TESIS DE GRADO

TEMA APROBADO

"Delimitación de la ilicitud sustancial como elemento de la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos"

CAMILO ANDRÉS OSSA AYA[1]

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

UNIVERSIDAD COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

DIRECTOR:

Dr. CARLOS CASTRO CUENCA

Bogotá D.C.

Abril de 2016

[1] Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia, ex monitor consultorio jurídico de la misma universidad. Abogado Consultor y Litigante, especialmente en temas de derecho administrativo, responsabilidad fiscal y derecho disciplinario.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 3

1. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DISCIPLINARIO. 7

1.1 ORIGEN JURÍDICO NORMATIVO DEL DERECHO DISCIPLINARIO. 7

1.2. NATURALEZA DEL DERECHO DISCIPLINARIO. 19

1.2.1. Tendencia del origen administrativo del Derecho Disciplinario.....20
1.2.2. Tendencia del origen penal del Derecho Disciplinario 22
1.2.3 Tendencia del origen administrativo-penal del derecho disciplinario. 26
1.2.4. Pronunciamientos jurisprudenciales respecto a la naturaleza del derecho disciplinario. 27

1.3. RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN Y LOS SUJETOS DISCIPLINABLES.31
1.3.1 Concepto de Relaciones Especiales de Sujeción.....33
1.3.2 Sujetos Disciplinables. 38

2. PRINCIPIO DE ILICITUD SUSTANCIAL 55

2.1. CONCEPTO DE DEBER FUNCIONAL 56
2.2. CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA. BIEN JURÍDICO A PROTEGER POR EL DERECHO DISCIPLINARIO. 64
2.3 TEORÍAS SOBRE EL ALCANCE DE LA ILICITUD SUSTANCIAL. INTERPRETACIONES DEL ARTÍCULO 5° DE LA LEY 734 DE 2002. 69

3. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ILICITUD SUSTANCIAL COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.....85

3.1. EL PROBLEMA PRÁCTICO.....85

3.2. LA ILICITUD SUSTANCIAL DEBE SER ENTENDIDA BAJO UN CRITERIO DE ANTIJURIDICIDAD MATERIAL- REAL AFECTACIÓN O PUESTA EN PELIGRO DE

LA FUNCIÓN PÚBLICA MIENTRAS NO EXISTA UNA CONSAGRACIÓN LEGAL DE LOS DEBERES FUNCIONALES. 100

4. PRINCIPALES CONSECUENCIAS DE DELIMITAR LA ILICITUD SUSTANCIAL DE LA FALTA DISCIPLINARIA EN TERMINOS DE ANTIJURIDICIDAD MATERIAL. 118

5. CONCLUSIONES.....120

6. BIBLIOGRAFIA.....123

7. INDICE DE AUTORES. 133

INTRODUCCIÓN

Desde la existencia de la noción de Estado, siempre se ha entendido que éste tiene dentro de sus atribuciones o prerrogativas un derecho a sancionar a los particulares o a sus servidores cuando realicen acciones u omisiones que pongan en peligro a la comunidad o el correcto funcionamiento de las funciones estatales.

Así las cosas, el Estado tiene un *ius puniendi,* el cual, bajo el principio del Estado de Derecho, se debe ejercer a través de normas sustanciales y procedimentales debidamente aprobadas por los órganos constitucionales competentes para su discusión, aprobación y promulgación, pues de esa forma se pretende evitar que éste abuse de las prerrogativas del poder en detrimento de los derechos fundamentales de la población civil, a través de sus agentes. Esto no es más ni menos que el denominado principio de legalidad o lo que el profesor Norberto Bobbio denomina *"Gobierno de las leyes"*[2]. Obviamente no es tema del presente trabajo el entrar a discutir la perfección o imperfección de las normas, o su legitimidad o ilegitimidad, pues eso es un tema relevante jurídicamente pero que se analiza mejor por parte de la ciencia política.

Tenemos entonces que el derecho sancionador se divide en diversas vertientes como son el derecho penal, el derecho policivo, el derecho contravencional, el derecho administrativo sancionador etc. La clasificación utiliza como criterios básicos los sujetos destinatarios de la modalidad de derecho sancionador, lo que se pretende proteger con la prohibición de las conductas y las posibles sanciones a aplicar. Frente a esos criterios de clasificación no existe unanimidad en la doctrina, pero lo que si se tiene claro es que el derecho penal es la última alternativa a la que se puede acudir para proteger derechos o bienes jurídicos, debido a que sus sanciones (llamadas genéricamente penas) son las

[2] Cfr. Bobbio, Norberto. Estado, Gobierno y Sociedad. En Colección Breviarios. Fondo de Cultura Económica. Bogotá D.C. 2002. Páginas 130 y siguientes.

más gravosas y limitativas de los derechos fundamentales de las personas, como es el caso de la privación de la libertad[3].

Dentro de las modalidades o vertientes del derecho sancionador como manifestación del *ius puniendi* del Estado, tenemos el derecho disciplinario, el cual se debe entender como el conjunto de normas sustanciales y procedimentales que se encargan por velar por el estricto cumplimiento de las funciones públicas por parte de los servidores públicos y por aquellos particulares que de manera transitoria ejercen algún tipo de función pública.

Se debe decir que la falta disciplinaria será aquella conducta típica, antijurídica y culpable, pues eso se desprende de los principios rectores del derecho disciplinario, los cuales tienen una consagración normativa en el ordenamiento jurídico colombiano, más específicamente en la Ley 734 de 2002, actual Código Disciplinario Único.

Con base en lo dicho, el tema a abordar en el presente trabajo es analizar cuáles son las posiciones doctrinales y jurisprudenciales respecto del origen y naturaleza del derecho disciplinario, para así tratar de entender el porqué de su existencia y tomar una posición al respecto. Seguidamente se hará referencia al concepto dogmático de *"Las relaciones especiales de sujeción"* como fundamento de la existencia del poder disciplinario del Estado, luego se analizarán dos conceptos importantes como son el de deber funcional y

[3] Por eso se dice que uno de los principios rectores del derecho penal es el de la *"ultima ratio",* o razón última. Respecto a éste principio Álvaro Orlando Pérez Pinzón en su libro Introducción al Derecho Penal 4° Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 2002 Pág. 270 ha dicho lo siguiente: *"Quiere decir* (haciendo referencia a la "última ratio") *que la actuación institucional que se especifica en el derecho penal procede únicamente cuando sea indispensable, es decir, necesaria. A esta clase de derecho se debe acudir exclusivamente si fallan los demás mecanismos de control social formal o informal, como quien dice, su puesto es el de instancia o escala final en la búsqueda de solución de los conflictos sociales. (…).*

el de función pública, pues de acuerdo a la posición doctrinal que se acoja, esos serán los objetos de protección de la normatividad disciplinaria.

Por otro lado, se hablará del concepto central de éste escrito que es el de ***Ilicitud Sustancial*** como elemento que delimita la antijuridicidad de la responsabilidad disciplinaria, pues el artículo 5º de la Ley 734 de 2002 (actual Código Disciplinario Único) define la antijuridicidad de la falta disciplinaria en los siguientes términos: *"**ARTÍCULO 5o. ILICITUD SUSTANCIAL.** La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna."*

Se debe decir que el alcance de la ***Ilicitud Sustancial*** no ha sido definido de manera unánime por parte de la doctrina, ni muchos menos por parte de la jurisprudencia, pues la verdad no existe un gran desarrollo doctrinal, lo cual se atribuye a que hasta hace muy pocos años el estudio del derecho disciplinario no era muy importante y significativo, debido a que antes se entendía como una subdivisión del derecho penal, por lo que los principios de esa rama eran aplicados al derecho disciplinario, haciendo innecesario un estudio más profundo sobre esa modalidad sancionatoria.

Fue más adelante que se vino a entender, como se mencionó el principio de éste escrito, que el derecho disciplinario es un derecho autónomo del derecho penal y una modalidad de derecho sancionador, por lo que su naturaleza, concepto y sus principios rectores deben ser analizados bajo esa óptica, dando así nacimiento a un grupo de doctrinantes nacionales dedicados al análisis de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, el cual encuentra su principal autor en Carlos Arturo Gómez Pavajeau.

Luego de exponer las reflexiones hechas respecto al alcance de la ilicitud sustancial, se expondrá el por qué se debe entender o no el alcance de ese concepto bajo la siguiente hipótesis: *"La **ilicitud sustancial** debe entenderse en términos de antijuridicidad material, lo cual apunta a que la falta, además de ser típica y culpable, debe vulnerar realmente la Función Pública como bien jurídico a proteger por el Derecho Disciplinario, o ponerla en peligro manifiesto, pues ese tipo de derecho sancionador debe ser estrictamente limitado, ya que sus consecuencias son muy gravosas para los derechos de la personas destinatarias de la Ley Disciplinaria"*

1. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO DISCIPLINARIO.

1.1 ORIGEN JURÍDICO NORMATIVO DEL DERECHO DISCIPLINARIO.

Decimos entonces que la potestad sancionadora disciplinaria del Estado es una manifestación del *ius puniendi* en cabeza de éste[4], cuyo objetivo según la jurisprudencia constitucional es el de *"(…..) prevenir y sancionar aquellas conductas que atenten contra el estricto cumplimiento de los deberes que se imponen a los servidores públicos u obstaculicen el adecuado funcionamiento de la administración pública, es decir, la potestad disciplinaria corrige a quienes en el desempeño de la función pública contraríen los principios de eficiencia, moralidad, economía y transparencia, entre otros, que necesariamente deben orientar su actividad."*[5]

Del objetivo del derecho disciplinario descrito por parte de la Corte Constitucional, se debe decir que es acertado, pues las normas disciplinarias están encaminadas a la protección de la administración pública, pero no entendiendo ésta como una estructura sino como un conjunto de funciones o de actividades encaminadas a satisfacer los fines del Estado. Por ello esa Alta Corporación establece, como pauta, que las acciones u omisiones que deben ser castigadas por las sanciones disciplinarias son las que vayan en contra de los principios de eficiencia, moralidad, economía, transparencia etc.[6]

---

[4] Dicha potestad ha sido entendida como una potestad administrativa sancionadora del Estado, según una sentencia citada en la Segunda Edición del libro Código Disciplinario Único. Concordado, Comentado, Jurisprudencia y Práctica, de autoría de Jeannethe Navas de Rico, en el que se definió como: *"(….) 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 medio punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de sus cometidos"*

[5] Corte Constitucional, Sentencia C-028 del 26 de enero de 2006, Expediente D-5768. M.P.: Humberto Sierra Porto.

[6] La Constitución Nacional es clara al establecer en su artículo 209 que esos principios son los que regulan la función administrativa. Dicha norma en su inciso primero dice lo siguiente: *"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones."*

Se debe resaltar que la previsión de algunos de esos principios como propios de la función pública no son una innovación de nuestra Constitución Nacional, pues nuestro Código Contencioso Administrativo de 1984 ya se refería a ellos en los siguientes términos:

> *"**ARTICULO 3o. PRINCIPIOS ORIENTADORES.** Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera."*

Entonces, entrando en el tema del origen normativo del derecho disciplinario, tenemos que la norma fundamento principal de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos es la consagrada en el artículo 6 C.N., el cual prevé lo siguiente: *"Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones."*

Eso ha sido reiterado por la Corte Constitucional en la sentencia C-028 de 2006, con ponencia del Dr. Sierra Porto, providencia en la cual dijo respecto al artículo citado:

> *"Entre dichas normas se destaca en primera medida el artículo 6 de la Carta Fundamental, contentivo del principio de legalidad, el cual establece que "los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus*

funciones". Con ello, como bien lo puso de presente el Ministerio Público, no se hizo cosa distinta que establecer una cláusula de responsabilidad, que otorga sustento a los diferentes controles (disciplinario, penal, fiscal, etc.) que se instituyen para garantizar el adecuado cumplimiento de las funciones públicas, es decir, el constituyente señaló expresamente que quienes lleven a cabo dichas funciones responderán por el cumplimiento efectivo de las mismas, en concordancia con lo estipulado por la Constitución y la ley."

Frente a la extensión del principio de legalidad, se debe decir que el ejercicio de la función administrativa se encuentra regido por el denominado principio de legalidad, pues los servidores públicos y los particulares que la ejercen siempre deben hacerlo de acuerdo con el ordenamiento jurídico, pues es este el que define la competencia de ese titular de la función administrativa, el tipo de decisiones que puede tomar y el procedimiento que debe seguir para su consecución.

La doctrina dice que ese principio de legalidad tiene una extensión, pues, si tomáramos una posición extrema, diríamos que lo único que hacen las autoridades administrativas es tomar la norma o normas superiores y aplicarlas. Sin embargo, al afirmar que la función administrativa está subordinada a la ley, no significa que su aplicación o la realización de la función administrativa por las autoridades competentes se trate de una aplicación automática de la ley en donde no hay ninguna posibilidad de evaluación, de apreciación subjetiva por parte de quien cumple la función administrativa y por ende aplica la norma. Ese planteamiento nos conduce a determinar cuál es la verdadera extensión del principio de legalidad. Eso es muy importante porque de ese aspecto

depende el ámbito de ejercicio de la función administrativa, pues delimita los eventos en los cuales las autoridades administrativas deben aplicar únicamente la ley o cuándo tienen otras posibilidades en el ejercicio de sus funciones.

Para determinar la extensión del principio de legalidad, se debe partir de la base de que dentro de las funciones administrativas existen unas competencias regladas y otras discrecionales. Se entiende por competencia reglada aquella en la cual el ordenamiento jurídico atribuye la competencia y establece la forma en que se debe ejercer. En esos casos, la autoridad administrativa cuando tiene que ejercer su función y aplicar esas normas, realmente tiene un grado mínimo de discrecionalidad. En cambio, en esta última la ley atribuye la competencia a la autoridad correspondiente, pero es la misma ley la que le da discrecionalidad a esa autoridad, pues la norma deja la posibilidad que el funcionario evalúe, considere, aprecie las circunstancias y decida si actúa o no actúa y si va actuar puede definir de qué forma.

De lo dicho tenemos que las actuaciones de los servidores públicos se deben regir por el principio de legalidad, el cual define su extensión dependiendo si la competencia que regula esta completamente o casi totalmente reglada, o si por el contrario su ejercicio queda a la discreción del funcionario. Así podemos concluir que la responsabilidad disciplinaria parte de la violación al principio de legalidad por parte del funcionario sujeto disciplinable, principio que se compone de todas aquellas normas que rigen la función pública específica en cada caso concreto.

Igualmente, en la sentencia C-028 de 2006 se hace referencia a las normas constitucionales que justifican la existencia del derecho disciplinario y que en un

momento dado servirían como criterios interpretativos de las normas de esa índole al ser aplicadas a un caso concreto. En esa providencia se dijo:

> *"También, se encuentra el artículo 122 constitucional, que precisa que en Colombia no habrá empleo que no tenga funciones detalladas en la ley o en el reglamento. De dicha norma, se vislumbra claramente que en caso de inobservancia de las disposiciones consagradas en la ley o el reglamento, los funcionarios pueden ser sometidos a un control de tipo disciplinario. De igual modo, el referido mandato constitucional estipula que el funcionario, al momento de entrar a desempeñar sus funciones, debe manifestar bajo la gravedad de juramento el compromiso de cumplir la Constitución, la ley y los reglamentos, en lo referido a los deberes, obligaciones y demás asuntos propios del cargo que desempeña, la cual es una formalidad que pone de presente el deber de actuar conforme a los lineamientos dispuestos para el ejercicio de la función pública o para la prestación del servicio público al cual se compromete, por lo que como consecuencia de ese compromiso y en desarrollo del principio de legalidad, se le puede exigir al funcionario la conformidad de sus actuaciones con el querer de la administración y, por ende, se le puede reprochar en caso de que por su parte se presente algún tipo de incumplimiento.*
>
> *Bajo la misma óptica, el artículo 123 de la Constitución advierte claramente que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercerán sus funciones en la forma prevista en la Constitución, la ley y el reglamento. Al respecto, es preciso preguntarse si*

establecidos estos fundamentos ¿Es o no elemental la instauración de un control especializado que se encargue de cerciorarse de que tales directrices se lleven a cabo?, y si, ¿En caso de que las mismas se incumplan es propio o no del Estado defender sus intereses, que en últimas son los intereses de la comunidad?.

En igual sentido, el artículo 124 constitucional reza que "la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva", con lo que se pone de manifiesto que la misma Carta Política hace mención expresa a que los servidores públicos deben responder por el adecuado cumplimiento de las tareas que en beneficio de la comunidad decidieron asumir. El artículo 125 establece que procede el retiro de los servidores públicos, entre otras causas, por violación del régimen disciplinario, lo cual evidencia indiscutiblemente la existencia de la potestad disciplinaria y su carácter esencial en el cumplimiento de las finalidades estatales.

Como complemento de lo anterior, el artículo 209 constitucional establece los fundamentos sobre los cuales debe desarrollarse la función pública, esto es, establece unos parámetros que orientan su correspondiente desarrollo. Dicha norma en forma manifiesta indica 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". Vale la pena señalar que es a través del desempeño de la funciones públicas en esos términos, que se asegura el cumplimiento del interés general para el cual las mismas han sido

establecidas, por encima del interés particular que cualquier persona pueda tener en ese ejercicio, pero todo ello resultaría totalmente inocuo y desacertado, sin el establecimiento de un andamiaje propio que le permita al Estado verificar que dichos lineamientos están siendo cumplidos de manera efectiva, elemento que le da razón de ser a la función disciplinaria."

Vemos que en la consideración hecha por la Corte Constitucional respecto al artículo 209 C.N., se hace énfasis en la relación entre función pública con la función disciplinaria, lo cual denota que el concepto de función pública es esencial para la existencia del derecho disciplinario, pues es el bien jurídico a proteger por parte de las normas disciplinarias.

