

UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA



**NON BIS IN IDEM Y EL DEBIDO PROCESO DE LOS ABOGADOS
QUE EJERCEN LA ABOGACÍA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA**

LEIDY MARIAN MARÍN CHÁVEZ
JENNY CAROLINA MORENO GAMBA

**Artículo de investigación presentado como requisito para optar al título de
Especialización en derecho Sancionatorio**

Que dirigido el trabajo con su título académico o cargo
Centrado JAIME MEJÍA OSSMAN

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO SANCIONATORIO
BOGOTÁ D.C.
2012**

CONTIENE

	pág.
INTRODUCCIÓN.....	5
NON BIS IN IDEM Y EL DEBIDO PROCESO DE LOS ABOGADOS QUE EJERCEN LA ABOGACÍA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA.....	6
1 POTESTAD DEL ESTADO SANCIONADOR	9
1.1 POTESTAD DISCIPLINARIA DEL ESTADO	12
2 NON BIS IN ÍDEM.....	14
2.1 NON BIS IN ÍDEM EN EL DERECHO DISCIPLINARIO Y EL DERECHO PENAL.....	16
3. NON BIS IN ÍDEM EN EL DERECHO DISCIPLINARIO LEYES 734 DE 2002 Y 1123 DE 2007.....	20
BIBLIOGRAFIA.....	24;Error
! Marcador no definido.	

NON BIS IN IDEM Y EL DEBIDO PROCESO DE LOS ABOGADOS QUE EJERCEN LA ABOGACÍA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA*

Leidy Marian Marín Chávez^{1**}
Carolina Moreno Gamba^{***}

RESUMEN

El principio del *non bis in ídem* es un principio que garantiza a toda persona no ser juzgado dos veces por lo mismo, permitiendo la aplicación del debido proceso, si un funcionario público comete una conducta tipificada en el derecho penal - disciplinario; no se genera dualidad de sanciones y/o prohibiciones ya que son de jurisdicciones de distinta naturaleza, pero si el servidor público es abogado que ejerce la abogacía en la función pública, realiza una conducta que como profesional del derecho transgrede la ética profesional y como servidor público afecta la función pública, por cuanto es procedente que este funcionario sea sancionado e investigado bajo los parámetros de dos disposiciones normativas (la ley 1123/2007 y la ley 734/2002), situación con la cual podría verse afectado este principio y consecuente con ello al debido proceso, lo cual generando inseguridad jurídica.

ABSTRACT

The Double Jeopardy is a principle that guarantees every person will not be tried twice for the same, allowing the application of due process, if a public official commits a conduct defined in criminal law - discipline, not sanctions duality is generated and / or prohibitions as they are under the jurisdiction of a different nature, but if the public servant is a lawyer who practices law in the public, performs professional conduct that violates law and professional ethics in public service affects the public, because it is appropriate that this official be punished and investigated under the parameters

* Este artículo se elaboró como requisito para optar al título de especializada en derecho sancionatorio en la Universidad Militar

** Leidy Marian Marín Chávez abogada de la Universidad de La Amazonia, marian0576@hotmail.com

*** Carolina Moreno Gamba, Abogada de la Universidad Libre, kritomgamba@hotmail.com

of two regulatory provisions of law 1123/2007 and law 734/2002, which situation would be affected the principle of non bis in idem and consistent with that due process, thus creating legal uncertainty.

PALABRAS CLAVES

Non bis in ídem, debido proceso, funcionario público, abogado, ejercicio de la abogacía

INTRODUCCIÓN

Con la Constitución del 1991 se garantizó la aplicación de los derechos y las garantías del hombre, se determinó que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, promoviendo y garantizando los principios, derechos y deberes del hombre, su jerarquía predomina, toda incompatibilidad entre la norma superior y la ley se aplica las disposiciones constitucionales; como los principios y derechos fundamentales otorgados por ella, se aplican a todas las actuaciones judiciales y administrativas que se adelanten, de acuerdo a lo establecido al artículo 29 de la Constitución, que es un instrumento de protección a nuestros derechos, pero además de la misma existen otro mecanismo que sirve de instrumento de control para la sociedad que establece prohibiciones y/o sanciones para aquellos que realicen conductas que lesionan el ordenamiento jurídico, permitiendo encausar la conducta a los destinatarios de la normatividad.

