar, señalándole que con

²⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 418 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

esa conducta desplegada transgrede un precepto legal, y por lo mismo, que con ese obrar desconoce un deber, un derecho, o infringe una prohibición. Dicho en otras palabras, el cargo corresponde a la descripción de lo sucedido, es un acontecer fáctico que esta precedido de un verbo que se subsume a la vez en una conducta [...]²⁵.

En el entendido que el pliego de cargos exige una redacción que no es discrecional de la autoridad disciplinaria, el incumplimiento del requisito descrito conlleva inevitablemente a la nulidad, no solo por desconocer el debido proceso, sino por menoscabar, además el derecho de defensa.

Otro comportamiento procesal atentatorio contra la defensa consiste en que, a pesar de los pronunciamientos jurisprudenciales, aún se omite el traslado de los sujetos procesales para alegar de conclusión previo a la emisión del fallo, no obstante que en sentencia C-107 de 2004, la Corte Constitucional estableció en 5 los días el término para surtir dicho traslado, de conformidad con el artículo 165 del Código de Procedimiento Penal; sin embargo, la Procuraduría General de la Nación, mediante Directiva 010 del 12 de mayo de 2010²⁶, señaló de conformidad con el lapso previsto en el Código Contencioso Administrativo, que el término de traslado para presentar alegados de conclusión en el proceso disciplinario sería de 10 días contados a partir de la ejecutoria de la notificación del auto que lo ordene, tiempo que fue previsto por el legislador en la Ley 1474 de 2011.

Igualmente, es de anotar que, con frecuencia, se aprecia en el desarrollo de los procesos disciplinarios el desconocimiento del derecho de contradicción cuando no se corre traslado al investigado y a su defensor, tanto del resultado de las

²⁵ COLOMBIA. Comando General de las Fuerzas Militares. Circular N° 201012301115217/CGFM.OADYA-13-2. 15 de diciembre de 2010.

²⁶ COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva 010. 12 de mayo de 2010.

pruebas periciales como de la prueba que se allega proveniente de otras investigaciones como la penal o la de responsabilidad fiscal, sin ofrecer a los sujetos procesales la oportunidad para solicitar su objeción, aclaración, ampliación o corrección.

Así mismo, se desconoce de forma abrupta el derecho de defensa, cuando se emiten decisiones de fondo, que afectan intereses jurídicos como lo es una sanción, sin que exista una motivación suficiente respecto de la decisión adoptada por quien ejerce la potestad disciplinaria.

Con ocasión a esta práctica, ha señalado la Corte Constitucional:

[...]La jurisprudencia constitucional, a partir de las sentencias T-949 de 2003 y C-590 de 2005, estableció la falta de motivación de las decisiones judiciales, entendiendo aquella como la ausencia de sustento argumentativo o la irrelevancia de las consideraciones aplicadas para dirimir la controversia, como un criterio específico autónomo de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. Ahora bien, la Corte ha sostenido que la comprobación de la ausencia de motivación de las decisiones judiciales está estrechamente ligada a la complejidad del asunto, las materias alegadas y los hechos del caso. De esa forma, mientras que en algunos casos unas breves consideraciones bastarán para dirimir el caso; en otros es indispensable que el juez argumente de manera exhaustiva la decisión que va a adoptar. En todo caso, siempre habrá de emitirse pronunciamiento sobre los asuntos entorno de los cuales gira la controversia y si es del caso, aducir la razón jurídica por la cual el fallador se abstendrá de tratar alguno de los puntos sometidos a su consideración [...]²⁷.

²⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 709 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

4.3. CONCEPTO Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Según la doctrina, la presunción de inocencia se define por cuanto los hombres son ordinariamente inocentes, luego entonces, la persona que está siendo objeto de una actuación procesal sancionatoria es probablemente inocente, pues conforme al principio de la carga de la prueba, lo ordinario se presume y lo extraordinario se prueba²⁸.