Esa relación entre la función disciplinaria y la función pública ha sido confirmada por Nancy Yanira Muñoz Martínez, quien, al hablar del fundamento constitucional de la función disciplinaria, ha escrito lo siguiente:

"La función disciplinaria, como parte de la función pública que ejerce el estado a través de las autoridades de la República, entre éstas, las administrativas, se cumple al servicio de los intereses generales y en desarrollo de los principios de "…igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad,…". En consecuencia, las autoridades deben coordinar sus actuaciones para la adecuada ejecución de los fines del Estado consagrados en el artículo 2º superior, razón por la cual "la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá

un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley…" (art.209 C.N.)

Ahora bien, el capítulo 2º del comentado Título V de la Carta comprende el marco genérico dentro del cual ha de desenvolverse la función pública, con base en el principio de legalidad, de acuerdo con el cual todo empleo público debe tener funciones detalladas en la ley o reglamento (art.122); la definición de servidores públicos y la responsabilidad a que están sujetos (arts. 123 y 124); el establecimiento de normas básicas sobre carrera administrativa, inhabilidades para nombramientos y prohibiciones a servidores públicos (arts. 125, 126, 127, 128 y 129); y la comisión nacional del servicio civil para la administración y vigilancia de las carreras de los funcionarios públicos, salvo las de carácter especial (art.130).

Constituye, así mismo, premisa de la función pública del Estado en cabeza de sus autoridades, la contenida en el artículo 6º de la Carta en cuanto establece que "Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones", toda vez que esta norma se erige en el fundamento de rango constitucional, de la responsabilidad disciplinaria

de los servidores públicos, el cual se halla desarrollado principalmente por la Ley 200/95."[7]

Del texto de Muñoz Martínez vemos que ella relaciona la función disciplinaria como parte de la función pública, cuando la tendencia es a entender ésta última como el bien jurídico a proteger por el derecho disciplinario. Sin embargo, el hecho de ligar la función disciplinaria como una manifestación de la función pública no presenta ningún tipo de problema, ya que es totalmente válido que el mismo sistema de normas que reglamentan las funciones del Estado, tenga y consagre instrumentos para velar por su correcto funcionamiento, al punto que el operador disciplinario que ejerza de manera arbitraria la función disciplinaria, puede estar vulnerando la función pública.

Es claro que la potestad disciplinaria del Estado tiene un origen constitucional en diferentes normas de la carta superior, en las cuales se hace mención al concepto de función pública[8].

---

[7] Muñoz Martínez, Nancy Yanira. La Doble Naturaleza del Poder Disciplinario. En Colección Derecho Disciplinario No.1. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. 2002.

[8] Respecto al origen constitucional del derecho disciplinario, como grupo de normas que regulan la potestad disciplinaria sancionadora del Estado, la Procuraduría General de la Nación como principal ente disciplinario dijo en su concepto No.4263 del 15 de febrero de 2007:
"Así las cosas, sin duda alguna se puede afirmar que la regulación de un régimen disciplinario con la consagración de faltas, sanciones e inhabilidades no corresponde a un capricho del legislador sino al cumplimiento de los mandatos constitucionales que prescriben que los servidores públicos son responsables por la omisión o la extralimitación en el ejercicio de sus funciones, en consonancia con las disposiciones constitucionales que consagran como único objetivo de velar por el cumplimiento de los fines del Estado, y frente al desconocimiento y desviación de los deberes asignados, la respuesta del Estado no puede ser otra que la aplicación inmediata y en riguroso sentido de la normatividad que se ocupa de desarrollar esos principios superiores.
Es por tanto, que si el servidor público a través de su conducta se aleja de los fines estatales y no cumple con los principios a los que se comprometió cuando tomó posesión del cargo, de manera inmediata le nace al Estado la potestad de controlar, mediante sus órganos internos de las entidades o externos –Procuraduría, Personería- el acto en que quedó consignada la decisión del servidor público, para establecer su responsabilidad disciplinaria, e inclusive acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para que se evalúe el acto mismo." (Subrayas fuera del original).

Frente a la regulación legal del derecho disciplinario, encontramos diferentes grupos normativos. Para demostrar lo dicho, tenemos que María Mercedes López Mora en su artículo *"Ilícito Disciplinario"*[9] realiza una enunciación de las normas con regulación de la función disciplinaria que han sido expedidas en nuestro ordenamiento jurídico. Dicha enumeración es la siguiente:

- Ley 4ª de 1913, en la que se abrió la posibilidad de imponer ciertas medidas a los agentes subordinados del estado que no desempeñaran sus funciones de manera correcta o por no cumplir horarios. Dentro de las sanciones descritas por la autora, estaban las de apercibimiento, multa, suspensión y remoción del cargo.
- Decreto 1732 de 1960, cuyo contenido era el determinar procedimientos disciplinarios al interior de la administración.
- Decreto 2400 de 1968, por medio del cual se reglamentó el régimen disciplinario de los funcionarios del orden nacional.
- Decreto 694 de 1975, con regulación específica para funcionarios y empleados del Sistema Nacional de Salud.
- Decreto 937 de 1976, regulación de funcionarios de la Contraloría.
- Decreto 1651 de 1977, funcionarios de la Seguridad Social.
- Decreto 1660 de 1978, regulación de los funcionarios judiciales y del Ministerio Público.
- Decreto 3404 de 1983, con regulación referente a los procesos disciplinarios.
- Decreto 052 de 1987, por el cual se estableció el régimen de carrera y normas disciplinarias de los funcionarios judiciales.

[9] Dicho artículo fue publicado en Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen 13, Obra Colectiva. Procuraduría General de la Nación – Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Bogotá – Colombia. 2009.

- Decreto 1888 de 1989, Régimen Disciplinario de los servidores de la Rama Judicial.
- Decreto 085 de 1989 y 2584 de 1993, funcionarios de las fuerzas militares.
- Decreto 2699 de 1991, Régimen Disciplinario de los empleados de la Fiscalía General de la Nación.
- Ley 200 de 1995, Estatuto Único Disciplinario, por medio del cual se unificó el régimen para todos los servidores públicos del Estado en todos, los niveles, funcionarios del Banco de la República y particulares que ejerzan funciones públicas de manera transitoria y permanente. Dicho estatuto no se aplicaba a los miembros de la Fuerza Pública.
- Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la cual incluyó deberes y prohibiciones para los servidores de la rama judicial.
- Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, el cual derogó la Ley 200 de 1995, con el ánimo de unificar el régimen disciplinario de los servidores del Estado.
- Ley 836 de 2003. Régimen Disciplinario para las Fuerzas Militares. (Esta última no fue incluida por López Mora en el escrito citado).

Lo dicho hasta acá nos permite concluir que el derecho disciplinario tiene un sustento constitucional y legal propio, y que su origen jurídico se encuentra en la potestad disciplinaria del Estado como modalidad de su prerrogativa sancionadora, la cual es una manifestación del poder público estatal, que tiene como finalidad el cumplimiento de todos los fines constitucionales y legales que le ha asignado el pueblo, sobre el cual recae la soberanía.

1.2. NATURALEZA DEL DERECHO DISCIPLINARIO.

Respecto a la naturaleza del derecho disciplinario se debe decir que existen básicamente tres tendencias. Una primera que establece su origen en el derecho administrativo. La segunda que afirma que su origen es de índole penal y una tercera teoría que es ecléctica ya que habla de un origen mixto del derecho disciplinario[10].

Es importante resaltar que teniendo en cuenta las diferentes características de las tendencias mencionadas, es posible aproximarse a una delimitación del concepto de ilicitud sustancial, pues al margen de que se hable en la actualidad de la independencia del derecho disciplinario, eso no quiere decir que no se deban aplicar en su interpretación y aplicación los principios propios del derecho sancionador, que son en últimas los criterios que permiten precisar los conceptos que no tienen una definición debidamente determinada en la ley, tal y como ocurre con la ilicitud sustancial como elemento para endilgar responsabilidad disciplinaria.

Por lo anterior es necesario hacer referencia a las diferentes tendencias con las que se ha tratado de explicar el origen del derecho disciplinario, exponiendo sus principales características para así tener elementos que permitan explicar el alcance de la ilicitud sustancial, lo cual es el tema principal de este trabajo.

[10] Cfr. Gómez Pavajeau, Carlos A. Dogmática del Derecho Disciplinario 4° Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá – Colombia, 2007. Pág. 45 – 109.

1.2.1. Tendencia del origen administrativo del Derecho Disciplinario.

Respecto a ésta tendencia tenemos que los doctrinantes extranjeros[11] se han clasificado en tres fases en las cuáles identifican determinadas características en el derecho disciplinario. Esas fases son:

- **Fase de la arbitrariedad:** En ésta fase se habla de que el derecho disciplinario obedecía a la idea de discrecionalidad[12] con base en la aplicación de los principios de conveniencia y oportunidad. Así las cosas, las principales características del derecho disciplinario en esta fase son: 1) Ausencia de tipificación de las faltas y de las sanciones, 2) Es discrecional desde el aspecto sustancial y procesal, de acuerdo a razones de conveniencia y oportunidad y 3) El funcionario tiene amplios poderes de apreciación.

  Ramírez Rojas dice que dentro de los principales autores de la arbitrariedad tenemos a: Ludwig Spiegel, Gastón Jéze y Sayagués Lazo.

  Ésta fase se critica por basarse en una idea de discrecionalidad prácticamente absoluta, pues denota claramente una ausencia del principio de legalidad, el cual es un postulado propio de cualquier clase de ejercicio de la potestad sancionadora del Estado Moderno.

[11] En cuanto a la doctrina nacional, el profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau identifica a Juan Alberto Polo Figueroa, Jorge Enrique Ayala Caldas, Gabriel Rojas Arbeláez y Efraín Gómez Cardona como partidarios del origen administrativo del Derecho Disciplinario.

[12] Cfr. Ramírez Rojas, Gloria E., Dogmática del Derecho Disciplinario en preguntas y respuestas. Colección Derecho Disciplinario No.20. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá – Colombia. 2008. Pág. 29

- **Fase moderada:** En ésta fase lo que se busca por parte de sus exponentes es la introducción y reconocimiento del principio de legalidad de las faltas y las sanciones, sin reconocer aún la existencia de una responsabilidad subjetiva, pues no contemplan la idea del principio de culpabilidad dentro del derecho disciplinario. Dentro de sus autores principales tenemos a Gabino Fraga, Pedro Guillermo Altamira y Carlos Apesteguía[13].

- **Fase de la legalidad:** Siendo sus principales doctrinantes: Sabino Álvarez Gendin, José Canasi, Rafael Manzana Laguarda, Mercedes Lafuente Benaches y Bartolomé Fiorini, las características de ver al derecho disciplinario como derecho administrativo desde la fase de legalidad son[14]: 1) Admisión y exigencia de los principios de legalidad y tipicidad de las faltas y las sanciones, 2) Prohibición de la analogía respecto de la tipicidad de las faltas, 3) Aceptación parcial del principio de culpabilidad, no bajo el concepto de dolo y culpa, sino bajo el principio de la constatación de la mera voluntad. e 4) Infracción de los deberes funcionales como determinante en la existencia del ilícito disciplinario.

Revisadas cada una de las fases en las que se han agrupado los partidarios del origen administrativo del Derecho Disciplinario, es claro que la fase de arbitrariedad no tiene cabida para explicar el origen administrativo del derecho disciplinario, pues, como se mencionó anteriormente, la función disciplinaria es una manifestación de la función pública, por lo que no se puede concebir la idea que no esté sujeta al principio de

[13] Cfr. Ibid. Pág. 33.
[14] Cfr. Ibid. Pág. 34.

legalidad, ni muchos menos que se permita la discrecionalidad de los funcionarios respecto a establecer la responsabilidad disciplinaria para imponer las sanciones.

Frente a los postulados de la fase moderada, la posición de la aplicación del principio de legalidad de las faltas y de las sanciones es la más plausible. Sin embargo la no aceptación del principio de culpabilidad, es decir la no aplicabilidad de las categorías subjetivas del dolo y la culpa está totalmente revaluada, ya que es claro que son categorías totalmente procedentes tanto que nuestro actual Código Único Disciplinario habla de faltas disciplinarias dolosas y culposas, consagrando en su artículo 6º Ley 734 de 2002 el principio de culpabilidad en los siguientes términos: *"En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa."*

Finalmente se debe decir que la fase de la legalidad es la que contiene las características del derecho disciplinario que más se ajustan a los principios constitucionales de nuestro ordenamiento, enfatizando que la infracción de deberes funcionales es la base para la existencia del ilícito disciplinario, deberes que deberían estar previamente definidos en la ley, al igual que cada uno de los conceptos a través de los cuales el juzgador determina la eventual responsabilidad de un sujeto disciplinable, de ahí que cada elemento de la falta disciplinaria debe estar debidamente comprobado, pues esta debe ser típica, ilícita sustancialmente y culpable.

1.2.2. Tendencia del origen penal del Derecho Disciplinario

La premisa de ésta tendencia es resumida por Ramírez Rojas en los siguientes términos: *"lo determinante es el bien jurídico, por lo que injusto penal e injusto disciplinario no*

difieren cualitativa sino cuantitativamente, en razón a las sanciones (diferencia de grado).[15]

Bajo esa premisa esa posición es definitiva para poder determinar el alcance de la ilicitud sustancial como elemento configurador de la responsabilidad disciplinaria, pues al señalar que el derecho disciplinario tiene como finalidad la protección del bien jurídico función pública, estamos partiendo de la base de que éste tiene raigambre penal, aunque en ningún momento, se reitera, este tipo de afirmaciones deben entenderse respecto a que dicha posición está encaminada a negar la autonomía del derecho disciplinario, al contrario, al precisar en el capítulo correspondiente a cómo delimitar el ilícito disciplinario, tenemos que al no haber una definición legal de deber sustancial y su contenido, será necesario el partir de la vulneración o puesta real en peligro de la función pública como interés jurídico a proteger por las normas disciplinarias.

En ese orden de ideas, tenemos que los autores extranjeros Adolfo Carretero Pérez y Adolfo Carretero Sánchez advierten la naturaleza penal del derecho disciplinario en los siguientes términos: *"(…). Le asignan al derecho sancionador administrativo la función de protección de bienes jurídicos y como consecuencia hablan de antijuridicidad formal y material; admiten causales de justificación incluso por la vía de la analogía desarrollan la culpabilidad a la usanza del derecho penal neoclásico (…)"*[16]

Esa posición es de suma importancia, ya que una de las interpretaciones que han servido para determinar el alcance del concepto de ilicitud sustancial en materia disciplinaria,

[15] Cfr. Ibid. Pág. 40.
[16] Citados por Gómez Pavajeau, en su Dogmática del Derecho Disciplinario. Pág. 91.

es la de entender que la falta será antijurídica siempre y cuando lo sea materialmente. Ese concepto de antijuridicidad material es de origen penal, la cual se puede definir así:

a. *"El principio de lesividad suele sintetizarse en el tradicional aforismo liberal no hay delito sin daño, que –traducido a lenguaje actual- equivale a la no existencia de la conducta sin amenaza concreta o real, o daño para el "bien jurídico tutelado", pues el cometido del derecho penal no es defender ideas morales, estéticas o políticas, ni patrocinar actividades sociales concretas. En otras palabras: la intervención punitiva solo es viable en relación con las conductas de trascendencia social (….)"*[17].

b. *"La antijuridicidad puede ser vista formal o materialmente. (….) Con la segunda se piensa en una conducta que en verdad además de desconocer la ley formalmente, origina perjuicio, reducción, al bien jurídico, o efectivamente le genera un riesgo. De ahí surge que la antijuridicidad no se agota en la mera relación negativa existente entre la conducta y la ley sino que además de ello también posee significado sustancial, o sea que un comportamiento es antijurídico en sentido material solo si menoscaba el bien jurídico protegido por la norma correspondiente o provoca una real posibilidad de daño para el mismo"*[18].

De lo citado se concluye que habrá antijuridicidad material cuando, además de existir una contradicción entre la conducta y la norma, se presente un daño real al bien

[17] Velásquez Velásquez, Fernando, Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 2002. Pág. 48.
[18] Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. Introducción al Derecho Penal 4° Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 2002 Pág. 258

jurídico a proteger o que haya una real puesta en peligro del mismo, lo cual trasladado al derecho disciplinario lleva a entender que la falta disciplinaria será antijurídica si existe una materialidad respecto al daño de la función pública o un real peligro para ella.

Esa concepción de antijuridicidad material ya ha sido reconocida por autores del derecho disciplinario colombiano, como el caso Mejía Ossman, quien sería un posible partidario del origen penal de esa rama del derecho. Al respecto el autor citado dice lo siguiente:

> *"(….) desde la óptica de la "antijuridicidad material" (….), la valoración de la conducta disciplinada debe ser observada desde la "afectación o puesta en peligro de la función pública", lo cual se explica como "la efectividad de la lesión o del peligro a la Administración Pública", para que el comportamiento sea típicamente antijurídico. El no aceptar esta consideración, es permitir que se sancionen comportamientos simple y llanamente por la violación "a la afectación del deber funcional sin justificación alguna", cuando muchas veces no se determina en él la lesión o el daño al bien preciado de Administración o simplemente se podrían tomar como incumplimiento del deber funcional las extralimitaciones del servidor público con ocasión a comportamientos que benefician al ente estatal (….)".*[19]

[19] Mejía Ossman, Jaime. Nuevo Código Disciplinario Único. Ley 734 de febrero 5 de 2002.Comparado – Concordado y Comentado. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2003. Pág. 20

Desde ya se debe decir que la antijuridicidad material, siendo un concepto de origen penal, ha sido utilizada por varios operadores jurídicos para determinar el contenido antijurídico de las faltas disciplinarias.

1.2.3 Tendencia del origen administrativo-penal del derecho disciplinario.

Básicamente ésta tendencia acepta características propias de las dos anteriores, determinando que el derecho disciplinario se nutre de conceptos y principios del derecho administrativo y del derecho penal. En ésta tendencia los autores *"(…) admiten el "principio de legalidad" con algunos matices, como la configuración de un ilícito diferente del derecho penal, y para otros, en la idea de crear un supraconcepto de ilícito para ambas modalidades de derecho sancionatorio, y el préstamo por el derecho penal del principio de culpabilidad, pues es la única rama del derecho que lo ha desarrollado".*[20]

Especificada la tendencia mixta del origen del derecho disciplinario, se debe decir que se comparte esa idea de que las normas disciplinarias, su interpretación y aplicación se nutran de conceptos y principios administrativos como penales, pues, como se dijo al principio de éste escrito, el objetivo de la función disciplinaria es la protección de la función pública, por lo que no se puede dejar de lado la aplicación de conceptos propios del derecho administrativo, al punto, que la misma función disciplinaria, reitero, es una manifestación de la función pública.