Pero el legislador en su afán de encausar la conducta de quienes la infringe y más específicamente la de los funcionarios públicos, ha puesto en riesgo derechos y principios al crear dualidad en acciones sancionatorias a los profesionales del derecho cuando su ejercicio profesional se desarrolla en cumplimiento de funciones públicas, mediante la aplicación de jurisprudencia, doctrina, leyes y la Constitución, tales como la investigación y sanción dos veces por la misma conducta de quienes infringen la ley, dejando al infractor sin herramientas jurídicas para ejercer el derecho a la defensa, pues si se defiende en un proceso y es absuelto tiene la posibilidad de ser juzgado en el otro por la misma conducta, en esta situación el juez natural, es necesario que precise si dicho actuar legislativo, es o no acertado a la luz de los derechos reconocidos constitucionalmente .

El ordenamiento jurídico, establece los fines esenciales del estado y las garantías a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, dentro de los cuales se encuentra el de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, pero estos mandatos constitucionales y legales al parecer son desconocidos durante el proceso del trámite legislativo, caso contrario existirían dos regímenes disciplinarios como los son las leyes

734 de 2002 y la 1123 de 2007 (Código Disciplinario del Abogado), en forma dual, con lo cual se permite que los abogados que desempeñen funciones públicas, se les investigue por un mismo hecho en dos autoridades de control disciplinario diferentes, como lo son oficina de control interno disciplinario y/o consejo superior de la judicatura.

Se puede decir que es el Estado el responsable de garantizar los derechos fundamentales de las personas, a través de sus órganos e instituciones, y por lo tanto tiene el deber de implementar estrategias para así detectar posibles inconstitucionalidades en la aplicación de las leyes, que en conjunto puedan generar anormalidad jurídica, al momento de crear una dualidad de acciones disciplinarias, de la misma naturaleza, o de las cuales una misma conducta puede ser investigada y sancionada por dos autoridades disciplinarias diferentes, circunstancia no previstas para los demás servidores públicos en el Código Disciplinario Único avalando para el caso de estudio, que dos autoridades puedan sancionar por los mismos hechos a los abogados que simultáneamente son servidores públicos; presentándose de esta forma la infracción al principio *non bis in idem*.

En el presente trabajo encontramos obstáculos epistemológicos, en lo relativo a la existencia de pocas fuentes, solo existen decisiones jurisprudenciales, algunas hacen referencia a la no vulneración del principio *non bis in ídem* y otras en que la Corte se ha inhibido, como se podrá reflejar en el desarrollo del tema.

NON BIS IN IDEM Y EL DEBIDO PROCESO DE LOS ABOGADOS QUE EJERCEN LA ABOGACÍA EN LA FUNCIÓN PÚBLICA

Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el término “función” significa “capacidad de acción o acción propia de los seres vivos y de sus órganos y de las máquinas o instrumentos; capacidad de acción o acción propia de los

cargos y oficios”²; por su parte, el vocablo “público” se define como “aplicación a la potestad, jurisdicción y autoridad para hacer una cosa, como contrapuesto a privado”³

En consecuencia, la función pública es la actividad ejercida por el Estado para cumplir con sus fines esenciales que está al servicio de la comunidad, regulando su ejercicio, alcance y aplicación por la Constitución en los artículos 122, 123 y 228, que otorgan atribuciones legales y reglamentarias e indica el régimen aplicable para los servidores públicos. Definiendo que la función pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la realización de sus fines y, excepcionalmente, por expresa delegación legal o por concesión, por parte de los particulares⁴, es delegada la administración de justicia.

En la función pública encontramos los empleados que trabajan para el Estado, pero no todos los empleados son funcionarios públicos, por lo tanto se hace necesario aclarar quién es funcionario público y quien es servidor público, para así mismo establecer la aplicación de la ley disciplinaria y la forma de aplicación, se puede decir que el funcionario público es la persona que presta sus servicios al Estado y el servidor público está relacionado con la administración estatal, en definitiva un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios, aunque tanto el funcionario y el servidor sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines.

Así también podemos definir el vocablo del *non bis in idem*, termino de origen latino, que hace referencia a “no dos veces sobre lo mismo” es decir, que no recaiga duplicidad de sanciones por un mismo hecho ilícito, en los casos en que se aprecie el

² Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, Editorial Espasa Calpe, Tomo I, Madrid, 1992, pág. 1004.

³ *Ibidem*, Tomo II.

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA. Radicación número ACU-798. C.P. German Rodríguez Villamizar, Bogotá D.C., 05 de agosto de 1999.

mismo sujeto, hecho y circunstancia⁵. Este concepto es muy indeterminado, por lo cual no explica el alcance que tiene este principio para las sanciones impuestas por los distintos ámbitos del derecho.