En oportunidades, al investigado se le trata como responsable de la conducta que se le endilga desde el comienzo de la actuación que se hace evidente en manifestaciones de los operadores ante los medios de comunicación o en la formulación del interrogatorio en la versión libre, cuando se le interroga afirmando su responsabilidad, verbi gracia, cuando se le pregunta “por favor explique las razones que lo motivó para actuar en la forma ya establecida”, pues tal y como lo ha señalado la Corte, [...] quien adelante la actuación disciplinaria deberá conforme las reglas del debido proceso, demostrar que la conducta de que se acusa a una persona (i) es una conducta establecida como disciplinable; (ii) que la ocurrencia de dicha conducta se encuentra efectivamente probada y (iii) que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo [...]²⁹.

Otra manifestación procesal que lesiona el principio de presunción de inocencia es cuando se eleva formulación de cargos estableciéndose como certera tanto la imputación como la responsabilidad del investigado. Al respecto la Corte Constitucional ha sido reiterativa en afirmar:

²⁸ FRAMARINO DEI MATATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. En: Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos. Bogotá: Ediciones Leyer, 2009, pp.42.

²⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 969 de 2009. MP. María Victoria Calle Correa.

[...] La sentencia C-1076 de 2002 sentó una doctrina constitucional que es pertinente para la resolución del presente asunto, en tanto señala tres características básicas del pliego de cargos formulado dentro de un proceso disciplinario: (i) es una calificación de naturaleza provisional de la falta cometida, que se adopta en el curso de un proceso cuya finalidad es llegar a la determinación de lo que realmente ocurrió; (ii) es de la esencia del proceso disciplinario que el operador disciplinario llamado a adoptar la decisión final pueda variar, sobre la base de las pruebas recaudadas en el proceso, la calificación inicialmente efectuada; y (iii) el carácter provisional de la calificación de la falta hecha en el pliego de cargos resulta necesario para preservar la presunción de inocencia que ampara a los investigados, presunción que únicamente habrá de desvirtuarse mediante el fallo disciplinario en firme [...]³⁰.

Dentro de los aspectos en los que coexisten diferencias entre el régimen sancionatorio penal y el disciplinario, se encuentra el relacionado con la presunción de inocencia, pues si bien impera en ambos regímenes, en materia disciplinaria implica que quien adelante la actuación disciplinaria se obliga a demostrar que la conducta de que se acusa a una persona se encuentra tipificada como falta disciplinaria; ha ocurrido efectivamente según acreditación obrante en el proceso y que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria; de ahí, que sólo cuando estos tres elementos se reúnen realmente se desvirtúa la reconocida presunción.

Según la Corte Constitucional:

[...] Puede implicar grados diferenciales de aplicación, según el bien jurídico que se pretende proteger con la falta dispuesta por el Derecho sancionador, el sujeto pasivo de la conducta punible y la sanción a que da lugar la responsabilidad establecida. Esto es así, observó la sentencia T-

³⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 1093 de 2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

969 de 2009, "porque ningún principio es absoluto, de modo que su aplicación en un caso concreto admite la ponderación de los elementos que componen el ámbito de su aplicación". De tal suerte, resulta de nuevo predicable el supuesto según el cual el principio de presunción de inocencia no opera con el mismo rigor en materia disciplinaria que en penal, "pues los bienes tutelados por el primero, son de mayor relevancia social que los del segundo y por consiguiente la sanción y los derechos afectados por ella, son también de mayor importancia, imponiendo sobre el citado principio una mayor exigencia en su aplicación concreta [...]".³¹

Los anteriores planteamientos indican que la presunción de inocencia se desvanece no solo hasta el instante en que se adopta una decisión final sino hasta cuando aquella queda en firme, por lo tanto, imputar previamente bajo un carácter certero su responsabilidad en cualquier etapa del proceso, conlleva al desconocimiento de la citada presunción que a la vez desconoce la condición de dignidad humana que como ya se ha dicho, fundamenta el orden constitucional del Estado colombiano.

4.4. CONCEPTO Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El principio de culpabilidad exige que para imponer una sanción disciplinaria, la conducta investigada deba ser cometida a título de dolo o culpa; en el sentir de la doctrina: [...] Ciertamente, la proscripción de la responsabilidad objetiva que acoge el régimen jurídico colombiano impone la restricción de sancionar la conducta por el solo hecho de la ocurrencia de un resultado y exige, en cambio,

³¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 763 de 2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

verificar la finalidad dolosa o culposa en la ejecución de la acción que se investiga [...] ³²

Una de las principales dificultades que se presenta frente a la aplicación adecuada de este principio lo ha constituido la facultad con la que cuenta el funcionario que ejerce la atribución disciplinaria para determinar al momento de evaluar un resultado investigativo, si la conducta endilgada al investigado se cometió a título de dolo o culpa.