[20] Ramírez Rojas, Gloria E., Dogmática del Derecho Disciplinario en preguntas y respuestas. Colección Derecho Disciplinario No.20. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá – Colombia. 2008. Pág.43.

En cuanto a los conceptos penales, es claro que son aplicables al derecho disciplinario, no sólo el principio de culpabilidad, sino también el principio de legalidad y el que explica el contenido antijurídico de una conducta, por lo que es válido que la ilicitud sustancial de la falta disciplinaria deba entenderse bajo la óptica de la antijuridicidad material o lesividad, circunstancia que no es nueva ni ajena desde el punto de vista de la naturaleza del derecho disciplinario, al punto que desde ya vario tiempo se ha manejado la posición que el origen y naturaleza de esta modalidad de derecho sancionador se nutre del derecho administrativo y del penal.

1.2.4. Pronunciamientos jurisprudenciales respecto a la naturaleza del derecho disciplinario.

Dejando de lado la doctrina, es pertinente hacer referencia a lo que dice la jurisprudencia constitucional y administrativa respecto de la naturaleza del derecho disciplinario.

Tenemos que la Corte Constitucional en la providencia C-948 de 2002, con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, respecto al derecho disciplinario manifestó:

> *"También ha señalado la jurisprudencia que si bien hay elementos comunes a los diversos regímenes sancionadores es lo cierto que las características específicas de cada uno de ellos exigen tratamientos diferenciales.*
>
> *En ese orden de ideas, la Corte ha expresado que "entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser*

desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial-como los servidores públicos-o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal."

Por otro lado, esa misma corporación en sentencia C-117 de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, dijo lo siguiente:

"La Corte Constitucional en múltiples oportunidades ha señalado que el derecho sancionador del Estado es una disciplina compleja que cobija especies como el derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el ejercicio del poder de policía, el derecho de punición por indignidad política, y el control de las profesiones, entre otras. Ha establecido que los principios del derecho penal -como forma paradigmática de control de la potestad punitiva- se aplican, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado. Sin embargo, en

aquellos ámbitos distintos al derecho penal, dicha aplicación ha de considerar sus particularidades y especificidades."

De las sentencias citadas de la Corte Constitucional, tenemos que para ella el derecho disciplinario es una modalidad de Derecho Sancionador del Estado, lo cual nos podría llevar a inferir que su posición es que el derecho disciplinario no es de naturaleza penal. Sin embargo, se acepta por dicha corporación que los principios del derecho penal se aplican al derecho disciplinario como modalidad de derecho sancionador, lo cual lleva a pensar que asume que el disciplinario tiene raigambre penal.

Se ve entonces que la Corte Constitucional no es contundente para definir la naturaleza del derecho disciplinario, sin embargo, de los pronunciamientos citados, pareciera que su posición se basa en el origen y naturaleza administrativa-penal del derecho disciplinario.

En cuanto al Consejo de Estado, tenemos que la Sala de lo Contencioso Administrativo. - Sección Segunda, en sentencia de abril ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991). Expediente No. 1625. Consejero Ponente: Doctor Álvaro Lecompte Luna, se pronunció frente al derecho disciplinario de la siguiente forma:

"El derecho disciplinario, tanto el que se desarrolla y lleva a cabo al interior del organismo o entidad donde labora o laboró el empleado o funcionario oficiales como el externo que es de competencia de la Procuraduría General de la Nación, responde a una finalidad diferente a la que asiste el derecho penal clásico o propiamente dicho y al derecho penal administrativo o

administrativo penal. Porque la materia del derecho disciplinario es la observancia de los deberes, obligaciones y derechos de los funcionarios o empleados y, como consecuencia, las faltas o conductas en que incurran en detrimento del servicio público que se le ha confiado, así como el procedimiento para investigar y determinar la ocurrencia de esas faltas y las sanciones aplicables a los infractores. Por otra parte, para ser sujeto del derecho disciplinario es necesario que se sea o se haya sido funcionario o empleado oficial. Y, por último, las sanciones disciplinarías son correctivas, en ningún caso represivas o depurativas como lo son las del derecho penal clásico." (Subrayas mías).

Por otro lado, la Sala de Consulta y Servicio Civil, como instancia consultiva del Consejo de Estado, en su concepto con radicación 1.196 y que data del veintiuno (21) de junio de 1999, dijo:

"Dos características esenciales se han reconocido al derecho disciplinario: de una parte su carácter punitivo y de otra su naturaleza administrativa.
(….)

La naturaleza administrativa del derecho disciplinario estriba en que tiende a preservar la organización de la administración pública y a garantizar su funcionamiento, toda vez que pretende mantener el orden institucional, por lo cual está destinado a sujetos determinados, es decir, a quienes tienen relación de sujeción específica con aquélla." (Subrayas propias).

Se ve entonces que no existe una posición unánime y clara respecto a la naturaleza del derecho disciplinario. En lo que respecta a Colombia, se partió de la naturaleza administrativa, pero poco a poco se ha ido entiendo como una modalidad de derecho sancionador.

1.3. RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN Y LOS SUJETOS DISCIPLINABLES.

El concepto de relaciones especiales de sujeción[21] es un elemento primordial para la existencia, naturaleza y aplicación del derecho disciplinario, al punto que puede ser un criterio de interpretación al momento de aplicar las normas disciplinarias, pues, como se verá más adelante, de ahí se deriva el conjunto de deberes en cabeza de los destinatarios de la ley disciplinaria, y se constituye como el criterio de imputación de una responsabilidad disciplinaria.

La importancia del concepto es tal, que para el profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau es una categoría dogmática superior del derecho disciplinario.

Sin lugar a dudas, el concepto de relaciones especiales de sujeción es la base de la función disciplinaria del Estado, pues tenemos que *"(….) al interior de la organización política, existen unos vínculos más o menos estrechos entre el Estado y su población dependiente jurídicamente respecto de aquél, estando conformada ésta por dos grandes*

[21] El profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau en su artículo *"Sobre los orígenes de la Relación Especial de Sujeción y sus repercusiones actúales"*, publicado en Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen Tres. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Primera Edición. Bogotá. 2007. Pág. 31, frente al nacimiento de las relaciones especiales de sujeción dijo lo siguiente: *"En efecto, la doctrina más aceptada en torno al nacimiento de la teoría de la "Relación Especial de Sujeción" fija su germen en el periodo político de la llamada Monarquía Constitucional Alemana, cuyo modelo de desarrollo tuvo ocurrencia dentro de las tres primeras décadas del siglo XIX, teniendo como característica fundamental y definitoria en que se pudiese hablar de otro tipo de "relación jurídica", a saber: la conocida como "Relación General de Sujeción".*

grupos: los particulares y los funcionarios públicos (ciudadanos y poderes públicos de acuerdo con el artículo 9 superior de la Constitución Española)"[22]

Entonces, para entender el contenido de las relaciones especiales de sujeción se debe partir de que existen relaciones generales de sujeción, entendidas éstas como aquellas que comprometen a cualquier persona. En cambio, se habla de relaciones especiales de sujeción cuando existe un vínculo hacía la organización política, es decir hacia el Estado, bajo diferentes circunstancias, como por ejemplo en la edad media por obediencia y fidelidad[23].

Sin embargo, en vista que el análisis que interesa es el jurídico, tenemos que la diferenciación entre relaciones generales de sujeción y las especiales permiten hablar de una autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal, sin que esto implique que el primero no se pueda nutrir de los conceptos del segundo, pues comparten características y principios por ser modalidades de derecho sancionador, como manifestación del *ius puniendi* del Estado.

---

[22] Forero Salcedo, José R., Manual de Derecho Disciplinario de los Servidores Públicos y Particulares Disciplinables. Primera Edición. Grupo Editorial Ecomedios. Bogotá. 2003. Pág. 67

[23] Esta posición ha sido prohijada por el profesor español García Macho quien sostiene que las relaciones especiales de sujeción tienen origen medieval en el feudalismo. Eso criticado por el profesor Gómez Pavajeau en su artículo *"Sobre los orígenes de la Relación Especial de Sujeción y sus repercusiones actuales"* al decir: *"Particularmente discrepamos de la opinión de GARCIA MACHO, puesto que la "relación de vasallaje se desarrolló en una muy concreta etapa de la Edad Media, aquella conocida como Alta Edad Media, que tuvo ocurrencia entre los siglos V y XI d.C.*
Se caracterizó dicha etapa por cuanto el poder político se encontraba difuminado, pues si bien existían "reinos", el poder de los reyes era más simbólico que real, puesto que este verdaderamente lo detentaban los señores feudales. Incluso, puede decirse, los señores no se encontraban sometidos al rey; no eran sujetos pasivos de su sometimiento – sometidos- sino sujetos que sometían a los siervos de la gleba.
Tal sometimiento, basado en lealtades personales, tenía una única manifestación y por lo tanto entonces era indiferenciable: era por sí mismo y exclusivamente un poder general y absoluto de sujeción".

Al Respecto el profesor José Forero Salcedo ha dicho lo siguiente: *"(…) se observa cómo el Derecho Penal se identifica con las relaciones generales de sujeción, en cuanto que en la conducta típica, antijurídica, culpable y punible, puede incurrir cualquier persona, en tanto que la falta disciplinaria, en principio, solamente se le puede atribuir al funcionario público, de ahí que el Derecho disciplinario corresponda a la categoría jurídica de las relaciones especiales de sujeción"*[24]

Con base en lo dicho, se concluye que las relaciones especiales de sujeción son la base del derecho disciplinario, ya que permiten determinar, además de su naturaleza y autonomía, un aspecto muy importante como el de los destinatarios de la ley disciplinaria es decir quiénes son los sujetos disciplinables, así como el poder precisar la existencia de un conjunto de deberes en cabeza de dichos sujetos los cuales deben ser acatados al momento del ejercicio de la función pública en cabeza del servidor público.

1.3.1 Concepto de Relaciones Especiales de Sujeción

Cuando se habla de relaciones especiales de sujeción se hace referencia a un status jurídico en virtud del cual una persona se encuentra subordinada al Estado, teniendo que cumplir con ciertas obligaciones, exigencias y deberes, los cuales se encuentran debidamente establecidos en el ordenamiento jurídico en virtud del principio de legalidad de las actuaciones públicas. Se debe destacar, como se mencionó anteriormente, que se habla de relaciones especiales debido a que el fundamento del derecho disciplinario es el ejercicio de una función pública.

[24] Forero Salcedo, José R., Estado Constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. Colección Derecho Disciplinario No.15. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá – Colombia. 2007. Pág.105

En cuanto a la definición de las relaciones especiales de sujeción, el autor nacional más autorizado para darla es el profesor Gómez Pavajeau, quien dice que *"(…) el concepto de relación especial de sujeción como categoría dogmática del derecho público, de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública, es la especial posición jurídica que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen obligaciones y deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial, en búsqueda de su configuración y encauzamiento en el ámbito de una ética de lo público, que prefiguran de una manera sui generi la estructura de la responsabilidad disciplinaria en el marco del respeto de los derechos fundamentales"*[25].

Respecto al concepto de relaciones especiales de sujeción, la Corte Constitucional ha emitido pronunciamientos sobre el particular. Por ejemplo, en la sentencia C-244 de 1996, M.P. Gaviria Díaz, se concluyó que la relaciones especiales de sujeción son la justificación de la potestad disciplinaria al decir*: "La acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales."*

[25] Gómez Pavajeau, Carlos A., La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario. Colección Derecho Disciplinario No.5. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá – Colombia. 2003

En otra sentencia, la misma Corte Constitucional dijo: *"Esto significa que la potestad disciplinaria se manifiesta sobre los servidores públicos, esto es, sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo. En efecto, en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona."*[26]

Tenemos entonces que para la Corte Constitucional es totalmente claro que la justificación de la aplicación del derecho disciplinario a los servidores públicos es la existencia de esas relaciones de sujeción especial que nacen entre estos y la organización estatal[27].

Para la Sala Disciplinaria del Consejo Superior la Judicatura, la categoría de relaciones especiales de sujeción también se constituye como el fundamento del derecho disciplinario[28].

---

[26] Sentencia de constitucionalidad. C-280 de 1996. M.P. Martínez Caballero.

[27] En cuanto a la utilización de la categoría de las relaciones especiales de sujeción por la Corte Constitucional, Gómez Pavajeau en su escrito *"Sobre los orígenes de la Relación Especial de Sujeción y sus repercusiones actúales"*, antes referido, concluye lo siguiente: *Como puede verse, la categoría de Derecho Público denominada "Relación Especial de Sujeción" ha sido utilizada por la jurisprudencia constitucional en el ámbito conceptual del derecho disciplinario, aunque referido de una manera genérica al supraconcepto jurídico del Derecho Sancionador Administrativo; empero, no parece haber entrado a la explicación de otros institutos jurídicos diferentes de aquél a través de dicha categoría."*

[28] Dicha instancia en fallo del seis (06) de febrero de 2008, M.P. Rubén Darío Henao Orozco, manifestó lo siguiente: *"Para la Sala es claro que el Derecho Disciplinario pertenece al ámbito de las relaciones especiales de sujeción , del cual emana el soporte para la construcción de la idea de potestad disciplinaria , entendiéndose como tal "la capacidad sancionadora de la administración frente a sus funcionarios" en orden a exigir obediencia y disciplina, mediante el ejercicio del mando de los servidores públicos, en cuanto a la función pública que éstos desempeñan y respecto de las demás personas que se encuentran ante el Estado en una relación de especial sujeción."*

En otra oportunidad, esa Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura en oficio dirigido al Consejo Seccional del Huila, con ocasión de una acción de tutela, dijo lo siguiente:

> *"En este orden de ideas, se tiene suficientemente decantado que la acción disciplinaria es independiente de cualquier otra de las manifestaciones de la facultad sancionadora del Estado (ius puniendi), habida consideración a que comporta una naturaleza especial, se basa en las relaciones especiales de sujeción entre el Estado y determinados sujetos activos calificados (servidores públicos) y su fundamento reside en la infracción de los deberes y prohibiciones a que están obligados por virtud de esa condición y vínculo funcional, motivo por el cual bien puede ser objeto de examen un mismo comportamiento desde diversas aristas punitivas, sin que ello comporte vulneración a los principios del debido proceso, legalidad, cosa juzgada y non bis in idem."*[29]

De lo citado es totalmente claro que el fundamento del derecho disciplinario es la existencia de unas relaciones especiales de sujeción entre el Estado y el funcionario público, quien al ejercer una conducta oficial en cumplimiento de la Función Pública debe someterse a las reglas, obligaciones y deberes previstos en la ley, pues recordemos que tanto las competencias regladas como discrecionales tienen su origen y límites en la ley, todo en consonancia con lo dispuesto en el artículo 6° de nuestra Carta Política,

[29] Oficio del 13 de septiembre de 2004, emitido por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, con ocasión de la acción de tutela **2004-00276,** presentada por el Dr. José Augusto Rojas Cheyne.

el cual hace referencia al sometimiento de los servidores públicos al ordenamiento jurídico, es decir la aplicación del principio de legalidad.

En ese orden de ideas, tenemos que la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción se deriva del artículo 6° de la Constitución Nacional. Esa circunstancia fue analizada en el escrito titulado "La relación especial de sujeción tiene rango normativo en la Carta Política de Colombia"[30], en el que Gómez Pavajeau sostuvo que el núcleo de la función disciplinaria es la infracción a un deber, conclusión que es de suma importancia para el tema que se trata en el presente escrito, pues entroniza a los deberes de los servidores como el objeto de protección del derecho disciplinario, cuando realmente el bien jurídico a proteger es la función pública, ya que partiendo de la posición del autor mencionado, se podría entender que el contenido antijurídico de una falta disciplinaria se presenta cuando tan solo se viola una norma que consagra el deber correspondiente, lo cual se traduce en una antijuridicidad formal.

[30] Gómez Pavajeau, Carlos A., La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario. Colección Derecho Disciplinario No.5. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá – Colombia. 2003. En dicho artículo se sacaron las siguientes conclusiones: *"Resulta evidente que el artículo 6 de la Carta Política contempla un plus de responsabilidad de los servidores públicos frente a los particulares y así lo ha reconocido la jurisprudencia. Ese plus debe ser configurado por la ley, toda vez que constitucionalmente se le encarga el diseño de la responsabilidad disciplinaria de conformidad con el artículo 124 ibídem. (…) Por contraposición* (haciendo referencia a las relaciones generales de sujeción) *encontramos las relaciones especiales de sujeción, en las cuales el núcleo de lo antijurídico es la infracción de un deber, puesto que el objeto de regulación es la conducta vista independientemente de la interferencia en los derechos de los demás. Lo anterior implica un especial vínculo entre el Estado y la persona, dado por el derecho de la función pública o los estatutos disciplinarios de ciertas profesiones intervenidas oficialmente. Tal es la visión constitucional del derecho disciplinario según se desprende de los artículos 118 parte final, 256 numeral 3° y 277 numeral 6° de la Carta Política, que declaran que el objeto del derecho disciplinario es la "conducta oficial" del servidor público, la cual se determina dentro del "servicio al Estado y a la comunidad" (artículo 123 inciso 2° ibídem), precisada por ley (artículo 124 ibídem), teniendo en cuenta que las funciones públicas vienen consagradas en la Constitución, la ley y el reglamento (artículo 123 inciso 2° ibídem), elevadas a la categoría de deberes que se juran cumplir (artículo 122 inciso 2° ibídem) y así se demanda por las autoridades públicas (artículo 2 inciso 1° ibídem)."*

A lo anterior, debe sumarse, como se expone más adelante, el hecho que no existe una definición legal de *deber funcional*, y tampoco existe una posición unánime a nivel doctrinal o jurisprudencial que permita a los operadores disciplinarios el tener criterios claros para definir qué circunstancia lleva a que la conducta afecte un deber funcional sin justificación alguna, es decir, sea en términos del artículo 5° de la Ley 734 de 2002 ilícita sustancialmente, por lo que se propone es delimitar ese principio partiendo de una antijuridicidad material precisando que habrá ilícito disciplinario cuando se presente un real peligro o daño a la función pública con la acción y/u omisión del sujeto disciplinable.