Nuestra legislación no es ajena a la aplicación del este principio, por lo tanto la figura del *non bis in idem* se encuentra inicialmente redactado en la parte final del inciso 4º del artículo 29 de la Constitución. En él se establece que [...] “quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. Siendo caracterizado este principio como parte de los derechos fundamentales de las personas, en el cual garantiza al investigado y/o disciplinado a tener un debido proceso ejerciendo el derecho a la defensa

En otras palabras, el *non bis in idem*, garantiza a toda persona que no sea juzgada nuevamente por el mismo delito, si un abogado que ejerce función pública le inician una investigación disciplinaria por el Consejo Superior de la Judicatura y otro por la Procuraduría por la misma conducta, en uno de los juicios no fue sancionado pero en el otro si, aquí al nuestro parecer se está incurriendo en la violación del principio

La anterior disposición ha sido sujeta a un extenso desarrollo jurisprudencial constitucional en cuanto al alcance, fundamento y su aplicación, pero a pesar de los diferentes pronunciamientos de la Corte, la falta de información o de realizar un estudio minucioso de dichas jurisprudencias, no se ha determinado si existe una violación al debido proceso y el quebrantamiento del principio del *non bis in idem*, el que no recaiga duplicidad de sanciones por un mismo hecho ilícito, entonces si un abogado que cumple función pública al ser sancionada por una misma naturaleza del derecho como lo son el código disciplinario único y el código disciplinario del abogado; se está vulnerando los derechos fundamentales del disciplinado.

⁵ Véase Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, citado por Villasana Patricia. Principio *Non bis in idem* dentro del régimen disciplinario de los funcionarios públicos. www.scjn.gob. P. 1.

Para analizar si al momento de imponer dualidad de sanciones y/o prohibiciones se estaría en contra de la parte final del inciso 4 del artículo 29 de la Constitución “*non bis in idem*”, se fundamentara de manera jurídica la facultad que tiene el Estado para sancionar en derecho, de acuerdo a las conductas o faltas cometidas, por los disciplinados, y si esa potestad otorgada por la Constitución y la Ley al momento de iniciar la investigación tanto en materia disciplinaria (ley 734 de 2002 y la 1123 de 2007) se estaría facilitando una persecución doble, lesionando el *non bis in idem*.

La autoridad encargada de ejercer el control y la vigilancia de los comportamientos de cada uno de sus ciudadanos es el estado, para que estos no realicen conductas reprochables, para ello la Constitución le ha otorgado la potestad al estado para sancionar, de acuerdo a lo establecido en la Carta Política⁶ “Las autoridades de la Republica están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia” [...]. De esta forma se puede argumentar que el estado a través de sus instituciones con el fin de mantener el orden y de reprimir las conductas contrarias a las mismas tiene la facultad de sancionar.

2 POTESTAD DEL ESTADO SANCIONADOR

La potestad general sancionadora del Estado, como dice Diomedes Yate⁷, en su sentido gramatical y lógico es entendida como el dominio, poder, jurisdicción o facultad que se tiene sobre otros; se trata de una ascendencia en orden a sujetar el comportamiento de las personas.

Significa lo anterior, que es la facultad que tiene el Estado sobre sus ciudadanos para vigilar el comportamiento de los mismos con el fin de evitar conductas que vaya en

⁶ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Constitución Política de Colombia. Bogotá D.C: Legis, 2006. Art. 2, Inciso final.

⁷ Diomedes Yate Chinome. Lecciones de derecho disciplinario. Vol. 4, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, Junio 2007, p. 20

contra del ordenamiento jurídico, y así vulneren los derechos de los demás o lesionen el interés general.

Ahora para determinar que es la potestad sancionadora del Estado dentro del contexto de la ley o nuestro derecho como dice Diomedes Yate,⁸ [...] el poder o facultad que le asiste al Estado para establecer atribuciones o competencias institucionalizadas en el ordenamiento constitucional, las que radica conforme a la estructura orgánica general en cada una de las ramas del poder público, de los organismos de control y en particular de las diferentes entidades de orden nacional, departamental o municipal, ya descentralizadas, ora desconcentradas o de las que en virtud del principio de colaboración, contribuyen de igual manera en la consecución de los fines esenciales del Estado [...].

Por lo anterior se puede establecer que el Estado tiende a estar al servicio de los ciudadanos custodiando sus derechos y a la vez protegiendo los intereses generales, por lo tanto al momento que una persona realiza una conducta que va en contra del ordenamiento jurídico y que esta lesiona los derechos constitucionales, que el incumplimiento o la extralimitación de los deberes genera el detrimento del patrimonio; el Estado en el ejercicio de dicha potestad está facultado para sancionar; dicho mando se le ha otorgado al Estado para prevenir o reprimir las vulneraciones al ordenamiento jurídico.