En 2002, el entonces jefe del Ministerio Público, cuando intervino frente a la demanda de inconstitucionalidad planteada contra el artículo 14 de la Ley 200 de 1995 referente al principio de culpabilidad, señaló que al regular el principio de culpabilidad en materia disciplinaria en tal sentido se desarrolló el debido proceso, considerando que no era necesario que el legislador determinara frente a cada conducta constitutiva de falta disciplinaria si ella es sancionable a Título de dolo o culpa, pues tal asunto que le compete determinar al funcionario competente en cada caso concreto ³³.

Sin embargo, el aspecto más preocupante aún, es que en no pocas oportunidades quienes fungen como jueces disciplinarios no determinan esa modalidad dolosa o culposa del comportamiento del investigado con base en el acervo probatorio recaudado, sin el respectivo análisis al respecto, sino que la culpabilidad se atribuye mediante presunción, adoptando una postura peligrosista y obedeciendo a una responsabilidad de autor y no de acto ³⁴.

³² MARMOLEJO ESPITIA, Oscar Humberto. Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos. Bogotá: Ediciones Leyer, 2009, pp.44.

³³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 155 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

³⁴ MEJÍA OSSMAN, Jaime. Régimen Disciplinario. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007, pp.27-28.

Se determina que la conducta es dolosa o culposa, sin analizar con base en las pruebas los elementos determinantes que exige cada una de estas modalidades, pues se presume el conocimiento y la voluntad en el caso del dolo, o la falta del deber mínimo de cuidado en el ejercicio de la función pública – en el evento de la imputación culposa-, teniendo en cuenta únicamente la calidad de servidor público que ostentaba la persona investigada.

Lo anterior conlleva a afectar sustancialmente el principio de culpabilidad ya que constitucionalmente se ha proscrito la responsabilidad objetiva y la responsabilidad de autor, lo que obliga a que la culpa se determine frente al comportamiento que ha sido objeto de reproche disciplinario y no frente a la persona a la cual se le atribuye su consumación.

4.5. CONCEPTO Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRINCIPIO DE ILICITUD SUSTANCIAL

Es necesario, al momento de conjugar la infracción disciplinaria, además de describir con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público, verificar que el comportamiento se ajuste al principio de antijuridicidad material o lesividad, reconocido como Ilícitud sustancial.

No son pocas las decisiones disciplinarias proferidas por diferentes autoridades públicas han sido materia de reproche ante la jurisdicción contenciosa y constitucional al ser sometidas al respectivo control judicial, arguyendo que tales decisiones han sido sustentadas en la aplicación de la responsabilidad objetiva, por no demostrarse la sustancialidad de la ilicitud del comportamiento.

Ante la comunión estructural entre tipicidad y antijuridicidad que rodea el concepto de falta disciplinaria, para los jueces disciplinarios bastaba la verificación de la adecuación de la conducta a la falta descrita como tal en la ley, limitándose a descartar causales excluyentes de responsabilidad, sin estudiar hasta donde el ilícito revestía un carácter sustancial.

Estas circunstancias obligan al operador, para atribuir responsabilidad disciplinaria a un servidor público por faltas disciplinarias, será necesario además de la imputación ya analizada en este estudio establecer la ausencia de causales de exclusión de responsabilidad y los principios de la función pública se vieron afectados con tal proceder, tal y como lo ha sostenido el Ministerio Público en la obra de la referencia, cuando define la ilicitud sustancial como [...] la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública [...] ³⁵, pues de lo contrario, se daría aplicación a una responsabilidad de carácter objetivo, proscrita por la Constitución colombiana actual.