1.3.2 Sujetos Disciplinables.

Partiendo del concepto de relaciones especiales de sujeción, las cuales se adquieren por un individuo al momento del ejercicio de una función pública (o en palabras de Gómez Pavajeau, de una conducta oficial), es posible definir quiénes son los sujetos destinatarios de las normas disciplinarias y de sus eventuales sanciones.

Este aspecto es importante tocarlo básicamente porque los destinatarios del derecho disciplinario se definen por un criterio material, en donde la función pública es determinante para su aplicación. Lo anterior se constituye como otro argumento más para la propuesta de delimitación de la ilicitud sustancial a través de la vulneración de la función pública como bien jurídico a proteger por las normas disciplinarias.

Como la función disciplinaria es una manifestación de una función pública de autotutela que se rige por el principio de legalidad, se debe acudir a la Ley 734 de 2002

(Código Disciplinario Único) para definir quiénes son los destinatarios de la ley disciplinaria.

Así las cosas, el artículo 25 de la ley mencionada determinó el ámbito personal de aplicación de las normas disciplinarias de la siguiente forma:

> *"Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.*
>
> *Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.*
>
> *Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria."*

Entonces se tiene que el sujeto disciplinable por excelencia es el servidor público[31], pero de manera excepcional se extiende la aplicación del derecho disciplinario a otras personas que no ostentan dicha categoría, pero también cumplen funciones públicas. Lo

[31] Al respecto opina el profesor Jaime Mejía Ossman, en su obra Nuevo Código Disciplinario Único. Ley 734 de febrero 5 de 2002.Comparado – Concordado y Comentado. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2003, lo siguiente: *(…) queremos advertir que la nueva ley disciplinaria en la norma que se comenta, inscribe la expresión "servidor público" como un "ingrediente normativo" que debe ser actualizado, interpretado y aplicado conforme a la definición que sobre él contengan la Constitución Política, las leyes, los decretos, las resoluciones, los reglamentos, y los actos administrativos del gobierno, so pena de vulnerar los principios de legalidad y de tipicidad a los que está sometido el nuevo Código Disciplinario Único."*

anterior permite concluir que la aplicación del derecho disciplinario parte de un criterio material el cual está estrechamente relacionado con el concepto de función pública, por lo que se debe entender que el objeto o bien jurídico a proteger por la función disciplinaria es precisamente la función pública ejercida por parte de los individuos, y no sencillamente unas normas de conducta contenidas en los denominados *deberes funcionales,* cuyo contenido y alcance no están debidamente definidos en la ley, situación que aumenta el riesgo de caer en una antijuridicidad formal al momento de endilgar una responsabilidad disciplinaria.

En ese orden de ideas, a continuación, se hará referencia a cada una de las excepciones en las cuales los destinatarios de la ley disciplinaria no tienen la categoría de servidores públicos, para de esa manera entender por qué son sujetos del derecho disciplinario.

a. RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS PARTICULARES.

El artículo 53 de la Ley 734 de 2002 establece que el régimen disciplinario del C.D.U. *"se aplica a los particulares que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales; que ejerzan funciones públicas, en lo que tienen que ver con estas; presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política, administren recursos de este, salvo las empresas de economía mixta que se rijan por el régimen privado."*

En ese orden de ideas, un particular será destinatario de las normas disciplinarias cuando:

- Cumpla labores de interventoría en los contratos estatales.

Ese aparte del artículo 53 Ibid. fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad, la cual fue resuelta a través de la sentencia C-037 de 2003, M.P. Tafur Galvis, providencia en la que se dijo lo siguiente:

> *"Así mismo el artículo 56 del mismo estatuto* (Ley 80 de 1993) *señala que para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.*
>
> *Norma esta última que fuera declarada exequible por esta Corporación en la Sentencia C-543/98 en la que empero se precisó que el artículo referido asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales; y que otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continuaba predicando por la Corporación con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria.*
>
> *Por tratarse de un particular, precisamente, como ya se señaló, solo en el caso de que se le atribuyan prerrogativas que puedan considerarse el ejercicio de funciones públicas cabe someter a dicho particular a la Ley disciplinaria.*

(….)

Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.

(…)

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria."

Partiendo por lo dicho por la Corte Constitucional, se justifica el por qué el particular que presta labores de interventor en un contrato estatal es destinatario del derecho disciplinario, pues el hecho de poder hacer uso de las prerrogativas propias del Estado lleva a que ejerza una función pública, lo cual viene siendo en estos casos el criterio de imputación de una posible responsabilidad disciplinaria, lo que denota la importancia de este concepto para la interpretación y aplicación de las normas disciplinarias.

- Que ejerzan funciones públicas en lo que tiene que ver con éstas.

En la sentencia C-031 de 2003, la Corte Constitucional hace un recuento de la evolución jurisprudencial respecto de la justificación de la aplicación del derecho disciplinario a los particulares que ejercen funciones públicas, para concluir que el estado actual de la cuestión apunta a que *"(….) el criterio esencial para determinar si un particular puede ser sujeto o no del control disciplinario, lo constituye el hecho de que este cumpla o no funciones públicas."*[32]

Ese criterio denominado como material de aplicación de la ley disciplinaria a los particulares fue utilizado por primera vez por la Corte Constitucional en la sentencia C-286 de 1996, jurisprudencia en la que se manifestó lo siguiente:

> *"Ahora bien, siendo indudable que todo servidor público, por el hecho de serlo, queda sometido automáticamente a un régimen disciplinario, según los términos previstos por la Constitución y por la ley, el fundamento de su aplicación es subjetivo, pues tiene lugar con motivo y a partir de la investidura correspondiente radicada en el sujeto, en cuanto es titular*

---

[32] Frente a la afirmación anterior, en esa sentencia C-031 de 2003 también manifiesta la Corte Constitucional, lo siguiente: *"A ello cabría agregar que una lectura sistemática de la Constitución (arts. 118, 123, 124, 256-3 y 277-5 y 6) lleva precisamente a la conclusión de que el control disciplinario fue reservado por el Constituyente para quienes cumplen de manera permanente o transitoria funciones públicas.*

Así, el artículo 118 superior señala que al Ministerio Público corresponde la protección del interés público y la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, en tanto que el artículo 277 numeral 5 asigna al Procurador General de la Nación la función de velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas al tiempo que el numeral 6 del mismo artículo 277 le encarga la tarea de ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley.

(……)

Es decir que el ámbito del control disciplinario establecido por la Constitución se encuentra claramente delimitado por el ejercicio de funciones públicas sean ellas ejercidas por servidores públicos (arts. 123-1y2, 124 C.P.) o excepcionalmente por particulares (art. 123-3, 116-3, 210-2, 267-2)." (Subrayas propias).

genérico de las funciones públicas que su cargo implica, con total independencia de si las ha ejercido o no.

A la inversa, el particular, quien precisamente no se encuentra en la condición del servidor público, toda vez que no ha establecido un vínculo de dependencia o subordinación frente al Estado -en cualquiera de los cargos, organismos, entidades o corporaciones que hacen parte de su estructura-, ni percibe de él asignación o salario, está en principio exento del régimen disciplinario estatal y su responsabilidad ante las autoridades únicamente puede surgir de las transgresiones en que incurra en relación con los preceptos constitucionales y legales, tal como lo pregona el artículo 6º de la Carta Política.

(…..)

La distinción subsiste, como corresponde al Estado de Derecho, pero la complejidad de las relaciones que deben establecerse en el seno de la colectividad y el necesario acomodamiento de las instituciones a las exigencias reales impuestas por la convivencia, han dejado atrás los moldes formalistas y los criterios herméticos, para dar paso a la concepción material de la cosa pública, a la creciente participación de todos en las decisiones que los afectan y al cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, con miras al servicio efectivo de la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (artículo 2º C.P.).

De allí resulta que, sin desconocer la libertad de las personas en su iniciativa y en sus actividades económicas y laborales, la Constitución haya previsto formas de vinculación de los particulares a la gestión de intereses y asuntos públicos sin que en virtud de ella pierdan su condición privada.

(….)

En los señalados eventos, el fundamento de la responsabilidad del particular es material y la aplicación del régimen disciplinario objetiva, ya que ni una ni otra atienden al estado o condición de quien actúa sino a la función pública que le ha sido encomendada y al interés, también público, que a ella es inherente.

Cambia así sustancialmente la lectura del artículo 6º de la Constitución Política, que ya no admite una interpretación literal sino sistemática: a la luz del conjunto de principios y preceptos constitucionales, el particular que se halla en cualquiera de las situaciones en las que el orden jurídico lo faculta para cumplir papeles que en principio corresponderían a organismos y funcionarios estatales, no puede ser mirado de modo absoluto bajo la óptica de una responsabilidad igual a la de los demás particulares, circunscrita apenas a su condición privada, ya que por razón de la tarea que efectivamente desarrolla, en la medida de ésta y en cuanto toca con el interés colectivo, es públicamente responsable por su actividad, sin que llegue por eso a

convertirse -se repite- en servidor del Estado desde el punto de vista subjetivo" (Subrayas propias).

Entonces la justificación para la aplicación de la ley disciplinaria a los particulares que ejercen funciones públicas, tiene su asidero en que en la actualidad el particular puede colaborarle al Estado para la ejecución de sus funciones y la consecución de los fines del mismo, por lo que si ejerce materialmente una función pública, está debe ser vigilada y controlada por las instancias disciplinarias por estar en juego el interés general y la función pública, como bien jurídico a proteger por el derecho disciplinario.

- Que presten servicios públicos a cargo del Estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política.

El artículo 366 de nuestra Constitución Nacional de 1991 establece:

"El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.

Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación."

Así las cosas, se podría concluir que los particulares que presten los servicios de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable, son sujetos de derecho disciplinario. Sin embargo, la Corte Constitucional manifestó en la ya citada sentencia C-031 de 2003, que:

> *"Lo que está significando el Constituyente en el artículo 49 así como en el artículo 366 superiores, es un énfasis de atención que debe dar el Estado a determinadas actividades para el cumplimiento de los fines fijados en la Carta, lo que autoriza que el Legislador establezca, como ya se explicó, condiciones que se ajusten a la obtención de dichos fines, pero sin que ello signifique la determinación de un régimen específico de prestación para dichos servicios, que permita asimilarlos a las "funciones públicas", para los efectos que se analizan en la presente providencia.*
>
> *Así las cosas, ha de concluirse que en lo que se refiere concretamente al control disciplinario que pueda ejercerse sobre los particulares que prestan un servicio público no cabe derivar de la mención que se haga al artículo 366 superior ninguna consecuencia diferente de la que puede predicarse de cualquier servicio público."* (Subrayas fuera del original).

Teniendo claro el alcance del artículo 366 constitucional, se debe decir que la consagración de que los particulares que presten los servicios públicos descritos en el artículo 366 C.N., sean destinatarios de la ley disciplinaria, fue demandada por inconstitucional en la misma demanda que dio origen a la sentencia C-031 de 2003. En esa providencia declaró la corporación que ese aparte sería declarado exequible condicionalmente, previas las siguientes consideraciones:

"Ahora bien, de las mismas consideraciones resulta claro que la prestación de un servicio público por si misma no conlleva el ejercicio de una función pública.

Como allí se explicó, la Constitución distingue claramente entre uno y otro concepto y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones y que implican particularmente que no se puedan confundir el ejercicio de función públicas por particulares con la prestación de servicios públicos por particulares.

Así mismo quedó claro que el Constituyente reservó al Estado la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios, pero que dentro de dichos controles no se cuenta para el caso de la prestación de los servicios públicos por particulares y en razón de dicha prestación, el control disciplinario, pues éste lo reservó la Constitución para los servidores públicos y para los particulares que excepcionalmente cumplan funciones públicas.

En el mismo sentido quedó claro también que, el artículo 366 constitucional no establece un régimen de prestación específico respecto de los servicios públicos que en el se mencionan -salud, educación, saneamiento básico y agua potable-, y menos aún que de él se pueda desprender la calificación de la prestación de dichos servicios por particulares como el ejercicio de una función pública, por lo que en lo que se refiere concretamente al control disciplinario no cabe derivar de la mención que se haga a dicho artículo superior ninguna consecuencia diferente de la que puede predicarse de la prestación de cualquier servicio público.

(…)

Ha de tenerse en cuenta sin embargo que, como también ya se explicó, el particular que presta un servicio público puede excepcionalmente ser encargado del ejercicio de determinadas potestades inherentes al Estado, en cuanto estas resulten necesarias para dicha prestación y estén respaldadas en una habilitación expresa de la ley. Entonces en ese caso, el particular que presta un servicio público podrá ser sujeto del poder disciplinario respecto del ejercicio de dichas potestades y ello en relación con cualquier servicio público en que dicha habilitación de funciones públicas haya sido establecida.

En este sentido lo que procede es la declaratoria de exequibilidad condicionada de la disposición acusada, "presten servicios públicos a cargo del estado, de los contemplados en el artículo 366 de la Constitución Política" contenida en el artículo 53 de la Ley 734 de 2002, bajo el entendido de que el particular que preste un servicio público, solo es disciplinable cuando ejerza una función pública que implique la manifestación de las potestades inherentes al Estado, y estas sean asignadas explícitamente por el Legislador." (Subrayas mías).

Se denota que la Corte Constitucional aplicó el mismo criterio material para analizar la constitucionalidad de la posible responsabilidad disciplinaria de los interventores particulares en los contratos estatales, entendiendo que el particular que presta un servicio público será sujeto disciplinable siempre y cuando cumpla funciones públicas asignadas de manera expresa por el legislador, demostrándose nuevamente que el ejercicio de una función pública es el sustento o criterio material de imputación de la responsabilidad disciplinaria de los particulares.

- Que administren recursos del Estado, salvo las empresas de economía mixta que son de régimen privado.

En este supuesto es clara la aplicación del criterio material para imputar responsabilidad disciplinaria a los particulares, pues al momento de estar administrando recursos o bienes del Estado, está ejerciendo una función pública.

Finalmente es importante señalar que los particulares sujetos del Derecho Disciplinario tienen su propio catálogo de faltas gravísimas en el artículo 55 C.D.U. y sus propias sanciones, las cuales se encuentran descritas en el artículo 56 C.D.U. Dichas normas establecen lo siguiente:

> *"Artículo 55. Sujetos y faltas gravísimas. Los sujetos disciplinables por este título sólo responderán de las faltas gravísimas aquí descritas. Son faltas gravísimas las siguientes conductas:*
>
> *1. Realizar una conducta tipificada objetivamente en la ley como delito sancionable a título de dolo, por razón o con ocasión de las funciones.*
>
> *2. Actuar u omitir, a pesar de la existencia de causales de incompatibilidad, inhabilidad, impedimento o conflicto de intereses establecidos en la Constitución o en la ley.*
>
> *3. Desatender las instrucciones o directrices contenidas en los actos administrativos de los organismos de regulación, control y vigilancia o de la autoridad o entidad pública titular de la función.*
>
> *4. Apropiarse, directa o indirectamente, en provecho propio o de un tercero, de recursos públicos, o permitir que otro lo haga; o utilizarlos indebidamente.*
>
> *5. Cobrar por los servicios derechos que no correspondan a las tarifas autorizadas en el arancel vigente, o hacerlo por aquellos que no causen erogación.*

6. Ofrecer u otorgar dádivas o prebendas a los servidores públicos o particulares para obtener beneficios personales que desvíen la transparencia en el uso de los recursos públicos.

7. Abstenerse de denunciar a los servidores públicos y particulares que soliciten dádivas, prebendas o cualquier beneficio en perjuicio de la transparencia del servicio público.

8. Ejercer las potestades que su empleo o función le concedan para una finalidad distinta a la prevista en la norma otorgante.

9. Ejercer las funciones con el propósito de defraudar otra norma de carácter imperativo.

10. Abusar de los derechos o extralimitarse en las funciones.

11. Las consagradas en los numerales 2, 3, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 26, 27, 28, 40, 42, 43, 50, 51, 52, 55, 56 y 59, parágrafo cuarto, del artículo 48 de esta ley cuando resulten compatibles con la función. Modificado por el art. 45, Ley 1474 de 2011

Parágrafo 1°. Las faltas gravísimas, sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

Parágrafo 2°. Los árbitros y conciliadores quedarán sometidos además al régimen de faltas, deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses de los funcionarios judiciales en lo que sea compatible con su naturaleza particular. Las sanciones a imponer serán las consagradas para los funcionarios judiciales acorde con la jerarquía de la función que le competía al juez o magistrado desplazado."

"Artículo 56. Sanción. Los particulares destinatarios de la ley disciplinaria estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:

Multa de diez a cien salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la comisión del hecho y, concurrentemente según la gravedad de la falta, inhabilidad para ejercer empleo público, función pública, prestar servicios a cargo del Estado, o contratar con este de uno a veinte años. Cuando la conducta disciplinable implique detrimento del patrimonio público, la

sanción patrimonial será igual al doble del detrimento patrimonial sufrido por el Estado.

Cuando la prestación del servicio sea permanente y la vinculación provenga de nombramiento oficial, será de destitución e inhabilidad de uno a veinte años."

b. INDIGENAS QUE ADMINISTREN RECURSOS DEL ESTADO.

Ese aparte fue demandado por inconstitucional, por lo que la Corte Constitucional en sentencia C-127 de 2003, M.P. Beltrán Sierra, lo declaró exequible condicionalmente, con base en las siguientes consideraciones:

"(…) resulta razonable la aplicación del régimen disciplinario a los indígenas que manejen recursos del Estado, pues allí en su condición de particulares serán sujetos pasivos de la acción disciplinaria, siendo ello concordante con lo dispuesto en el artículo 53 del Código Disciplinario Único que señala como sujetos disciplinables a los particulares que administren recursos del Estado y establece el régimen aplicable a los mismos.