Esta potestad del Estado se ha desarrollado a través de jurisprudencia en la que establece las facultades que tiene para administrar justicia, de acuerdo a los mandatos constitucionales y a la ley, sin que los principios y derechos sean vulnerados.

Por lo tanto en la sentencia C-818-05, la Corte Constitucional señaló:

⁸ *Ibíd.*

[...] “el derecho sancionador del Estado en ejercicio del ius puniendi, es una disciplina compleja que envuelve, como género, al menos cuatro especies, a saber: el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario y el derecho correccional. Salvo la primera de ellas, las demás especies del derecho punitivo del Estado, corresponden al denominado derecho administrativo sancionador”⁹.

La misma Corte Constitucional establece que la naturaleza de la potestad del Estado es de imponer sanciones o penas de acuerdo a la modalidad del derecho que se aplique al momento de la investigación; en el derecho penal delictivo se impone una pena de acuerdo al hecho ilícito penal cometido, por cualquier ciudadano que transgreda el ordenamiento jurídico. En cuanto al derecho administrativo sancionador que abarca al derecho disciplinario va encaminado a sancionar a los servidores públicos y a los particulares que son destinatarios de la ley disciplinaria; esto con el fin de cumplir con los fines esenciales del Estado y de preservar el orden jurídico como principio fundamental de acuerdo con los artículos 1º, 2º, 4º y 16º de la Constitución.

Señala la Corte Constitucional en sentencia C -214 -94:

“la naturaleza jurídica de dicha potestad es indudablemente administrativa, y naturalmente difiere de la que le asigna la ley al juez para imponer la pena, con motivo de un ilícito penal. La potestad administrativa sancionadora constituye un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios

⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -818 -05. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 48 de la ley 734 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos”¹⁰.

Lo anterior pone de presente que la potestad sancionatoria del Estado está encaminada a la protección de sus instituciones, a conservar su correcto funcionamiento, en razón de la importancia del interés público amenazado; es una manera de asegurar el cumplimiento de la Constitución, las leyes y sus principios, con motivo de cumplir con los fines esenciales del Estado.

1.1 POTESTAD DISCIPLINARIA DEL ESTADO

Según Pavajeau¹¹ la potestad disciplinaria Constituye [...] un instrumento de <<autotutela>> que utiliza la administración para efecto de garantizar y asegurar que la función pública se realice en interés de todos y conforme a los principios constitucionales” [...]. Por lo anterior se entiende que el Estado trata de asegurar el cumplimiento de los principios constitucionales, previniendo que las actividades desarrolladas por sus funcionarios sean acorde a la ética y la moral pública.

La Corte Constitucional se refiere al tema de siguiente manera en la sentencia C-214 – 94:

[...] “La potestad sancionadora como potestad propia de la administración es necesaria para el adecuado cumplimiento de sus funciones y de la realización de sus fines, pues [...] permite realizar los valores del orden jurídico institucional, mediante la asignación de competencias a la administración que la habilita para imponer a sus propios funcionarios y particulares el acatamiento, inclusive por

¹⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -214 -94. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 190 del Código Nacional de Tránsito Terrestre. M.P. Antonio Barrera Carbonell

¹¹ CARLOS ARTURO, Gómez Pavajeau. Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá 2002, p. 143.

⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -214 -94. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Citado por: DIOMEDES, Yate Chinome. Lecciones de derecho disciplinario. Vol. 4, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, Junio 2007, p. 21.

medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos”¹²

En el ámbito del derecho disciplinario lo que permite con la potestad del Estado es asegurar que se cumpla a cabalidad los principios que regulan el ejercicio de la función pública; esta facultad se concreta al momento de sancionar a sus funcionarios públicos; como se ha dicho anteriormente garantizando el cumplimiento de los fines estatales y así tener un normal desarrollo del ejercicio de la función pública.

Como se ha expresado anteriormente la Corte Constitucional ha manifestado que el derecho sancionador del Estado en ejercicio del ius puniendi, envuelve como género, en cuatro especies; que es el derecho penal delictivo, el contravencional, el disciplinario y el derecho correccional, las tres últimas especies punitivas del Estado corresponden al denominado derecho administrativo sancionador. De lo anterior se puede deducir según Diomedes Yate¹³, [...] que el derecho disciplinario es una de las especies a la cual como género pertenece la potestad sancionadora del Estado. [...] Que como especie que es la potestad disciplinaria, si bien goza de elementos comunes a los regímenes sancionadores como el del derecho penal, contravencional y correccional, también es cierto que cuenta hoy con sus propias características, especificidades y categorías, por lo que su estudio exige tratamientos diferenciales respecto de los otros regímenes. [...] conforme a las tendencias del derecho disciplinario y sus proyecciones, hoy de igual manera no puede haber duda alguna en el sentido de que entre el derecho penal y aquel existen claras diferencias¹⁴. [...] Resulta común y frecuente observar cómo de manera infructuosa los abogados defensores que intervienen en la actuación disciplinaria, se “desgarran las vestiduras” tratando de desvirtuar los cargos formulados a sus defendidos, sobre la base de que la conducta enjuiciada no puede originar

¹³ Diomedes Yate Chinome. Lecciones de derecho disciplinario. Vol. 4, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, Junio 2007, p. 23 a 25.