Otro aspecto que demanda estudio, se relaciona con la investigación de conductas que no tienen relación alguna con el deber funcional, respecto de las cuales, la jurisprudencia sostiene:

[...] De manera específica, en relación con el uso de conceptos indeterminados en normas que tipifiquen actos que se someten a sanciones disciplinarias, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las normas del derecho disciplinario entran frecuentemente en conflicto con derechos fundamentales como la intimidad y la autonomía personal, colisiones que deben ser resueltas a través de la ponderación de los bienes jurídicos en conflicto. En este sentido, resultan inconstitucionales aquellas normas que tipifican como faltas disciplinarias, conductas que no tengan relación con el desempeño de la función pública o no correspondan a ninguno de los deberes de los servidores públicos. De esta forma, aunque se admite la validez constitucional de tipos abiertos en las conductas constitutivas de

³⁵ ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. JUSTICIA DISCIPLINARIA. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2009.

faltas disciplinarias, ante la imposibilidad de contar con un catálogo de conductas donde se subsuman todas aquellas que se alejen de los propósitos de la función pública y por ende resulten sancionables, esto no significa que en la tipificación de tales faltas se pueda utilizar expresiones ambiguas, vagas e indeterminadas que quebranten el principio de legalidad y tipicidad consagrado en el artículo 29 de la Constitución, fundamental en el derecho sancionatorio. La Corte recordó que en materia disciplinaria, la ley debe orientarse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, pues las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones [...] ³⁶.

Respecto al anterior problema, excepcionalmente la ley disciplinaria recoge como falta en el artículo 35, numeral 11, de la Ley 734 de 2002 "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único", la prohibición a todo servidor público de incumplir de manera reiterada e injustificada obligaciones civiles, laborales, comerciales o de familia impuestas en decisiones judiciales o administrativas o admitidas en diligencia de conciliación.

No obstante carecer de relación directa con el deber funcional, se ha aceptado en nuestro ordenamiento reprochar disciplinariamente a los servidores públicos por tal concepto, en razón a que:

[...] El fin de la norma bajo examen es el de garantizar que los servidores públicos respondan al modelo del ciudadano cumplidor de sus obligaciones legales y que no lesionen la imagen pública del Estado. Detrás de este objetivo pueden encontrarse varias razones: por un lado, que los funcionarios son la representación más visible del Estado y se espera que sus actuaciones concuerden con las visiones que se proponen acerca de la colectividad política y del papel de cada uno de los asociados dentro de ella; por otro lado, que los servidores públicos son los encargados de

³⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 467 de 2009. MP. Mauricio González Cuervo.

realizar las actividades estatales en beneficio de los ciudadanos y que, en consecuencia, deben brindar con su vida personal garantía de que en el desarrollo de sus labores responderán a los intereses generales de la comunidad; de otra parte, que, en la medida de lo posible, los servidores públicos estén liberados de los inconvenientes y los trastornos que generan las continuas reyertas y desavenencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones privadas, de manera que puedan dedicarse de lleno a sus labores y que no involucren a las entidades estatales en esos conflictos; y, finalmente, que los funcionarios no se amparen en su calidad de servidores del Estado para cometer desafueros, bajo el entendido de que su condición infunde temor en los afectados por sus decisiones [...]³⁷.

Entiende entonces la Corte, que es necesario que el comportamiento del servidor público no se vea enlodado ante la comunidad cuando, en atención a su calidad de agente estatal, le es posible adquirir obligaciones de carácter pecuniario y omite efectuar los pagos a que haya lugar, ya que los cobros persuasivos y coactivos empañan no solo la buena imagen que ante la sociedad de plasmar la administración pública, sino también el cumplimiento de los deberes funcionales ajustados a los parámetros de eficacia y eficiencia.

4.6 CONCEPTO Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRINCIPIO DE DEBIDO PROCESO

Una de las principales conductas que afecta el debido proceso es el manejo adecuado de los términos que ha fijado el legislador para evacuar cada una de sus etapas; al respecto, señala el artículo 29 de la Carta Política, aplicable a

³⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 728 de 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

actuaciones tanto judiciales como administrativas, que [...] quien sea sindicado tiene derecho a... un debido proceso público sin dilaciones injustificadas [...]³⁸.