Así las cosas, el inciso segundo del artículo 25 de la ley 734 de 2002, no vulnera los derechos constitucionales de los indígenas al incluirlos como destinatarios de la ley disciplinaria, siempre y cuando, tal como lo señalan el Interviniente y el Ministerio Público, el Estado capacite y asesore a las autoridades indígenas, para que se produzca una comprensión de cada una

de las cláusulas del contrato, a través del cual administrarán recursos públicos y las consecuencias de su infracción.

Así las cosas, la Corte mantiene el criterio material para establecer quiénes pueden ser destinatarios de la ley disciplinaria sin tener la calidad de servidores públicos, pero en el caso de los indígenas, es totalmente necesario que se pruebe que se les explicó y capacitó respecto de la comprensión de que lo que reciben es dinero de origen estatal, que tienen la categoría de recursos públicos y que su mala utilización conlleva, entre otras, una responsabilidad disciplinaria.

c. GERENTES DE COOPERATIVAS, FUNDACIONES, CORPORACIONES Y ASOCIACIONES QUE CREE O ORGANICE EL ESTADO, O SE HAGA CON SU PARTICIPACIÓN MAYORITARIA.

Este aparte de la norma también fue demandado por inconstitucional, siendo declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-127 de 2003 ya mencionada.

En esa jurisprudencia el alto tribunal dijo al respecto lo siguiente:

"(….) al establecer la ley 489 de 1998, que algunas las entidades descentralizadas por servicios, se rigen por el derecho privado, se puede considerar que corresponde al legislador establecer los eventos en que dichos trabajadores pueden ser considerados como servidores públicos, según el grado de responsabilidad en la ejecución y manejo de los recursos del Estado.

(….)

Teniendo en cuenta lo anterior, al señalar el inciso tercero del artículo 25 que "para efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen u organicen por el Estado o con su participación mayoritaria", no se vulnera el derecho a la igualdad alegado por la demandante. Por el contrario, además de ser función del legislador establecer las categorías de servidores públicos, según el tipo de responsabilidad al que se encuentran sometidos, debe entenderse que los sujetos no incluidos en la norma, en razón a su inferior jerarquía, estarán sometidos al derecho privado."

Esta excepción a la regla general también surge de la aplicación del criterio material para extender la responsabilidad disciplinaria a personas diferentes a los servidores públicos, pues es claro que el manejo de recursos públicos o la actuación en nombre del Estado conlleva el ejercicio de una función pública.

Entonces se tiene que la aplicación del criterio material del ejercicio de una función pública como determinante para definir quiénes serían los sujetos disciplinables, nos permite concluir que dicha función pública es el bien jurídico a proteger por parte del derecho disciplinario, por lo que el reproche se presentará cuando la conducta del sujeto disciplinable dañe o ponga en real peligro dicha función, la cual ejecuta por mandato de la ley y el reglamento.

2. PRINCIPIO DE ILICITUD SUSTANCIAL

Partiendo del origen mixto del derecho disciplinario, tendencia que concluye que esa vertiente jurídica se nutre de principios y conceptos del derecho administrativo y del derecho penal, se precisa que el ilícito disciplinario se configurará cuando la falta realizada por el sujeto disciplinable sea típica, antijurídica y culpable.

Frente a la tipicidad en el derecho disciplinario, a diferencia que, en el derecho penal, se maneja un sistema *numerus apertus,* es decir una tipicidad abierta, ya que las únicas faltas tipificadas en la Ley 734 de 2002 son las catalogadas como gravísimas. Sin embargo, el hecho de que se acuda a ese sistema de tipicidad abierta no quiere decir que el derecho disciplinario no esté sujeto al principio de legalidad, pues es en las normas sustanciales en las que se establecen los criterios taxativos para determinar la graduación de la falta, es decir si será considerada como grave o como leve.

En cuanto al principio de culpabilidad, es claro que la conducta debe ser dolosa o culposa para poder ser tenida como falta disciplinaria, pues el artículo 6° de la Ley 734 de 2002 es preciso al decir que *"En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa."*

Respecto al tema principal de éste escrito que es el de la ilicitud sustancial, el cual hace referencia al contenido antijurídico de la falta, la Ley 734 de 2002 en su artículo 5° se refiere a ese concepto diciendo que *"La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna."*

De la lectura del artículo en cita se deduce que el elemento determinante para que la falta realizada por un sujeto disciplinario sea antijurídica es la afectación del deber funcional, por lo que es importante establecer su concepto partiendo de la naturaleza, el origen y lo que se pretende proteger con el derecho disciplinario.

2.1. CONCEPTO DE DEBER FUNCIONAL

Cuando se hace referencia a un deber, en lo primero que se piensa es en el cumplimiento de una obligación o el ejercicio de cierta actuación u omisión porque así lo prevé una norma de conducta, ya sea moral, política, religiosa o para el caso que nos atañe, jurídica.

Bajo esa idea y como ya se mencionó, la función pública de un servidor está establecida en las diferentes normas del ordenamiento jurídico, y de acuerdo a la regulación de determinada competencia, se dice que la extensión del principio de legalidad es mayor o menor, pero siempre bajo la premisa que el ejercicio de las funciones públicas no es arbitrario, pues sus límites son la Constitución y la ley.

Así las cosas, el servidor público al momento de posesionarse, o el particular que ejerce transitoriamente funciones públicas al iniciar a ejercer dichas funciones debe saber cuáles son los límites y atribuciones que tiene al momento del cumplimiento de éstas, o por lo menos se presume de derecho que las conoce.

Entonces, como las normas son las que determinan la forma y las prohibiciones que tienen que ser atendidas por el sujeto disciplinable, los deberes de todo servidor público o persona que ejecute una conducta oficial las encontraremos en la ley, ya sea en leyes

del Congreso, Actos Administrativos, Manuales de Funciones etc., lo que lleva a inferir que la conducta, a la luz del artículo 5° del La Ley 734 de 2002, será antijurídica cuando ésta vaya en contra de la normatividad aplicable, pues en esas circunstancia se presenta un desvalor de acción independientemente del resultado de la conducta. De todas maneras, la afectación a los deberes funcionales no debe ser de cualquier índole, ya que *"La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública."*[33]

La citada posición ha sido reiterada por parte del despacho del Procurador General de la Nación en varios de sus fallos de única instancia, como es el caso del fallo emitido el día 22 de diciembre de 2011 dentro del proceso con radicación IUC 2010-650-252391, decisión en la que se dijo frente a la desatención de los principios de la contratación estatal (entendida esta como función pública) lo siguiente:

> *"Al disciplinado se le endilga como deber funcional infringido el haber adelantado un proceso licitatorio con una deficiente elaboración de los estudios previos comportamiento que posiblemente desatendió principios de la contratación estatal en detrimento del patrimonio público del departamento del Magdalena, específicamente los de economía y responsabilidad, conforme se le señaló en el respectivo pliego acusatorio, quedando claro de esta manera que el apartarse de tales postulados que rigen los contratos estatales a su vez*

[33] Ordoñez Maldonado, Alejandro, De la Ilicitud Sustancial a lo sustancial de la Ilicitud. Colección Justicia Disciplinaria. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá – Colombia. 2009. Pág.26.

ocasionó que el erario de la referida entidad territorial se viera diezmado." (Subrayas propias).

Igualmente la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General hace alusión al deber funcional en los mismos términos citados, como ocurrió en el fallo de segunda instancia emitido el 8 de noviembre de 2012 dentro del proceso con radicación 161 – 4901 (IUS 08506 – 2009), en el que se señalo lo siguiente:

"En cuanto al deber funcional, como segundo elemento de la ilicitud disciplinaria, debe tenerse en cuenta que éste concepto es omnicomprensivo y, en consecuencia, abarca el cumplimiento del catálogo de deberes propiamente dichos, el no incurrir en prohibiciones, no extralimitarse en el ejercicio de derechos y funciones y de abstenerse de violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, hipótesis que individualmente son constitutivas de falta disciplinaria, en los términos fijados por el artículo 23 del CDU.

Así pues, cuando el artículo 5 del Estatuto Disciplinario refiere que la falta (como sinónimo de conducta) será antijurídica cuando «afecte el deber funcional», tal categoría (deber funcional) debe entenderse como cualquiera de los eventos anteriormente mencionados que por sí mismo configuran la realización de una falta disciplinaria.

(…..)

Por lo anterior y contrario a lo sostenido por la defensora, el deber funcional en el presente caso sí se afectó de manera sustancial, pues se desconocieron los principios de eficacia y economía, que no solo rigen la actividad estatal, sino también la función pública, por lo que el comportamiento del disciplinado se encuadró en el tipo disciplinario contenido en el numeral 1° del artículo 34 del CDU, debidamente completado por el artículo 3° del Decreto 2445 de 2000, sin que mediara ninguna causal de justificación para ello. (Subrayas propias).

Se debe resaltar que la inclusión del principio de ilicitud sustancial y del concepto de deber funcional fue una innovación de la Ley 734 de 2002, pues la Ley 200 de 1995, Código Disciplinario anterior establecía que la antijuridicidad de una falta disciplinaria debe ser entendida de la misma forma en que se maneja en derecho penal, pues hacía una remisión expresa en materia de principios a ese cuerpo normativo.

El principio de ilicitud sustancial ha sido objeto de diferentes debates doctrinales, puesto que no existe una posición unánime respecto al alcance del artículo 5° de la Ley 734 de 2002, lo cual genera en la práctica una inseguridad jurídica grave, pues el servidor público no tiene claro cuando su conducta además de ir en contra del ordenamiento es relevante disciplinariamente, lo que lleva a que no tenga claro como adecuar su comportamiento cuando cumple sus funciones públicas[34].

[34] Esa situación ha sido reconocida por el exprocurador Edgardo Maya Villazón, quien en su libro "La Función Pública. Aspectos éticos, filosóficos, políticos y disciplinarios represivos y preventivos". Colección Derecho Disciplinario No.6. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá – Colombia. 2003, dijo lo siguiente: *"El segundo nivel de análisis sobre el cual es menester reflexionar a más de un año de expedido el Código es el referido al "deber funcional". Cuando se redactó el Código Disciplinario Único las discusiones replantearon los antiguos problemas teóricos referidos a la tarea del derecho disciplinario como apéndice del derecho punitivo y por ende la discusión sobre la protección de bienes jurídicos a través del derecho administrativo sancionador"*
(…..)

Parte de la doctrina y la jurisprudencia ha resaltado la importancia del concepto de deber funcional para el derecho disciplinario. La misma Procuraduría General de la Nación, en su calidad de ente principal de ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado, ha resaltado la importancia del concepto de deber funcional como categoría determinante de la responsabilidad disciplinaria. Por ejemplo, en concepto No. 4711 del 16 de febrero de 2009, el cual se suscitó por la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el numeral 9 del artículo 35 de la Ley 734 de 2002, la entidad manifestó lo siguiente:

> *"El derecho disciplinario ha sido concebido para escudriñar la conducta de los servidores públicos y de los particulares que cumplan funciones públicas con el fin de verificar el debido acatamiento de las funciones que se le han encomendado, es por ello, que cualquier comportamiento que no se encuadre dentro de estos parámetros, no puede ser objeto del derecho disciplinario.*
>
> *Es así, que el Estado no podría ejercitar su potestad disciplinaria sobre aspectos de la conducta del servidor público y de los particulares que cumplan funciones públicas, que hagan parte de su fuero interno o que su proceder de manera alguna afecte los deberes funcionales a los que se comprometió desempeñar conforme al marco normativo que se le delimitó para tal efecto.*
>
> *El incumplimiento del deber funcional es la piedra angular del proceder del derecho disciplinario, es decir, el Estado cuando despliega el ius puniendi en*

(….) intentamos superar la discusión al establecer que el nuevo Código antes de proyectarse a la protección de los bienes jurídicos, había concentrado sus esfuerzos en la noción de "deber funcional". La historia del trámite del proyecto de ley nos permitía optar por esa postura. Por esa misma razón los análisis que aquí se expongan por parte de los profesores que lleven la materia no deben olvidar que la legislación está impregnada de la categoría de ilicitud sustancial y su contenido de deber funcional, pues esta no solo contribuye a la interpretación de las causales de exclusión de la responsabilidad disciplinaria, sino que hacen parte del núcleo activo de la configuración de las infracciones como quiera que no exista falta disciplinaria donde no hay "deber funcional" afectado."

esta materia, sólo le es dable ocuparse de aquellas conductas que se desprenden del ejercicio de la función pública encomendada y le está vedado inmiscuirse en aspectos que conciernen exclusivamente al fuero interno del servidor o particular sujeto de la potestad disciplinaria y que hacen parte de sus derechos fundamentales como la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, la libertad en sus múltiples facetas, entre otros." (Subrayas fuera del original).

En cuanto al concepto de deber funcional, la Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2002, M.P. Monroy Cabra, dijo lo siguiente:

"El derecho disciplinario valora la inobservancia de normas positivas en cuanto ello implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas. En este sentido también ha dicho la Corte que si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que -por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia" (Subrayas propias).

De lo dicho por la Corte se puede concluir que los deberes propios de la función que ejecuta el servidor público siempre se encontrarán en la ley, es decir, el servidor público que incumple la ley incumple su deber funcional, pues *"Al servidor público no*

le basta abstenerse de violar la Constitución y la ley, como sucede con los demás ciudadanos, sino y primordialmente, cumplir estrictamente las obligaciones que se le han asignado en el ejercicio de las funciones específicas del cargo y ceñirse a los dictados normativos relacionados con su desempeño oficial."[35]

Esa conclusión fue reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia C-819 de 2006, con ponencia de Jaime Cordoba Triviño, al decir:

> *"La inobservancia – por acción o por omisión - de normas positivas, como elemento estructural de la infracción al deber funcional*[36]*, ha sido destacada por esta Corporación al señalar que el derecho disciplinario está "integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan"*[37]*. Lo anterior ocurre porque todos los servidores públicos deben propender por el logro del objetivo principal para el cual fueron nombrados, esto es, servir al Estado y a la comunidad en general con estricta sujeción a lo dispuesto en la Constitución, la ley y el reglamento (C.P. Arts. 6° y 122). De donde resulta que cualquier funcionario del Estado, puede verse sometido a un proceso de responsabilidad pública de índole disciplinaria, no sólo cuando en su*

---

[35] Ossa Arbeláez, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Hacía una teoría general y una aproximación para su autonomía. Ed. Legis. Bogotá.2002. Pág.130.

[36] C- 417 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

[37] Precisamente, el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, determina que: *"Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.*
Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código.
Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria".

desempeño vulnera el ordenamiento superior y legal vigente, sino también cuando incurre en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (C.P. art. 6° y 123)[38] (Subrayas fuera del original).

En ese orden de ideas se concluye que el concepto de deber funcional sería determinante para establecer una responsabilidad disciplinaria en cabeza de un servidor público, a quien se le pueden aplicar las normas emanadas de la potestad disciplinaria del Estado debido a la relación especial de sujeción que lo vincula con éste entendiendo así, palabras más, palabras menos, que en materia disciplinaria se maneja un concepto de antijuridicidad formal, pues para varios autores esa es una manifestación de la autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal, con lo cual no se está de acuerdo, pues las dos son modalidades de derecho sancionador, y el hecho que compartan conceptos no quiere decir que no sean autónomas, pues dicha autonomía se justifica en que cada una tiene un bien jurídico a proteger diferente, pues el disciplinario protege y vela por la función pública, en cambio el penal vela por los bienes jurídicos más preciados para una sociedad en determinado momento, como son la vida, la integridad personal y hasta la función pública frente a determinados comportamientos, ya que obedece al concepto de relaciones generales de sujeción de la población con el Estado.[39]

---

[38] Véase, al respecto, las sentencias T-146 de 1993 y C-948 de 2002. Criterio reiterado en la sentencia C-818 de 2005, MP, Rodrigo Escobar Gil.

[39] Al respecto el profesor Alejandro Ordoñez Maldonado en su publicación *"De la Ilicitud Sustancial a lo sustancial de la Ilicitud."* Colección Justicia Disciplinaria. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá – Colombia. 2009. Pág.25, se opone a que la Ilicitud Sustancial sea entendida como una antijuridicidad formal al precisar: *"A pesar de que es correcto afirmar que la responsabilidad disciplinaria está soportada en la afectación de deberes funcionales, la antijuridicidad en materia disciplinaria no puede reducirse a un simple juicio de adecuación de la conducta con la sola categoría de la tipicidad; es decir, que sólo baste la correspondencia del comportamiento con la falta que se va a endilgar, dando por sentado la antijuridicidad, tal y como si se tratara de una especial presunción irrefutable.*
Esta aproximación es la que se deriva de la misma jurisprudencia y doctrina especializada, al decir que el derecho disciplinario no debe ni puede tutelar el cumplimiento de los deberes por los deberes mismos. En otros términos, aun

2.2. CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA. BIEN JURÍDICO A PROTEGER POR EL DERECHO DISCIPLINARIO.

Dentro de la doctrina nacional y la misma jurisprudencia, siempre se hablado de una noción amplia y otra restringida del concepto de función pública. La primera apunta a entenderla como el conjunto de funciones ejercidas por parte de los servidores públicos o particulares de manera transitoria, las cuales están encaminadas al cumplimiento de los fines del Estado. Respecto a la segunda, se ha entendido como el conjunto de normas que regulan la relación especial de sujeción entre el Estado y el servidor público o particular que de manera transitoria ejerce funciones estatales.

Para comprobar lo afirmado es pertinente citar diferentes conceptos de varios autores respecto a lo que se entiende por función pública.