¹⁴ Esiquio Manuel, Sánchez Herrera. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Instituto de Estudios de la Procuraduría General de la Nación, Colección Derecho Disciplinario No. 13, p. 21 a 28. Citado por Diomedes Yate Chinome. Lecciones de derecho disciplinario. Vol. 4, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, Junio 2007.4.

responsabilidad disciplinaria como quiera que no hay presencia de un resultado o daño material que afecte la función pública. Cuando es precisamente, sobre la base del desarrollo jurisprudencial que de la teoría de la ilicitud sustancial, como presupuesto de la responsabilidad disciplinaria, que le ha venido dando la Corte Constitucional a esta Categoría, que se han marcado claras diferencias entre el derecho penal y el derecho disciplinario.

Muy claramente la Corte Constitucional ha señalado las diferencias sustanciales entre el derecho penal y el derecho disciplinario, aunque el derecho disciplinario tenga sus fuentes del derecho penal por pertenecer a un mismo género; ya que derivan de la misma rama, pues investigan la conducta humana de un sujeto que ha actuado en contra del ordenamiento jurídico, hacen parte de un régimen diferente. De allí que todos los ciudadanos son responsables por infringir la Constitución y la Ley, pero los delitos que se investigan y juzgan atendiendo la ley penal, además de los ciudadanos que son responsable de manera penal pero por tener la calidad de funcionarios públicos también lo son de manera disciplinaria, pues aquí se aplica régimen diferente del derecho; por lo tanto no solo son responsables los servidores públicos por infringir la Constitución y la Ley sino que lo son por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Conforme a lo anterior se estaría sancionando al funcionario que está al servicio del estado por una misma conducta en dos regímenes jurídicos diferentes.

2 NON BIS IN IDEM

Para la Corte Constitucional el principio del *non bis in idem* hace referencia a la seguridad jurídica y a la justicia material¹⁵. De conformidad a lo anterior, la persona

¹⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -870 -02. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 28 de la ley 393 de 1997. M.P Manuel José Cepeda Espinosa. Citado por Fernando Brito Ruiz, Lecciones de derecho disciplinario. Vol. 4, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, Junio 2007, p. 110.

puede esperar fundadamente en que no puede ser investigada nuevamente por hechos por los que ya lo fue, respecto de los cuales se produjo una decisión definitiva¹⁶.

Este principio es una forma de brindarle seguridad al sujeto que está siendo investigado, por cuanto permite que una persona no sea investigada y le sea impuesta más de una sanción por el mismo hecho, entendiéndose dentro del mismo régimen, el cual si se es juzgado y sancionado por el mismo hecho dentro la misma jurisdicción si constituiría la violación al principio *non bis in idem*.

En la sentencia T-537 de 2002¹⁷, la Corte sostuvo que:

“Este principio implica que el Estado se halla legitimado para imponer, luego de los procedimientos legales respectivos, sanciones penales o disciplinarias cuando demuestre la ocurrencia de delitos o de faltas y concurra prueba que acredite la responsabilidad de quienes en ellos intervinieron pero que una vez tomada una decisión definitiva sobre el hecho constitutivo del delito o de la falta y sobre la responsabilidad o inocencia del implicado, no puede retomar nuevamente ese hecho para someterlo a una nueva valoración y decisión”.

Es decir, un hecho puede generar acción disciplinaria y acción penal, cada una con sus respectivas sanciones y penas. Pero en cambio, un mismo hecho no puede generar acción penal ordinaria y acción penal militar, pues aquí el problema radica en que se estaría juzgando y sancionando por la misma jurisdicción, vulnerando un derecho fundamental, consagrado en la parte final del inciso 4º del artículo 29 de la Constitución. Se puede decir que la acción disciplinaria es independiente de cualquier otra acción que surja de la comisión de un delito.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-537 – 02. Acción de tutela. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Si la jurisprudencia colombiana ha señalado de manera reiterada que el principio del *non bis in idem* no está siendo vulnerado por la los órganos e instituciones del Estado al momento de aplicar las leyes que regulan el comportamiento de los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones, ya que de manera general son responsables penalmente por infringir la Constitución y la Ley, y por tener una relación especial con el Estado también son responsables disciplinariamente.