La Corte Constitucional ha definido este principio así:

[...] La garantía del debido proceso, plasmada en la Constitución Colombiana como derecho fundamental [...] no consiste solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos [...] sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se imputa; la competencia de la autoridad judicial o administrativa que orienta el proceso; la aplicación del principio de favorabilidad en materia penal, el derecho a una resolución que defina las cuestiones jurídicas planteadas sin dilaciones injustificadas; la ocasión de presentar pruebas y de controvertir las que se alleguen en contra y, desde luego, la plena observancia de las formas propias de cada proceso según sus características[...]³⁹.

Lo anterior no es óbice para que el investigador disciplinario, argumentando dar aplicación al principio de celeridad, no esté autorizado para que en el desarrollo del recaudo probatorio omita no solo dar respuesta a la solicitud de pruebas o de otra índole que presente el investigado o su defensor sino también proceder al análisis y consideración que sustentan las citadas solicitudes, dando prevalencia al principio del debido proceso, pues si bien es cierto al juez disciplinario le corresponde el deber de imprimirle agilidad al proceso dentro del marco procedimental establecido y en tal virtud debe resolver con prontitud, sin dilaciones injustificadas, debe a la vez procurar que dicho desenvolvimiento tiña de garantías al encartado de tal manera que ampare completamente su derecho a la defensa.

Para ello, el funcionario con atribuciones disciplinarias debe tener claridad de su papel relacionado con la dirección e impulso del proceso para que a través de sus

³⁸ COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. 1991, art. 29.

³⁹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 460 de 1992. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

diferentes estadios se cumpla con la celeridad requerida en forma eficaz con relación a las garantías constitucionales pero controlando a la vez controlar la conducta de los sujetos intervinientes, evitando que mediante actuaciones de mala fe, se promueva la dilación mediante la solicitud y decreto de pruebas superfluas e innecesarias, dando al tiempo aplicabilidad al derecho sustancial a que se refiere el artículo 228 de la Carta Política, para lo cual es menester eliminar toda clase de fórmulas procedimentales excesivas a fin que se llegue a una decisión final sin entramientos y angustias formales.

Otra irregularidad sustancial que afecta el debido proceso es la omisión en el análisis de los parámetros fijados por el legislador para determinar la graduación de la sanción disciplinaria a imponer, tal y como lo ordena el artículo 18 de la Ley 734 de 2002, los cuales deben tener sustento probatorio en el mismo expediente, entre los que se encuentran el haber sido sancionado fiscal o disciplinariamente dentro de los cinco años anteriores a la comisión de la conducta que se investiga; la diligencia y eficiencia demostrada en el desempeño del cargo o de la función; atribuir la responsabilidad infundadamente a un tercero; la confesión de la falta antes de la formulación de cargos; haber procurado, por iniciativa propia, resarcir el daño o compensar el perjuicio causado; haber devuelto, restituido o reparado, según el caso, el bien afectado con la conducta constitutiva de la falta, siempre que la devolución, restitución o reparación no se hubieren decretado en otro proceso; el grave daño social de la conducta; la afectación a derechos fundamentales; el conocimiento de la ilicitud y el pertenecer el servidor público al nivel directivo o ejecutivo de la entidad⁴⁰.

⁴⁰ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 2002, art.47.

Así, las decisiones proferidas sin llevar a cabo un juicio examen de cada una de estas circunstancias con relación a los pormenores en los cuales se produjo la comisión de la falta.

Otra debilidad procesal se plasma al momento de motivar las decisiones que imponen sanciones y también absoluciones disciplinarias. La motivación es un ingrediente esencial del debido proceso, en especial, frente a la producción de actos administrativos de carácter particular y concreto que generan consecuencias jurídicas una vez en firme.

El artículo 35 del Código Contencioso Administrativo infiere la necesidad de motivar los actos, resolviendo todas las cuestiones planteadas; por otra parte, el artículo 84 de la citada norma establece como causales de nulidad, entre otras, el referente a la motivación⁴¹.

Ha sostenido la jurisprudencia que la motivación de los actos administrativos en tales eventos, no es un simple formalismo sino un requisito sustancial, considerándose un medio de control del acto y por lo tanto un requisito de fondo para su validez. Dicha motivación debe ser suficiente, es decir que dé razón plena del proceso lógico y jurídico que condujo a la decisión⁴².