Pedro Alfonso Hernández concluye en su escrito *Acepciones Constitucionales de la expresión Función Pública*[40] lo siguiente: *"La Constitución Política usa la expresión Función Pública con dos sentidos diferentes, que hay que mantener separados: uno para eludir a las actividades cuya titularidad está reservada al Estado, que están relacionadas con el ejercicio de su soberanía y corresponden al interés general que este representa, y otro para referirse a las relaciones laborales en el sector público. Por consiguiente, la función administrativa, la función judicial o la función de control fiscal, entre otras, son*

---

cuando la conducta se encuadre en la descripción típica, pero tal comportamiento corresponda a un mero quebrantamiento formal de la norma jurídica, ello no puede ser objeto de la imposición de una sanción disciplinaria, porque se constituiría en responsabilidad objetiva, al aplicarse medidas sancionatorias, sin que exista una verdadera y justa razón."

[40] Dicho artículo fue publicado en Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen 4°, Obra Colectiva. Procuraduría General de la Nación – Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Bogotá – Colombia. 2007.

funciones públicas (C.P. Tít. V, cap.2). Ello es así por determinación del Constituyente de 1991".

Por otro parte, Jorge Enrique Ayala Caldas dice lo siguiente sobre la función pública:

> *"La función pública se manifiesta a partir del conjunto de Leyes y Reglamentos que regulan los deberes, los derechos y las situaciones que se presentan entre el Estado y sus servidores.*
>
> *La función pública es el conjunto de regímenes aplicables al personal que presta sus servicios a la Administración estatal, es el manejo de los recursos humanos al servicio del Estado, se denomina igualmente servicio civil".*[41]

Otro autor haciendo referencia a una sentencia proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado (Sentencia del 5 de agosto de 1997, exp.ACU – 798, C.P. Rodríguez Villamizar) dijo que esa Alta Corporación sostuvo lo siguiente respecto al concepto de función pública: *"En esa oportunidad, el C. de E. sostuvo que el concepto de función pública tiene una connotación mucho mayor al conjunto de regímenes de administración laboral aplicables a las personas que prestan sus servicios al Estado; que el art.123 de la Carta de 1991, la caracteriza como el ejercicio de competencias, esto es, de atribuciones legal o reglamentariamente asignadas a los órganos y servidores del Estado y, excepcionalmente, por expresa delegación legal, por parte de los particulares. Así mismo, precisó la diferencia existente entre función pública y servicio público, que si bien son dos figuras próximas en el ámbito del*

[41] Ayala Caldas, Jorge E., Elementos de Derecho Administrativo General. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 1999. Página 403.

derecho público, cada una de ellas posee su propia caracterización y tipificación que las diferencian entre sí; puede decirse que la función pública participa en todo caso del poder del Estado y que es de carácter jurídico, mientras que el servicio público es de carácter material y técnico y en muchas manifestaciones no puede utilizar el poder público, por ejemplo, para imponer coactivamente su utilización; por manera que no resulta acertado deducir que toda prestación de un servicio público comporta el ejercicio de una función pública, aunque en ocasiones, bien puede existir coincidencia entre el ejercicio de ésta y la prestación del servicio público, como sería el caso de los particulares que transitoriamente investidos de la función de administrar justicia como conciliadores o árbitros."[42]

El profesor Jaime Vidal Perdomo dice en su libro de Derecho Administrativo que *"El estudio de la función pública comprende aspectos sobresalientes, como el de la carrera administrativa, que es eje principal en la materia. También el de la naturaleza jurídica del vínculo que une al servidor público con el Estado, y el de las modalidades que al respecto puedan presentarse; como el de los deberes y prohibiciones que de esa situación pueden desprenderse. Igualmente, existen entidades administrativas encargadas de organizar y manejar las carreras, y tomar decisiones que interesan a los empleados."*[43]

De lo dicho por el profesor Vidal, uno podría concluir que maneja un noción restringida de la función pública, sin embargo más adelante hace referencia en su obra a la noción amplia al decir sobre la Constitución Política que *"(…) las disposiciones*

[42] Rodríguez S., Carlos Manuel, El Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos del estado colombiano a la luz de la Ley 734 de 2002. Corporación Universitaria del Sinú. Montería.2003.
[43] Vidal Perdomo, Jaime. Derecho Administrativo. Doceava Edición. Ed. Legis. 2004. Pág.368.

agrupadas bajo el título de "función administrativa", a partir del artículo 209 se orientan más concretamente hacia esta función, como aparece nítidamente del segundo inciso de este texto, el artículo 210 y 211 que se refiere a la delegación de funciones presidenciales; aunque los principios del artículo 209 en su primera parte coinciden con los objetivos generales del Estado y podrían predicarse bien de otras funciones del Estado, como la judicial."[44]

Otra consideración doctrinal respecto al concepto de función pública, es la hecha por Antonio José Martínez López quien dice que se debe entender por función administrativa como *"(…) el conjunto de acciones, gestiones y servicios con los cuales los diferentes organismos del Estado cumplen sus funciones constitucionales y legales. Estas funciones corresponden a los tradicionales poderes o ramas, Ejecutivo, Legislativo y Judicial, con competencia nacional, departamental y municipal. También corresponden a la función administrativa los servicios públicos de los organismos electorales y de control (Contraloría General y Ministerio Público)."*[45]

Desde el derecho laboral administrativo tenemos que Obando Garrido dice que *"La función pública consiste en la actividad de las entidades administrativas, o desarrollo de atribuciones que éstas deben desplegar en el logro de sus objetivos oficiales. Es el derecho del Estado impuesto por la Constitución y la ley, que busca hacer efectivos los programas y fines para los que ha sido instituido, el cual necesita de un número de personas que ocupan los empleos, bajo una buena reglamentación, coordinación y armonía. Ordena la distribución de las competencias y facultades jerárquicas, la forma*

[44] Ibídem. Pág. 369.
[45] Martínez López, Antonio J., Régimen Penal de la Función Pública. Código Penal, Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995), otras leyes y decretos relacionados. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1997. Pág. 5.

de actuar de los organismos y funcionarios de la organización del Estado, y comprende los actos jurídicos generales y ejecutivos de la Administración Pública: actos de dirección, reglamentación, gobierno, planeación y fomento económico, materiales, operativos, contractuales, de prestación de servicios y manejo de bienes, etc. Conceptualmente la función pública está al servicio de los intereses generales de la sociedad, bajo los parámetros constitucionales y legales, que no riñen con los individuales, siempre que se equilibren y complementen. "La función administrativa es la forma de la actividad estatal realizada por la administración en ejercicio del poder administrador, para dar el cumplimiento o desarrollo a los cometidos estatales administrativos."[46]

Citadas las diferentes acepciones dadas por la doctrina nacional respecto a la función pública, se debe precisar que lo que protege realmente el derecho disciplinario es la función pública entendida en su noción amplia más no en la restringida, pues de aceptar que protege la segunda es entrar a decir que el derecho disciplinario protege un grupo de normas que establecen deberes funcionales en cabeza de los servidores públicos, dejando de lado el análisis del resultado de la conducta del sujeto disciplinable, el cual es determinante para que se impongan las sanciones correspondientes.

Además, el artículo 22 de la Ley 734 de 2002 hace referencia a la función pública en los siguientes términos: ***"Garantía de la Función Pública.*** *El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia*

[46] Obando Garrido, José María. Tratado de Derecho Administrativo Laboral. Segunda Edición. Ed. Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2005.Pág. 171

y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes."

Dicha norma permite establecer que la función pública es el bien jurídico a proteger por la función disciplinaria, pues señala que el sujeto disciplinable debe salvaguardar una serie de principios en garantía de ésta, los cuales han sido descritos por la misma Constitución como rectores de las diferentes funciones estatales[47].

2.3 TEORÍAS SOBRE EL ALCANCE DE LA ILICITUD SUSTANCIAL. INTERPRETACIONES DEL ARTÍCULO 5° DE LA LEY 734 DE 2002.

Para exponer con la mayor precisión las teorías de interpretación del alcance de la ilicitud sustancial como elemento configurador de la responsabilidad disciplinaria, partimos que uno de los elementos configuradores de la falta disciplinaria es el de la antijuridicidad, el cual se encuentra definido en el Art.5 de la Ley 734 de 2002 bajo el

[47] Frente a lo dicho, partiendo de la naturaleza penal del Derecho Disciplinario, diríamos que el bien jurídico que protege es la Función Pública. Por ello es pertinente comentar que de dicho concepto se maneja un alcance amplio y otro restringido, es así que la Corte Constitucional ha definido la Función Pública como "el conjunto de tareas y de actividades que deben cumplir los diferentes órganos del Estado, con el fin de desarrollar sus funciones y cumplir sus diferentes cometidos y, de este modo, asegurar la realización de sus fines", comprende también la determinación de las reglas básicas que rigen la relación de subordinación del servidor público con el Estado. Mediante el ejercicio de la función pública se satisfacen los intereses generales del Estado y de la comunidad misma, fin primordial del Estado social de derecho.

Vemos entonces que la primera parte que hace referencia al conjunto de actividades es la noción amplia, y la segunda que hace referencia a las normas que rigen la relación de subordinación entre el servidor público y el Estado será la noción restringida. Teniendo eso claro, lo que se debería entender por Función Pública como el bien jurídico a proteger por el Derecho Disciplinario es el conjunto de actividades, es decir la noción amplia, pues nunca se causa daño o puesta en peligro a las normas, pues éstas se cumplen o se incumplen.

principio de Ilicitud Sustancial. Dicha norma preceptúa: *"La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna"*.

Frente al alcance y contenido del principio de Ilicitud Sustancial, la doctrina del Derecho Disciplinario no ha tomado una posición unánime, pues básicamente existen dos posiciones al respecto. Algunos autores como Carlos Arturo Gómez Pavajeau establecen que el alcance de dicho principio se delimita en el desvalor de acción y más no en el de resultado, por ende, la ilicitud sustancial se presentaría con la simple vulneración del deber funcional, sin importar si en realidad hubo daño o puesta en peligro del bien jurídico Función Pública. Dicho autor puntualiza eso al decir:

> *"… todos o casi todos los tipos disciplinarios son de mera conducta, y sólo por excepción aparecen descripciones donde se alude a un resultado material separable temporo-espacialmente de la conducta.*
>
> *(…)*
>
> *De todos modos, cuando aparece en la descripción típica un resultado, el mismo no es que modifique, varíe o sustancialmente aumente la gravedad del ilícito como tal, sino que, a manera de condición objetiva impropia de punibilidad, implica un aumento del rigor punitivo (…) o una rebaja de la sanción."*[48]

[48] Gómez Pavajeau, Carlos A. Dogmática del Derecho Disciplinario 2ª Edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá - Colombia. 2002. Págs. 292-293.

A su vez sostiene que la medida de vulneración o puesta en peligro de la función pública solo sirven como determinadores de la punibilidad disciplinaria, es decir, solo definen si se aumenta o disminuye la sanción.

Por otro lado, la otra posición doctrinal sobre el tema sostiene que la Ilicitud Sustancial hace referencia a que en realidad los hechos endilgados como cargos al disciplinado deben vulnerar o poner en peligro manifiesto a la Función Pública, y no consiste en una simple o mera contradicción de las normas, es decir, estamos hablando que la antijuridicidad de la falta debe ser material más no formal. Esta posición es promovida por autores como Jaime Mejia Ossman quien sostiene el respecto:

> *"(….) desde la óptica de la "antijuridicidad material" (….), la valoración de la conducta disciplinada debe ser observada desde la "afectación o puesta en peligro de la función pública", lo cual se explica como "la efectividad de la lesión o del peligro a la Administración Pública", para que el comportamiento sea típicamente antijurídico. El no aceptar esta consideración, es permitir que se sancionen comportamientos simple y llanamente por la violación "a la afectación del deber funcional sin justificación alguna", cuando muchas veces no se determina en él la lesión o el daño al bien preciado de Administración o simplemente se podrían tomar como incumplimiento del deber funcional las extralimitaciones del servidor público con ocasión a comportamientos que benefician al ente estatal (….)".*[49]

[49] Mejia Ossman, Nuevo Código Disciplinario Único. Ley 734 de febrero 5 de 2002.Comparado – Concordado y Comentado. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2003. Pág. 20

Al igual sostiene Jeannethe Navas de Rico: *"El simple incumplimiento del deber no convierte la conducta en antijurídica; se requiere que atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, así lo ha sostenido recientemente la jurisprudencia, por ello no basta el incumplimiento para catalogar la conducta típicamente antijurídica, se requiere demostrar la puesta en peligro o el daño causado con su conducta (…)."*[50]

Para demostrar que no existe una posición unánime entre la doctrina y la jurisprudencia respecto al alcance del artículo 5° de la Ley 734 de 2002, a continuación se citan algunos autores y providencias judiciales en donde se presenta alguna de las dos teorías.

La Corte Constitucional ha proferido diferentes pronunciamientos sobre el contenido de la ilicitud sustancial, de los cuales se puede pensar que el alcance constitucionalmente aceptado de ese concepto, es bajo la óptica de la antijuridicidad material. Es así que esa Alta Corporación, en calidad de intérprete legítima de la Constitución, ha dicho al respecto:

> *"El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del*

[50] Navas De Rico Jeannette, Código Disciplinario Único Ley 734 de 2002. Concordado, comentado, jurisprudencia y práctica. Segunda Edición. Ediciones El Profesional Ltda. Bogotá D.C. 2004. Pág.21

Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta.

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria[51]*."*

Por otro lado, la Corte Constitucional dijo en la sentencia C-818 de 2005, M.P. Rodrigo Escobar Gil, que:

" (…) De igual manera, le corresponde a dicho funcionario determinar si la irregularidad imputada al servidor público o al particular, se ajusta al principio de antijuridicidad material o lesividad reconocido por el legislador en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002, y hoy en día previsto en el artículo 5° de la citada ley, según el cual: "el quebrantamiento de la norma sólo merece reproche disciplinario cuando la misma está concebida para preservar la función pública, y la infracción, en el caso concreto, la vulnera o la pone en peligro".

Frente a ese pronunciamiento, el procurador general de la época, el doctor Edgardo Maya Villazón, dijo:

[51] Ver Corte Constitucional, Sentencia C-373/02 M.P. Jaime Córdoba Triviño. S.P.V. de los Magistrados Rodrigo Escobar Gil y Eduardo Montealegre Lynett.

"Por otra parte, esa decisión se opone a la naturaleza autónoma del derecho disciplinario que encontró en la ilicitud sustancial su principal fundamento, previo establecimiento del criterio de imputación: relación de especial sujeción. Desde antaño el derecho disciplinario ha encontrado en el concepto ilicitud sustancial las bases para sostener su naturaleza autónoma, e independencia del derecho penal y los demás derechos sancionatorios. Volver a fundamentar la atribución de responsabilidad disciplinaria en el concepto de vulneración o quebrantamiento de bienes jurídicos es llevar el derecho disciplinario a criterios penales que le son extraños y que se oponen a su autonomía.

(….)

El derecho disciplinario no impone el deber por el deber, tampoco reprocha la afectación material o la puesta en peligro de un bien jurídico, sino que sanciona aquellas conductas que examinadas en el contexto de su realización, impliquen la afectación sustancial de los deberes.

La ilicitud sustancial como principio básico traducido en categoría, comporta en el Estado Social y Democrático de Derecho, para asegurar los fines de la función pública y de esta manera realizar la misión de esta forma de Estado, que la conducta sometida al juicio valorativo de este derecho sancionatorio implique no sólo la vulneración formal de la norma que contiene el deber, sino y sobre todo, la razón de ser de ese deber. La

conducta que es objeto de reproche disciplinario es aquella que atenta contra la funcionalidad deontológica del deber. De ahí que la imputación disciplinaria desvalore la infracción de los deberes funcionales que le competen al servidor público. Más no entran en su campo la afectación material de derechos o de bienes jurídicos, cuyo campo es de competencia restrictiva del derecho penal."[52]

En cuanto a otras posiciones doctrinales, tenemos la opinión de Carlos Alfredo Moreno Cruz, quien dice:

"La antijuridicidad en materia disciplinaria, difiere de la penal en cuanto que esta última se da cuando se lesiona o se pone en peligro el bien jurídico tutelado, mientras en el campo disciplinario, la conducta es antijurídica cuando el disciplinado incumple, desatiende o infringe el deber funcional que le fue encomendado, sin que medie causal de exclusión de responsabilidad

En el campo disciplinario el resultado no está íntimamente ligado a la comisión de la falta aun cuando se debe tener en cuenta para efectos de su graduación, toda vez que a la luz de los artículos 43, 47 y 65 del Código Disciplinario Único, importa la gravedad de la falta y el resarcimiento del perjuicio causado como elementos determinantes para dosificar la sanción y la misma categoría de la falta."[53]

---

[52] Editorial en Procuraduría General de la Nación. Boletín Informativo Procurando 43. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Abril de 2006.

[53] Moreno Cruz, Carlos Alfredo. Guía Jurisprudencial Disciplinaria. Proceso – Instrucción – Defensa. Segunda Edición. Broker Editores. 2006. Pág.23

Contrario a la opinión anterior, en el escrito titulado Causales de mala conducta que constituyen falta disciplinaria, se dice que la ilicitud sustancial *"Se presenta cuando la conducta enjuiciada o reprochada no desconoce solo el ropaje jurídico, sino la razón de ser de ese deber dentro de un Estado social de derecho. Es decir, no se trata de una lesión formal de la norma de carácter ético que determina el comportamiento funcional del servidor público, (normas de determinación subjetivas – deber) sino que debe verse afectada la buena marcha de la función pública con el actuar de aquel servidor o particular obligado por el legislador, de conformidad con la relación especial de sujeción que le impone el deber de ajustar su comportamiento funcional a la Constitución y a la ley, toda vez que el quebrantamiento del deber merece reproche por cuanto que la norma está concebida es la preservación de la función pública."*[54]

Adicionalmente, es pertinente traer a colación algunas decisiones de diferentes dependencias de la Procuraduría General de la Nación, de procuradurías regionales y provinciales, en las cuales se hace referencia al alcance del principio de ilicitud sustancial consagrado de una forma poco clara en el artículo 5° de la Ley 734 de 2002.