2.1 NON BIS IN IDEM EN EL DERECHO DISCIPLINARIO Y EL DERECHO PENAL

Radica que la aplicación de dos jurisdicciones diferentes (derecho penal y disciplinario) en el cometido de un mismo hecho que quebranta el ordenamiento jurídico; ha generado para los medios de comunicación la inquietud de porqué el Estado con la potestad punitiva lo facultad para imponer sanciones o penas, en su afán de proteger sus instituciones, de conservar su correcto funcionamiento y de asegurar que se cumpla a cabalidad los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son la moralidad imparcialidad, publicidad, eficacia y la transparencia, está incurriendo en la violación al debido proceso, y por lo tanto ha generado para la población inseguridad jurídica.

Para reiterar los pronunciamientos del máximo tribunal, sobre la aplicación del *non bis in idem* en nuestra legislación como referencia de seguridad jurídica; tal forma que si un funcionario público o un particular que ejercer funciones públicas realiza un falta disciplinaria será investigado y sancionado por dicha conducta, pero además si esa falta coincide en una norma tipificada en penal; este sujeto también sería sancionado por el derecho penal; sin hacer el análisis, resulta que no se estaría aplicando el *non bis in idem*, pero en el caso del abogado que cumple funciono pública es sancionado por el Consejo Superior de la Judicatura y a la vez por la Procuraduría se estaría sancionando dos veces por la misma conducta sin haber diferencia de orígenes de responsabilidad pues ambas ramas del derecho son de naturaleza disciplinaria.

Como lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-870-02¹⁸:

[...] “La función de este derecho, conocido como el principio non bis in idem, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, éste principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. De ahí que la Constitución prohíba que un individuo sea “juzgado dos veces por el mismo hecho.” [...]

Señala la Corte que este principio forma parte del derecho fundamental al debido proceso, que no solo se aplica al derecho penal, sino que alcanza toda la potestad sancionadora del Estado por lo tanto es aplicable al denominado derecho administrativo sancionador, que encierra al derecho contravencional, al derecho correccional y por supuesto al derecho el disciplinario.

Como dice Fernando Brito¹⁹, no obstante, precisa que lo anterior no debe entenderse como una prohibición para juzgar a una persona por unos mismos hechos, cuando se trata de diversas jurisdicciones, con distinto régimen sancionador. Señala también que no se debe olvidar que se trata de un derecho, de naturaleza fundamental y de aplicación inmediata. Indica que la disposición precisa igualmente que ese derecho comprende el de no ser juzgado dos veces, lo cual incluye las distintas etapas del juzgamiento y no solo la decisión final. Refrenda también en esta sentencia lo sostenido

¹⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -870 -02. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 28 de la ley 393 de 1997. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁹ Fernando Brito Ruiz, Lecciones de derecho disciplinario. Vol. 4, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, Junio 2007, p. 110

por esa Corporación en otras ocasiones, de que para que se configure este derecho, deben concurrir tres aspectos esenciales: identidad de causa, identidad de objeto e identidad de persona a quien se le hace la imputación.

Por lo tanto de la única forma que el legislador pueda violar dicho principio sería como lo expresa la Corte Constitucional en la sentencia C-478-07²⁰:

[...] “no se contrae a la autorización grosera de que quien hubiere sido absuelto en un juicio penal puede volver a ser juzgado exactamente por la misma conducta ante otro juez nacional cuando un fiscal así lo solicite, mediante una acusación fundada en el mismo expediente. El principio non bis in idem, por lo menos, también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción.”

Bajo ese entendido, no se viola la prohibición constitucional del doble enjuiciamiento y por lo tanto no se está produciendo un agravio en contra del non bis in ídem.

En suma, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que el principio de non bis in ídem es de aplicación restringida, en el entendido que no prohíbe que una misma conducta sea castigada y valorada desde distintos ámbitos del derecho, esto es, como delito y al mismo tiempo como infracción disciplinaria o administrativa o de cualquier otra naturaleza sancionatoria²¹.

Por lo anteriormente expuesto, queda claro que al momento de imponer más de una sanción por un mismo hecho pero en diferentes ramas del derecho, no se está en contra de la norma superior, ni vulnerando un derecho fundamental como lo es el debido proceso al cual se aplica a todas las especies del derecho en nuestro país.

²⁰ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -478 -07. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 113 del Código Sustantivo del Trabajo M.P. Rodrigo Escobar Gil.