En sentencia SU 250 de 1998, la Corte Constitucional, explicó que la necesidad de motivación del acto se encuentra circunscrita a evitar la arbitrariedad de la administración en sus decisiones, toda vez que la Carta de 1991 ha consagrado la motivación como expresión del principio de publicidad, constitucionalmente

⁴¹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Código de lo Contencioso Administrativo, arts. 35 y 84.

⁴² COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 576 de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero.

recogido en el artículo 209 cuando dispone que [...] 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 [...]⁴³.

De acuerdo con los fundamentos anotados en precedencia, es necesario que el juez disciplinario explique con suficiente motivación las razones que lo conducen a establecer la responsabilidad disciplinaria del funcionario a quien ha investigado de tal modo que para el encartado sea claro el reproche, para garantizar su derecho de defensa e impugnación con ocasión de los planteamientos que conllevan la decisión de sanción y además, para que una vez en firme, ésta cumpla con las funciones preventiva y correctiva, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales, que se deben observar en el ejercicio de la función pública.

4.7 CONCEPTO Y VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Para la Corte Constitucional, la publicidad entendida como principio del derecho disciplinario implica:

[...] La simple comunicación del auto que inicia la investigación preliminar, cuando ésta tiene lugar, o de lo contrario del auto que inicia la investigación disciplinaria, en manera alguna garantiza al disciplinado la posibilidad de concurrir al trámite para solicitar pruebas, controvertir las aducidas, y en general ejercer su derecho de defensa en estos estadios procesales, toda vez que las normas del Código Disciplinario Único no señalan de manera precisa la forma en la cual deben realizarse las "simples comunicaciones", por lo cual no se asegura que sean efectivamente conocidas, ni que el contenido de las decisiones que pretenden "comunicar" pueda ser controvertido. Tampoco dichas normas indican cuándo han de producirse

⁴³ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 250 de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero.

dichas comunicaciones, ni a partir de qué fecha deben entenderse surtidas [...] ⁴⁴.

El principio de publicidad en materia disciplinaria, para resaltar su importancia, demanda ser analizado de la mano con las demás garantías constitucionales ya vistas en el presente estudio, pues es la vía que le permite al investigado hacer uso de los mecanismos dispuestos legalmente para su aplicación efectiva, ya que si el investigado no tiene la posibilidad de conocer las decisiones que se han vertido en su contra por parte del aparato estatal, no es posible si quiera pensar en la posibilidad de acceder en condiciones justas al proceso.

La Alta Corporación Constitucional ha señalado que [...] solamente las notificaciones cumplen el propósito de dar a conocer en forma efectiva las providencias que se dicten, por lo que, el hecho de limitar dicha forma de comunicación a determinados actos procesales, priva del principio de contradicción y por ende, del derecho constitucional de defensa, otros actos procesales ... para poderlos controvertir [...] ⁴⁵.

Al respecto, es necesario determinar que toda decisión procesal que afecte sustancialmente los intereses de la persona que está siendo investigada debe ser notificada por el medio más eficaz que permita su participación real en el proceso.

Debe atenderse además, que la Ley 1474 de 2011, actual Estatuto Anticorrupción, modificó la Ley 734 de 2002 que recoge el Código Disciplinario Único, al ordenar la notificación mediante estado, así:

[...] Artículo 46. Notificaciones. El artículo 105 de la Ley 734 de 2002 tendrá un inciso segundo, el cual quedará así:

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 555 de 2001. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁴⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 892 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

De esta forma se notificarán los autos de cierre de investigación y el que ordene el traslado para alegatos de conclusión [...]⁴⁶.

Una de las falencias al respecto se presenta en el trámite de citación, pues en algunas ocasiones no se hace un esfuerzo por parte de los despachos para lograr la ubicación real del funcionario, especialmente cuando se encuentra retirado de la función pública, ya que la citación se le envía a su antiguo lugar de trabajo o a direcciones que no reposan ni en la hoja de vida ni en el proceso, para luego efectuar la notificación mediante edicto, lo que conlleva a una irregular notificación que puede conllevar a la ineficacia del acto administrativo notificado.