El Despacho del Procurador General de la Nación ha dicho con relación a la ilicitud sustancial lo siguiente: *"Si bien es cierto, entiende la defensa que en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos para que el incumplimiento de un deber comporte el ilícito disciplinario se requiere que la conducta indebida haya afectado las funciones que impone la fórmula del Estado social y democrático de*

[54] Varios Autores. *"Causales de mala conducta que constituyen falta disciplinaria"*. En Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen Trece. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Primera Edición. Bogotá. 2009. Pág. 176

derecho, es decir, que quien comete la falta haya obrado en detrimento de la función social que le compete como servidor público; también es cierto que como lo dijo la Procuradora Delegada la «sustancialidad de la ilicitud se concreta en la afectación de deberes funcionales, que se dan por la violación de los principios constitucionales y legales, ante todo los referentes a la función administrativa, que están concretados en el artículo 209 de la Constitución Política, que dice: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrollan con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad (…)" [55](Subrayas propias).

Por su parte la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación se ha pronunciado al respecto diciendo:

> *"El artículo 5° de la Ley 734 de 2002 consagra que «La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna», es decir, el concepto de ilicitud sustancial se refiere a la infracción sustancial de los deberes funcionales, al contrariarse los principios que rigen la función pública, lo cual implica que la tipicidad, en materia disciplinaria, se fundamenta en normas con estructura de reglas, mientras que la ilicitud sustancial se construye a partir de la violación de los principios de la función pública, es decir, a partir de normas con estructura de principios, tal como se desprende del precitado artículo 5° y del artículo 22 del Código Disciplinario Único (garantía de la función pública), por lo que cuando se da la violación a un principio de rango constitucional o*

[55] Despacho del Procurador. Fallo de Segunda Instancia del 12 de diciembre de 2011. Radicación IUC 2010-171138. Implicados: Secretario General de la Gobernación del Tolima y Alcalde Palocabildo (Tolima).

legal se estaría configurando la sustancialidad de la ilicitud."[56] (Subrayas propias).

"En cuarto lugar y en relación con la antijuridicidad, el señor defensor sostuvo que la Procuraduría dio por hecho que este elemento se estructuraba en el entendido de entorpecer el buen desarrollo de la administración pública. En consecuencia, que la antijuridicidad se presumía por la violación del deber contenido en el concepto. Pero que había algo muy grave y era que la Procuraduría manifestó en el pliego de cargos que al senador le quedaban solo dos opciones: 1. Someterse; o 2. Negarse y ser sancionado. Que esto lo hacía curiosamente fundado en un concepto del Ministerio de Transportes.

De esta manera, la Sala ratifica que la conducta del disciplinado efectivamente afectó seriamente los principios de la función pública, pero no por el hecho de violar un deber contenido en el concepto sino por influir de manera indebida acudiendo a su investidura de senador, comportamiento que está tipificado como una falta gravísima."[57](Subrayas mías).

A su vez, la Procuraduría Provincial de Ocaña precisó:

"En una palabra, aunque el comportamiento se encuadre en un tipo disciplinario, pero se determine que el mismo para nada incidió en la garantía

[56] Sala Disciplinaria. Procuraduría General de la Nación. Fallo de Segunda Instancia del 4 de octubre de 2012. Radicación 161 – 5284 (IUC 130610-2008). Implicados: Directora General Administrativa del Senado de la República.
[57] Sala Disciplinaria. Procuraduría General de la Nación. Fallo de Única Instancia del 16 de octubre de 2012. Radicación 2012188491. Implicados: Eduardo Merlano Morales y Oscar Pérez Cárdenas, como Senador de la República y General de la Policía Nacional respectivamente.

de la función pública y los principios que la gobiernan, deberán concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial. De acuerdo con lo expuesto, al descartarse la responsabilidad derivada al quebramiento formal de la cobertura jurídica de la norma, esta deberá soportarse en la comprobación de las trasgresión de dichos presupuestos, lo que redundará en una efectiva aplicación de la justicia y la real proscripción de la responsabilidad objetiva."[58] (Subrayas fuera del original).

Descritas las posiciones existentes respecto al contenido del concepto de antijuridicidad, o de Ilicitud Sustancial en los términos de la Ley 734 de 2002, tenemos que eso ha traído diversos problemas a nivel práctico, pues se presentan unos verdaderos debates doctrinales y jurisprudenciales entre los defensores de los servidores públicos y las oficinas titulares de la acción disciplinaria[59] al momento de determinar con base en el acervo probatorio existente dentro de la actuación, si en realidad el disciplinable ha incurrido en un ilícito disciplinario sujeto de reproche.

Al momento de abordar el tema del *ius puniendi* del Estado, siempre se hace referencia al tema del control social, pues la finalidad de ese derecho punitivo o sancionador es lograr un control de la sociedad, para de esa forma cumplir con los fines del Estado, y eso se concreta al tipificar una serie de conductas, acciones y omisiones, como prohibidas y por ende susceptibles de algún tipo de castigo.

---

[58] Procuraduría Provincial de Ocaña. Fallo de Primera Instancia del 24 de enero de 2013. Radicación IUC – D-2011-598-299912. Implicados: Edwin Gil Mora en calidad de Personero Municipal de Regidor Bolívar.

[59] En cuanto a las dependencias competentes para el inicio de la acción disciplinaria, tenemos que el artículo 2° de la Ley 734 de 20002 las enuncia de la siguiente manera*: "Sin perjuicio del poder disciplinario preferente de la Procuraduría General de la Nación y de las Personerías Distritales y Municipales, corresponde a las oficinas de control disciplinario interno y a los funcionarios con potestad disciplinaria de las ramas, órganos y entidades del Estado, conocer de los asuntos disciplinarios contra los servidores públicos de sus dependencias."*

Dentro de los mecanismos de control social, se dice que el derecho como tal es un mecanismo de control social formal[60]. Por anterior se puede decir que el derecho ejerce control en diferentes comportamientos de los miembros de la sociedad, siendo necesario entender que el derecho sancionador viene siendo el más drástico, teniendo en el derecho penal su límite máximo, pues se debe recordar el principio de la *"última ratio"*, al cual hicimos referencia en la introducción de éste escrito.

Subdividiendo el derecho sancionador, como ya se mencionó, encontramos diferentes modalidades, pues se habla además de derecho penal y de derecho disciplinario, de derecho policivo, derecho cambiario sancionatorio, derecho administrativo sancionador, derecho contravencional etc.

Bajo esa idea de derecho como mecanismo de control social formal y de la existencia de un derecho sancionador con múltiples modalidades, se debe sacar a relucir un principio muy importante y de amplia aplicabilidad en el derecho como lo es el de la proporcionalidad.

Según Fernando Velásquez Velásquez, se define el principio de proporcionalidad como: *"…. un conjunto de criterios o herramientas a las cuales es posible sopesar y medir la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como de cualquier grupo de interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, desde un perfil concreto o desde un punto de mira determinado: el de la inutilidad, no necesidad y desequilibrio del sacrificio. A no dudarlo, se trata de un principio de*

[60] Cfr. Pérez Pinzón, Álvaro Orlando. Introducción al Derecho Penal. 4° Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. Bogotá D.C. – 2002. Pág. 70.

carácter relativo del cual no se desprenden prohibiciones abstractas o absolutas, sino solo por referencia al caso concreto, dependiendo de la relación de medio a fin que, eventualmente, guarde el límite o gravamen de la libertad, con los bienes, valores o derechos que pretenda satisfacer; por ello, pues, se dice que un principio relacional por cuanto compara dos magnitudes: los medios a la luz del fin.[61](Subrayas mías).

Por otro lado, la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad C-022 de 1996 M.P. Gaviria Díaz, dijo que: *"El concepto de proporcionalidad comprende tres conceptos parciales:*

"la adecuación de los medios escogidos para la consecución del fin perseguido,

"la necesidad de la utilización de esos medios para el logro del fin (esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al fin y que sacrifique en menor medida los principios constitucionales afectados por el uso de esos medios),

"y la proporcionalidad en sentido estricto entre medios y fin, es decir, que el principio satisfecho por el logro de este fin no sacrifique principios constitucionalmente más importantes."(Subrayas fuera del original).

Dicho concepto también ha sido acogido por el Consejo de Estado, Corporación que, en sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, del treinta (30) de noviembre de 2006, Exp. 13074 C.P. Hernández Enríquez, dijo al respecto lo siguiente:

[61] Velásquez Velásquez, Fernando, Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 2002. Pág.35 y 36.

"Cualquier definición del principio – o siguiendo la precisión que se acaba de efectuar, de la regla general- de proporcionalidad, de manera forzosa, debe poner de presente la necesaria adecuación entre los hechos determinantes del acto administrativo y su contenido, con respecto a los fines que se persiguen mediante la expedición del mismo. Los elementos sobre los cuales descansa el principio son, por tanto, el presupuesto de hecho, los medios y el fin del acto, si bien es cierto que su más específica caracterización se refiere a la relación de adecuación entre medios y fines, entre medida adoptada y objetivos perseguidos, claro está, partiendo de una correcta constatación de la existencia y una apropiada calificación jurídica de la realidad fáctica sobre la que quiere operarse.

En su más común acepción, el principio de proporcionalidad en las relaciones entre el poder público y los ciudadanos se traduce en la exigencia de que cualquier limitación introducida por aquél a los derechos de éstos o, en general, al ámbito de libre autodeterminación del individuo, sólo puede ser posible en cuanto resulte estrictamente imprescindible para la salvaguarda o consecución del interés público en virtud del cual la medida en cuestión es adoptada. 0, del mismo modo, simplemente se afirma que una determinada decisión administrativa es proporcionada cuando se da la relación de adecuación entre medios elegidos y fines perseguidos, además de una relación de equilibrio entre los diferentes intereses puestos en juego.

Sin embargo, un análisis más detenido del principio que en su sentido amplio se ha descrito, elaborado en primera instancia por la doctrina alemana, conduce a identificar dentro del mismo tres subprincipios, etapas o

mandatos parciales: el subprincipio o mandato de adecuación, de idoneidad o de congruencia, por virtud del cual la medida limitadora de los derechos o intereses del administrado debe ser útil, apropiada o idónea para obtener el fin buscado, esto es, que el abanico de posibles medidas a adoptar por la Administración se limita a las que resulten congruentes con el entramado fáctico del caso y aptas para la consecución del cometido fijado por el Ordenamiento; el subprincipio o mandato de necesidad, intervención mínima o menor lesividad, de acuerdo con el cual la adopción de la medida elegida debe ser indispensable dada la inexistencia de una alternativa distinta que sea tan eficaz y menos limitativo que la misma, capaz de satisfacer el fin de interés público al que se ordena; y, en tercer lugar, el subprincipio o mandato' de proporcionalidad en sentido estricto, de acuerdo con el cual debe producirse un equilibrio entre el perjuicio irrogado al derecho o interés que se limita y el beneficio que de ello se deriva para el bien público que la medida prohíja" (Subrayas propias).

Independientemente de la óptica por donde se analice el principio de proporcionalidad o de la rama del derecho en la que se pretenda aplicar, tenemos que dicho postulado parte de la adecuación entre los medios a utilizar y el fin perseguido, con la menor afectación o vulneración a los derechos y libertades de los individuos, es decir se debe determinar la necesidad de los medios.

Bajo esa idea, tenemos que el fin perseguido por el derecho disciplinario es la protección de la función pública entendida en su noción amplia, la cual apunta a comprenderla como el conjunto de acciones, actuaciones y ejecuciones de las diferentes manifestaciones del Estado, encaminadas a la protección de los ciudadanos, al

mantenimiento del orden público, y a brindarles a ellos los servicios necesarios para la consecución de los fines estatales.

3. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ILICITUD SUSTANCIAL COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.

3.1. EL PROBLEMA PRÁCTICO.

Precisados los conceptos dogmáticos que determinan la existencia y naturaleza del derecho disciplinario y su relación con la ilicitud sustancial, se tiene que la interpretación de dicho principio como elemento configurador de la responsabilidad disciplinaria, se debe conceptuar bajo un criterio de antijuridicidad material, pues el entronizar que el ilícito disciplinario surge cuando se presenta (junto a la tipicidad y culpabilidad de la conducta) una actitud contraria a un deber consagrado en una norma partiendo de un desvalor de acción, lleva a un ejercicio desproporcionado de *ius puniendi* del Estado, ya que el reproche disciplinario se deberá aplicar cuando la función pública realmente se vea dañada o puesta en peligro por la acción u omisión del sujeto disciplinable.

Los conceptos que fundamentan la posibilidad de que un servidor público sea declarado responsable disciplinariamente son el de *relaciones especiales de sujeción* y el de *deber funcional*. Sin embargo no se puede dejar de lado el concepto de *función pública* pues esta es la que fundamenta la existencia de los dos conceptos anteriores, ya que la *función pública* es la razón de ser de la existencia del Estado, entendiendo por está como el conjunto de actividades, operaciones y servicios que se deben ejecutar por los entes estatales a través de sus agentes públicos, en aras de la consecución de los fines y valores del Estado previstos en el ordenamiento jurídico, función que desde de un punto de vista orgánico de las ramas del poder público, se puede clasificar como función ejecutiva, función legislativa y función judicial, aunque esta división no es unánime,

puesto que existen varios casos en donde en una entidad de alguna rama se cumplen varias de las funciones mencionadas, como por ejemplo la ejecutiva y la judicial. Y eso sin entrar en la polémica respecto a las entidades denominadas por algunos autores como del "cuarto poder público", o lo que se ha conocido como los organismos autónomos constitucionales, pues lo que se debe tener claro, para lo que nos interesa, es que todas cumplen actividades, operaciones o prestan servicios a la ciudadanía, los cuales se agrupan en el concepto de *función pública.*

Otro aspecto totalmente relevante es que el ejercicio de la *función pública* siempre debe estar ejecutado con apego al principio de legalidad[62], cuya extensión determina si la actuación a ejecutar es totalmente reglada, o, por el contrario, es totalmente discrecional en cabeza del servidor público. En ese orden de ideas, es importante precisar que el principio de legalidad es un pilar de todas las modalidades del derecho sancionador, por lo que en ningún momento puede ser desconocido por parte del derecho disciplinario.

Por otro lado, es importante precisar que estamos haciendo referencia al concepto de *función pública* en sentido amplio[63], pues al tomarla bajo la óptica de la noción restringida, estaríamos hablando del conjunto de normas que regulan la relación del

[62] Es importante precisar que hacemos referencia al principio de legalidad entendido como principio de juridicidad, lo cual es autoría de Adofl Merkel, y es expuesto por el profesor Humberto Sierra Porto en su obra *"Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana".* Universidad Externado de Colombia. 1998. Primera Edición, quien en la página 153 de la misma dice al respecto lo siguiente: *"La primera forma de concebir el principio de legalidad considera a éste como equivalente del principio de juridicidad. El principio de juridicidad es un concepto que determina las relaciones entre derecho y los poderes públicos (principalmente la Administración), de tal forma que toda la actuación de la Administración, de los funcionarios públicos, debe basarse en el derecho. La actuación de los poderes constituidos supone la existencia de normas jurídicas que los vinculan cuando actúan y de esta forma los someten al derecho. El principio de juridicidad, en este sentido, es un concepto genérico, más amplio que el de legalidad ya que incluye al principio de legalidad como juridicidad cualificada, que opera cuando la fuente jurídica que sirve de fundamento a los poderes constituidos es la ley."*

[63] En el ordinal 2.2 del presente escrito hice referencia a los diferentes conceptos de *función pública,* y precise que existe una noción amplia y otra restringida.

servidor público con el Estado, precisando sus funciones, deberes, prohibiciones, horarios, prestaciones y demás obligaciones y derechos. Sin embargo, en cada caso concreto es pertinente analizar si la vulneración de ese ordenamiento jurídico que regula la relación entre el funcionario público y el Estado conlleva una real afectación a la actividad, operación o servicio que debe ejecutar, entendidas como modalidades de la *función pública.*

Establecida la relación de los tres conceptos antedichos, asumiendo que el principal es el de *función pública,* se hace necesario entrar a analizar la relación que el *deber funcional* tiene con la *función pública,* pues eso es importante para establecer la noción del elemento de ilicitud sustancial como parte de la falta disciplinaria.

Dentro de los diferentes conceptos de *deber funcional* dados por la doctrina y la jurisprudencia, me parece necesario partir del expuesto por el profesor Alejandro Ordoñez Maldonado en su libro *"De la Ilicitud Sustancial a lo Sustancial de la Ilicitud",* el cual hace parte de la colección Justicia Disciplinaria, publicada por el Instituto de Estudios Disciplinarios del Ministerio Público, pues al ser este último el principal operador de la acción disciplinaria, vendría siendo el concepto más autorizado.

Así las cosas, Ordoñez Maldonado define el *deber funcional* en los siguientes términos: *"El deber funcional puede ser comprendido entonces, como una armónica combinación de elementos misionales y jurídicos que posibilitan el cumplimiento de los fines del*

Estado, por cuanto las funciones del agente estatal se encuentran en una relación de medio a fin respecto de los mismos objetivos del Estado."[64](Subrayas fuera del original).

Con base en la definición citada, el profesor Ordoñez establece que el *deber funcional* es un conjunto de elementos misionales y jurídicos, lo cual no delimita de manera clara qué se debe entender por *deber funcional,* situación que es grave teniendo en cuenta que el artículo 5º de la Ley 734 de 2002 en su definición legal de ilicitud sustancial hace énfasis en la infracción a un deber funcional, pues dicha norma precisa que la antijuridicidad de la falta disciplinaria se concreta en esa circunstancia. Así las cosas, el operador disciplinario siempre se encontrará en aprietos a la hora de concretar el contenido propio de la ilicitud sustancial para poder endilgar la responsabilidad disciplinaria, pues la ley no define con claridad qué es el concepto aludido.

Tenemos entonces que según el concepto anteriormente citado, el *deber funcional* debe ser entendido como una combinación de elementos misionales y jurídicos. En ese orden de ideas es totalmente necesario hacer un análisis de cada tipología de dichos elementos a la hora de determinar la existencia de la ilicitud sustancial en cada caso concreto.