²¹ Ibid.

A medida que ha transcurrido el tiempo se ha observado una participación masiva de la sociedad en el Estado Colombiano, que han facilitado el desarrollo de conductas que van en contra de los fines estatales, en ese momento se hace necesario el derecho disciplinario para encausar las conductas de sus funcionarios, pues el ejercicio constante de la funcionalidad requiere que el Estado tenga medios de controles para así cumplir con sus principios, pero esto no significa que si un abogado que cumple funciones públicas no puede ser sancionado dos veces por lo mismo.

Como dice Gladis Botero, Gloria Niebles, Sandra Paz, Adriana Martínez, Sandra Rojas y Carlos Diossa²² es por ello, que no solo ese control se advierte en instituciones como la Fiscalía General de la Nación o la Contraloría General de la República, sino también en materia disciplinaria desde la órbita de competencia de la Procuraduría General de la Nación. [...] Y debe decirse que la acción disciplinaria es un mecanismo de autotutela estatal, correspondiéndole al órgano de control disciplinario, por mandato constitucional, velar por el cumplimiento de los deberes de los servidores públicos y de los particulares que ejercen función pública, recordándoles también a éstos las conductas que les son vedadas, lo cual se hace por vía sancionatoria o por vía preventiva. [...] Es por ello que la acción disciplinaria tiene como una de sus finalidades controlar la conducta oficial de los servidores del Estado, procurando que estos cumplan a cabalidad con las funciones inherentes al cargo que desempeñan, lo cual se logra a través de la imposición de sanciones disciplinarias o en el mejor de los casos con acciones preventivas que eviten la comisión de conductas irregulares, que más adelante puedan derivar en la acción disciplinaria.

Aunque se tenga el derecho penal para sancionar a quienes cometen conductas ilícitas, se hace necesario otra especie del derecho como lo es el derecho disciplinario que está para realizar un control a las actividades del Estado con motivo de preservar los fines

²² Gladis Botero, Gloria Niebles, Sandra Paz, Adriana Martínez, Sandra Rojas y Carlos Diossa. Lecciones de derecho disciplinario. Vol. 4, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, Junio 2007, p. 41.

de la función pública, pretendiendo encausar la conducta del funcionario público o particular que ejerce funciones del Estado, para así buscar el correcto cumplimiento de los deberes, sin que haya una violación al debido proceso, *non bis in idem*.

3. NON BIS IN IDEM EN EL DERECHO DISCIPLINARIO LEYES 734 DE 2002 Y 1123 DE 2007.

De acuerdo con los diferentes pronunciamientos de la Corte Constitucional ha quedado claro que la prohibición para juzgar a una persona por los mismos hechos, no implica el quebrantamiento del principio del non bis in ídem, cuando se trata de diversas jurisdicciones con distinto régimen sancionador, como lo son el derecho disciplinario y el derecho penal.

Pero ¿qué pasa con los abogados que se desempeñan como funcionarios públicos y que en relación a dicho ejercicio ejercen la abogacía? Si el Código Disciplinario Único (ley 734 de 2002) trae consigo las prohibiciones, faltas y sanciones para los funcionarios públicos que incurran en el incumplimiento de la Constitución, la ley y los fines esenciales del estado, pero también nos encontramos en el Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 de 2007) bajo este régimen se incluye a los abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio.

Como lo manifiesta los demandantes Julia Elvira Ramírez Miranda y Gustavo Adolfo Caballero²³ cuanto al artículo 19 de la ley, que consagra como destinatarios de ese régimen disciplinario a los abogados que desempeñan funciones públicas, [...] por cuanto crea y establece una dualidad de sanciones, prohibiciones, procesos y providencias, hecho que grava a los profesionales abogados.

²³ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N° C-819 de 2010. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 19 de la 1123 de 2007. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

Bajo ese entendido se viola la prohibición constitucional del doble enjuiciamiento, pues se consagra un doble régimen disciplinario para los abogados que ejerzan la abogacía en la función pública, permitiendo que dos autoridades distintas pero de la misma naturaleza o/y jurisdicción sancione por los mismos hechos a los abogados que son servidores públicos.

De acuerdo con el Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002)²⁴, los destinatarios de la ley disciplinaria, son los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio [...]. Y en el Código Disciplinario del Abogado (Ley 1123 de 2007)²⁵, “Destinatarios. Son destinatarios de este código los abogados en ejercicio de su profesión que cumplan con la misión de asesorar [...]. Se entienden cobijados bajo este régimen los abogados que desempeñen funciones públicas relacionadas con dicho ejercicio” [...].