⁴⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 de 12 de julio de 2011, art.46.

CONCLUSIONES

El ejercicio de la actividad sancionadora del Estado se respalda no solo en la adecuada recopilación probatoria, sino que además se fortalece en la medida que se observa el respeto riguroso de las garantías que constitucional y legalmente se han adoptado en nuestro orden interno; la finalidad, es equilibrar la balanza entre el poder estatal y el individuo contra quien recae la potestad disciplinaria, atendiendo los elementos propios del principio *pro homine* así como de la dignidad humana.

Los principios rectores implican que las actuaciones procesales y decisiones de fondo proferidas en un proceso adelantado con vulneración de los principios materia de estudio puedan verse afectadas por vicios de nulidad y por consiguiente, no merecen valor jurídico, perdiendo así el derecho disciplinario su función de autotutela.

Esta incidencia se debe a que la función preventiva y correctiva que le es atribuible a la sanción disciplinaria, debe aplicarse buscando garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la carta Política, las leyes y los instrumentos internacionales, por ello, al interpretar la ley disciplinaria los principios prevalecen sobre las demás disposiciones, tal y como lo consagra el artículo 21 de la Ley 734 de 2002, siendo su aplicación objetiva, es decir, sin someterse al valor subjetivo de quien ostenta el ejercicio de la atribución disciplinaria.

La declaratoria de nulidad dejará sin efecto los actos administrativos y actuaciones procesales posteriores al momento en el que emerge el vicio, siendo necesario que la autoridad disciplinaria competente, de oficio o a solicitud de parte, declare la anomalía e indique el momento de su producción, a fin de retrotraer hasta ese momento la validez de lo actuado y se realicen nuevamente las diligencias afectadas por la irregularidad detectada.

BIBLIOGRAFIA

FRAMARINO DEI MATATESTA, Nicola. Lógica de las pruebas en materia criminal. En: Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos. Bogotá: Ediciones Leyer, 2009.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2004.

MARMOLEJO ESPITIA, Oscar Humberto. Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos. Bogotá: Ediciones Leyer, 2009.

MEJIA OSSMAN, Jaime. Principios constitucionales y legales de la actuación disciplinaria para las Fuerzas Militares. Comando General de las Fuerzas Militares. Primera Edición, 2006.

MEJÍA OSSMAN, Jaime. Régimen Disciplinario. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2007.

MEJÍA OSSMAN, Jaime. Práctica Forense Disciplinaria para las Fuerzas Militares de Colombia. Bogotá: Comando General Fuerzas Militares. Tomo I. 2009.

ORDÓÑEZ MALDONADO, Alejandro. JUSTICIA DISCIPLINARIA. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2009.

RODRÍGUEZ PINZÓN, Julián Hernando. Trabajo de posesión como miembro correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bucaramanga, Julio 27 de 2007. En: <http://www.acj.org.co>

VÉLEZ, Alfredo. Uniformidad Fundamental de la legislación Procesal Penal en América Latina. En: Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos. Bogotá: Ediciones Leyer, 2009.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA. 1991

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 2002.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1474 de 2011.

COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Código de lo Contencioso Administrativo.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 2002.

JURISPRUDENCIA

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 460 de 1992. MP. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 123 de 1994. MP. Vladimiro Naranjo Mesa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 418 de 1997. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-430 de 1997. MP. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 521 de 1998. MP. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 250 de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 576 de 1998. MP. Alejandro Martínez Caballero.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-769 de 1998. MP. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 892 de 1999. MP. Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 728 de 2000. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 555 de 2001. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 155 de 2002. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 948 de 2002. MP. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 1093 de 2004. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 028 de 2006. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 666 de 2008. MP. Mauricio González Porto.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 467 de 2009. MP. Mauricio González Cuervo.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 969 de 2009. MP. María Victoria Calle Correa.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 709 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 763 de 2010. MP. Juan Carlos Henao Pérez.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Penal. Casación, mayo 8 de 1984.

OTROS

COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Directiva 010. 12 de mayo de 2010.

COLOMBIA. Comando General de las Fuerzas Militares. Circular N°
201012301115217/CGFM.OADYA-13-2. 15 de diciembre de 2010.