En razón a lo anterior se visualiza como lo manifiesta los demandantes en la Sentencia 819 de 2010²⁶, la Ley 1123 de 2007 establece sanciones por conductas no previstas para los demás servidores públicos en el código disciplinario único (Ley 734/02), avalando que dos autoridades distintas puedan sancionar por los mismos hechos a los abogados que simultáneamente son servidores públicos. En este sentido destacan que tanto el Ministerio Público como las salas jurisdiccionales disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura tienen la facultad de imponer sanciones, en este último caso sin la posibilidad de controvertir las decisiones por la vía judicial (como si pueden hacerlo los demás servidores públicos), contemplando una regulación menos favorable o que torna más gravosa su situación.

²⁴ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos. Bogotá D.C: Leyer, 2009. Art. 25.

²⁵ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPUBLICA. Código Disciplinario del Abogado. Bogotá D.C: art. 19, www.secretariasenado.gov.co, 2007

²⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia N° C-819 de 2010. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 19 de la 1123 de 2007. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

No obstante lo anterior, manifestado por los demandantes y a lo indicado en el respectivo Código Disciplinario Único y Código Disciplinario del Abogado, respectivamente, se aduce evidentemente la violación del derecho al debido proceso establecido en la Constitución y al principio del non bis in ídem, pues se da la aplicación para los abogados que desempeñan funciones públicas relacionadas con su profesión que sean investigados y disciplinados dos veces por un mismo hecho con dos autoridades diferentes como lo son el consejo superior de la judicatura y/o la Procuraduría, como se ha reiterado hacen referencia a la misma naturaleza del derecho, generando de esta manera inseguridad jurídica, causando agravios para los servidores públicos que son abogados y ejercen su profesión dentro sus funciones, sin garantizarle al disciplinado sus derechos fundamentales.

Aunque en la sentencia de la referencia en la intervenciones del Ministerio del Interior y Justicia²⁷ indica que no existe duplicidad de régimen disciplinario que afecten los derechos al debido proceso o a la igualdad, porque la Ley 734 de 2002 constituye un control respecto de los posibles abusos, omisiones o extralimitaciones de un servidor público, mientras que la Ley 1123 de 2007 regula las conductas que atentan contra la ética de la profesión de abogado, “por lo cual, cuando este último hace referencia a los servidores públicos abogados, restringe su campo de aplicación a conductas que constituyan el ejercicio de la profesión de abogado; es decir, que incidan en el prestigio y dignidad de la profesión como tal”.

Pese a la disposición citada, se estaría violando los principios y derechos fundamentales del investigado o disciplinado; es cierto que la Ley 734 de 2002 es un control que pretende encausar la conducta de los servidores públicos y que la Ley 1123 de 2007 procura regular las actividades de los abogados en su ejercicio; pero no aclara si un abogado que es funcionario público y desempeña su profesión en sus funciones

²⁷ Ibid.

cual régimen se adapta si en su comportamiento cometió una falta; se evidencia que sería aplicable para dicho funcionario Código Disciplinario Único y Código Disciplinario del Abogado, pues así lo establece cada norma donde indica quienes son los destinatarios para la ley 734 de 2002 lo son las dos lo son los servidores públicos y para el código disciplinario del abogado son responsables disciplinariamente los que infringen la ley.

BIBLIOGRAFÍA

FUENTES SECUNDARIAS

Carlos Arturo Gómez Pavajeau. Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá 2002.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política de Colombia. Bogotá D.C: Legis, 2006. Art. 2, Inciso final.

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Disciplinario del Abogado. Bogotá D.C: art. 19, www.secretariassenado.gov.co, 2007

COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos. Bogotá D.C: Leyer, 2009. Art. 25.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Radicación numero ACU-798. C.P. German Rodríguez Villamizar.

Corte Constitucional. Sentencia C -214 -94. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 190 del Código Nacional de Tránsito Terrestre. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -870 -02. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 28 de la ley 393 de 1997. M.P Manuel José Cepeda Espinosa

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-537 – 02. Acción de tutela. M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional. Sentencia C -818 2005. Demanda de inconstitucionalidad contra el art. 48 de la ley 734 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Diomedes Yate Chinome. Lecciones de derecho disciplinario. Vol. 4, Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia, Junio 2007.

ESQUIVO MANUEL, Sánchez Herrera. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario. Instituto de Estudios de la Procuraduría General de la Nación, Colección Derecho Disciplinario No. 13.

Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, 21ª Edición, Editorial Espasa Calpe, Tomo I, Madrid, 1992, pág. 1004

Patricia Villasana. Principio Non bis in idem dentro del régimen disciplinario de los funcionarios públicos. Diccionario del Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, www.scjn.gob.