En primer lugar, al hablar de *elementos misionales* uno podría deducir que se está haciendo referencia a los fines constitucionales del Estado, o a los principios que rigen la *función pública,* o a los principios propios de la actividad, operación o servicio del que es competente el servidor público de acuerdo al ordenamiento jurídico, o a los tres grupos. En este punto es totalmente apropiado citar a Ordoñez Maldonado quien dice

[64] Ordoñez Maldonado, Alejandro. De la Ilicitud Sustancial a lo sustancial de la Ilicitud. Colección Justicia Disciplinaria. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá – Colombia. 2009. Página 30.

que *"La ilicitud sustancial disciplinaria debe ser entendida como la afectación sustancial de los deberes funcionales, siempre que ello implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública."*[65]

En consecuencia, entran en el análisis los diferentes principios que rigen las funciones de los servidores públicos, llevando a que si el funcionario incumple alguna de las obligaciones legales y/o incurre en alguno de los supuestos de hecho de las prohibiciones descritas en el ordenamiento jurídico (agrupados todos bajos el concepto de *deberes funcionales*), es necesario determinar si eso conlleva un desconocimiento de dichos principios.

Esos principios pueden ser clasificados en dos grupos: 1) Generales de toda función pública, y 2) Especiales de la función pública asignada al servidor público[66]. Así las cosas, sólo se hará referencia a los principios generales de toda función pública, puesto que sería muy dispendioso enumerar todos los principios específicos de cada función pública previstos en nuestro ordenamiento.

Para empezar, es necesario hacer referencia al artículo 209 de la Constitución Nacional, el cual reza lo siguiente: *"La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones."*

[65] Ibídem. Página 26.
[66] Por ejemplo, la Ley 99 de 1993, conocida popularmente como la ley del medio ambiente, precisa en su artículo 1° los principios que deben ser tenidos en cuenta por todas las entidades y servidores que tienen diferentes competencias asignadas en el Sistema Nacional Ambiental –SINA.

Aunque la norma superior citada hace referencia a los principios de la función administrativa, esos principios se pueden predicar de todo tipo de *función pública,* al punto que el artículo 22 de la Ley 734 de 2002, repite varios de dichos principios como los que garantizan la *función pública,* pues en éste se estableció por el legislador que *"El sujeto disciplinable, para salvaguardar la moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad, imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia que debe observar en el desempeño de su empleo, cargo o función, ejercerá los derechos, cumplirá los deberes, respetará las prohibiciones y estará sometido al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflictos de intereses, establecidos en la Constitución Política y en las leyes."*

Nótese como en la norma citada se hace una aproximación a los elementos misionales (principios y valores) y a los elementos jurídicos (normas que establecen obligaciones y prohibiciones) que determinarían el contenido real de los *deberes funcionales* según Ordoñez Maldonado, dando a entender que cualquier desconocimiento de alguno de esos elementos por parte de una acción u omisión de un servidor público conllevaría a configurar de ilicitud sustancial su comportamiento, pues siempre que se desconozca un elemento jurídico automáticamente se desconocería un elemento misional.

Esa conclusión trae como consecuencia, en términos prácticos, que la ilicitud sustancial como elemento de la responsabilidad disciplinaria siempre se configura al existir una antijuridicidad formal, entendida ésta como una mera contradicción entre la acción u omisión del funcionario y lo previsto en el ordenamiento jurídico, llevando a que cualquier error del servidor dé para una eventual responsabilidad disciplinaria, casi confundiéndose con la tipicidad de la falta, sobre todo teniendo en cuenta que se

maneja para esa modalidad de derecho sancionador un sistema de tipicidad abierta (excepto para las faltas gravísimas).

Esa confusión entre la tipicidad y la antijuridicidad de la falta disciplinaria ha sido reconocida directa o indirectamente en distintos fallos de los operadores disciplinarios. Por ejemplo, la Sala Disciplinaria en fallo de segunda instancia emitido el día 8 de noviembre de 2012 al respecto dijo lo siguiente:

> *"Así las cosas, y al margen de las discusiones dogmáticas que se han suscitado en el escenario doctrinario y jurisprudencial sobre la inseparabilidad o no de las categorías de la tipicidad y la antijuridicidad en materia disciplinaria, debe tenerse en cuenta que el fallo que se cuestiona siempre tuvo en cuenta que el núcleo esencial de la imputación consistió en la transgresión de una regla que desarrolla los principios eficacia y economía (austeridad del gasto público, si se quiere), cuyo desconocimiento constituye falta disciplinaria en los términos del artículo 23 del CDU Así, el artículo 3º del Decreto 2445 de 2000, en virtud de la remisión permitida por el numeral 1 del artículo 34 del CDU, junto con la lectura armónica del artículo 3° de la Ley 489 de 1998, da cuenta que en el presente proceso disciplinario, además de la perfecta adecuación de la conducta desplegada al tipo de disciplinario, se desconocieron los principios de eficacia y economía que rigen la actividad del Estado, los cuales sirven como garantía para el buen desempeño de la función pública, entendiéndose así la antijuridicidad o licitud sustancial de la conducta endilgada.*

En cuanto al deber funcional, como segundo elemento de la ilicitud disciplinaria, debe tenerse en cuenta que éste concepto es omnicomprensivo y, en consecuencia, abarca el cumplimiento del catálogo de deberes propiamente dichos, el no incurrir en prohibiciones, no extralimitarse en el ejercicio de derechos y funciones y de abstenerse de violar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de intereses, hipótesis que individualmente son constitutivas de falta disciplinaria, en los términos fijados por el artículo 23 del CDU.

Así pues, cuando el artículo 5 del Estatuto Disciplinario refiere que la falta (como sinónimo de conducta) será antijurídica cuando «afecte el deber funcional», tal categoría (deber funcional) debe entenderse como cualquiera de los eventos anteriormente mencionados que por sí mismo configuran la realización de una falta disciplinaria.

Es por eso que también debe tenerse en cuenta que en las descripciones efectuadas por el legislador en el artículo 34 del CDU como faltas disciplinarias (graves o leves, en los términos del artículo 43 ejusdem), la categoría de deber funcional se encuentra igualmente inmersa en el tipo disciplinario, pues la realización de cualquiera de dichas conductas señaladas taxativamente implica, al mismo tiempo, el desconocimiento del deber funcional que le asiste a los servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas."[67]

[67] Sala Disciplinaria. Procuraduría General de la Nación. Fallo de Segunda Instancia del 8 de noviembre de 2012. Radicación 161 - 4901 (IUS 08506 – 2009). Implicados: Directores ejecutivos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

En ese mismo sentido, tenemos que la Procuraduría Regional del Valle del Cauca en fallo del 30 de agosto de 2012 sostuvo: *"De tal manera que, para que se configure el ilícito disciplinario, basta la transgresión o infracción del deber o de la obligación funcional, esta calificación la estableció el legislador, es decir, el legislador consideró que el servidor público que autorice, como sucedió en el presente asunto, la afectación de recursos de Educación que tenían destinación específica, tal conducta la considera como falta gravísima, para concluir que la tipicidad se integra con la antijuridicidad de tipo formal, porque no se exige el resultado, por cuanto la existencia del objeto sobre el cual recae la conducta es la situación descrita en el deber que se estima infringido o prohibición realizada."*[68] (Subrayas fuera del texto original).

En este punto es interesante precisar que Ordoñez Maldonado sostiene que la ilicitud sustancial no es sinónimo de antijuridicidad formal al afirmar:

> *"A pesar de que es correcto afirmar que la responsabilidad disciplinaria está soportada en la afectación de deberes funcionales, la antijuridicidad en materia disciplinaria no puede reducirse a un simple juicio de adecuación de la conducta con la sola categoría de la tipicidad; es decir, que sólo baste la correspondencia del comportamiento con la falta que se va a endilgar, dando por sentado la antijuridicidad, tal y como si se tratara de una presunción irrefutable.*
>
> *Esta aproximación es la que se deriva de la misma jurisprudencia y doctrina especializada, al decir que el derecho disciplinario no debe ni puede tutelar*

[68] Procuraduría Regional del Valle del Cauca. Fallo de Segunda Instancia del 30 de agosto de 2012. Radicación 2010 - 393144. Implicados: Argemiro Jordán Sánchez como Alcalde de Ginebra (Valle).

el cumplimiento de los deberes por los deberes mismos. En otros términos, aun cuando la conducta se encuadre en la descripción típica, pero tal comportamiento corresponda a un mero quebrantamiento formal de la norma jurídica, ello no puede ser objeto de la imposición de una sanción disciplinaria, porque se constituiría en responsabilidad objetiva, al aplicarse medidas sancionatorias, sin que exista una verdadera y justa razón de ser"[69]

Lo anteriormente citado está en total consonancia con la posición que se asume en este trabajo respecto a que no es válido entender la ilicitud sustancial bajo un criterio de antijuridicidad formal. Sin embargo, como también ya se mencionó, la conclusión en teoría es muy loable, pero en la práctica no es fácil de determinar para el funcionario sancionador cómo se presenta la ilicitud sustancial, sobre todo en materia de faltas graves y leves por ser de tipicidad *numerus apertus*, y cuyos criterios de graduación obedecen a variadas circunstancias descritas en el artículo 43 de la Ley 734 de 2002[70], en

[69] Ordoñez Maldonado, Alejandro. De la Ilicitud Sustancial a lo sustancial de la Ilicitud. Colección Justicia Disciplinaria. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá – Colombia. 2009. Página 25.

[70] Dicha norma prevé lo siguiente:

"Artículo 43. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta. Las faltas gravísimas están taxativamente señaladas en este código. Se determinará si la falta es grave o leve de conformidad con los siguientes criterios:
1. El grado de culpabilidad.
2. La naturaleza esencial del servicio.
3. El grado de perturbación del servicio.
4. La jerarquía y mando que el servidor público tenga en la respectiva institución.
5. La trascendencia social de la falta o el perjuicio causado.
6. Las modalidades y circunstancias en que se cometió la falta, que se apreciarán teniendo en cuenta el cuidado empleado en su preparación, el nivel de aprovechamiento de la confianza depositada en el investigado o de la que se derive de la naturaleza del cargo o función, el grado de participación en la comisión de la falta, si fue inducido por un superior a cometerla, o si la cometió en estado de ofuscación originado en circunstancias o condiciones de difícil prevención y gravedad extrema, debidamente comprobadas.
7. Los motivos determinantes del comportamiento.
8. Cuando la falta se realice con la intervención de varias personas, sean particulares o servidores públicos.
9. La realización típica de una falta objetivamente gravísima cometida con culpa grave, será considerada falta grave."

donde ninguna de ellas hace referencia a circunstancias de modo, tiempo y lugar taxativas, ya que todas son abiertas.

Para demostrar el problema práctico del tema, se plantea el siguiente caso. A un secretario de gobierno de una alcaldía municipal se le asignó un vehículo para sus desplazamientos en el cumplimiento de sus funciones. Así las cosas, el funcionario público antes de llegar a su oficina a las 8 a.m. (hora de ingreso), por temas de organización y de tiempo decidió llevar a sus hijos al colegio dejándolos a las 7:45 a.m., el cual queda a tres cuadras de su lugar de trabajo. Dicha conducta la desplegó durante un mes.

En vista de esa situación, un ciudadano del municipio interpone una queja disciplinaria ante la personería municipal, aduciendo que el secretario debe ser sancionado puesto que está destinando un vehículo de uso oficial para llevar a sus hijos a su lugar de estudio.

Planteado el caso, se analizará con base en lo expuesto a lo largo de este escrito, si cabe algún tipo de sanción al funcionario, precisando si existe o no una ilicitud sustancial en su conducta.

En primer lugar, todo operador disciplinario deberá acudir a lo previsto en el artículo 27 de la Ley 734 de 2002, el cual define que *"Las faltas disciplinarias se realizan por acción u omisión en el cumplimiento de los deberes propios del cargo o función, o con ocasión de ellos, o por extralimitación de sus funciones".*

Para la hipótesis planteada, el deber incumplido por parte del secretario de gobierno fue el previsto en el numeral 4º del artículo 34 Ibid., el cual se describe en que todo servidor público debe *"Utilizar los bienes y recursos asignados para el desempeño de su empleo, cargo o función, las facultades que le sean atribuidas, o la información reservada a que tenga acceso por razón de su función, en forma exclusiva para los fines a que están afectos.".* Y eso sin entrar a precisar que muy posiblemente incumple otro deber previsto en su manual de funciones.

Continuando con el ejercicio con base en lo previsto en las dos normas citadas, ya se está ante una eventual falta disciplinaria, por lo que el paso siguiente vendría siendo el determinar con base en los criterios del artículo 43 de la ley 734 de 2002, la gravedad o levedad de la falta, criterios dentro de los cuales entran a ser determinantes el contenido ilícito y de culpabilidad de la acción u omisión cometida, por lo que es totalmente necesario que antes de la calificación de la falta, se deba tener claro el grado de culpabilidad del funcionario y si hay una ilicitud sustancial.

Esa situación trae varios problemas, entre ellos respecto al tema de la ilicitud sustancial. Para el caso bajo análisis, tenemos un *deber funcional* en cabeza del secretario de gobierno, el cual está previsto en el ordenamiento jurídico y consiste básicamente en que sólo debe utilizar el vehículo para desplazarse en cumplimiento de sus funciones. Ese elemento jurídico del que habla Ordoñez Maldonado al definir el *deber funcional* se encuentra cumplido, al igual que los elementos misionales, pues el llevar a sus hijos al colegio en un automotor de uso oficial conlleva al incumplimiento de un deber legal, a una vulneración a la moralidad pública y uno que otro principio de la *función pública.*

En consecuencia, como se definió por el profesor citado, la ilicitud sustancial es la afectación de los deberes funcionales cuando ello implique desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entonces para la hipótesis planteada la conducta del secretario es ilícita sustancialmente llevando a un reproche disciplinario.

Lo anterior es totalmente injusto e irracional, teniendo en cuenta que no se causa ningún daño a la *función pública* que desempeña dicho secretario, pues no la perturba de ningún modo el hecho de llevar a sus hijos al colegio que queda a pocas cuadras de su lugar de trabajo antes de la hora de ingreso para el desempeño de sus labores. Sin embargo, bajo el criterio expuesto por Ordoñez Maldonado, que es compartido por la Procuraduría General de la Nación y gran parte de la doctrina disciplinaria, esa acción se constituye una falta con contenido de ilicitud sustancial, y muy posiblemente podría dar lugar al reproche disciplinario.

Como el ejemplo narrado, existen miles de casos en donde la simple vulneración de un deber legal o reglamentario, como siempre lleva a la violación de algún principio de la *función pública,* trae como consecuencia que la acción u omisión sean sustancialmente ilícitas, lo que hace que en la práctica dicho elemento de la responsabilidad disciplinaria se presente bajo en un concepto de antijuridicidad formal, pues los deberes y los principios se encuentran consagrados en el ordenamiento jurídico, por lo que el derecho disciplinario vino convirtiéndose en una modalidad del *ius puniendi* del Estado que protege normas más no el bien jurídico que es la base del mismo, es decir la *función pública.*

Además, otro aspecto problemático respecto a delimitar la ilicitud sustancial con base en si existe o no una vulneración de los principios de la *función pública,* es la no existencia de una definición precisa de los principios generales de toda función y de los especiales que rigen la función desempeñada por el sujeto disciplinable en cada caso concreto, pues esa circunstancia conlleva a que el entendimiento de cada principio dependa de la interpretación del operador disciplinario de turno, lo cual va en total contravía con varios principios fundantes de toda modalidad de derecho sancionador, más específicamente con el principio de legalidad, trayendo como consecuencia práctica que se presente una falta total de seguridad jurídica en cabeza de los destinatarios de la ley disciplinaria.

Para precisar la circunstancia anteriormente expuesta, me permito citar el siguiente texto de una tesis de grado que, aunque hace referencia a los principios generales del derecho, permite entender la dificultad que se tiene al momento de determinar la naturaleza y alcance de los principios de la *función pública,* sobre todo en aquellos casos en donde las normas tan solo los enuncian. El texto es el siguiente:

> *"Como se puede deducir de todo lo hasta aquí expuesto, la noción de PGD* (entiéndase como principios generales del derecho) *implica una variopinta conceptual que arranca desde considerar que estos son los principios del Derecho romano, o los Derechos humanos universalmente admitidos por la ciencia jurídica, y para otros, identificarlos con la equidad, el Derecho justo o natural; e incluso hay una buena parte de la Doctrina que niega enfáticamente la existencia de tales estructuras normativas. De aquí que no se pueda hablar de*

una única y completa teoría que explique los PGD, sino de múltiples teorías que se encaminan a encontrar la mejor explicación posible a dicho concepto.

Esto ocurre porque en el fondo, cada uno de los diversos autores que estudian el tema, consciente o inconscientemente, pretenden defender una posición política, que envuelve aspiraciones de índole dogmática, con claros contenidos económicos, sociales, culturales, religiosos, que para nada están ajenos a las realidades y contextos del autor que propugna por una u otra teoría. Los cuales son el reflejo de su muy particular contexto, traducido en la defensa de unos específicos y personales intereses, que necesariamente aparejan que las teorías expuestas estén contaminadas de sesgos de todo tipo. Lo que descarta por ende que la discusión sea puramente científica o académica con carácter teórico, y que se mueva en un terreno imparcial y absolutamente ascético. Y esto es así, ya que el problema de los PGD y su aplicación, no es una problemática de la Teoría del Derecho, o de la Teoría Analítica del Derecho, sino que constituye en últimas un problema de política jurídica o política del Derecho, pues las diversas corrientes que explican la existencia de los PGD o que enfáticamente niegan su aplicación, lo que proponen es una visión concreta del Derecho, en donde o se admite la posibilidad de que se apliquen reglas ajenas al sistema, o por el contrario se limita la concepción del Derecho exclusivamente al conjunto de normas positivas que gracias a la norma fundamental o a la regla de reconocimiento se interpretan como válidas para el mismo."[71]

[71] Jiménez Gil, William. "Sobre Principios y Reglas, Los Problemas del Razonamiento Jurídico frente Al "Nuevo Derecho" en el Sistema Jurídico Colombiano. (Aplicación hermenéutica al caso de los Deudores de Créditos hipotecarios en UPAC)". Tesis de maestría en Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional de Colombia. Sede Bogotá, 2004.

Así las cosas, se tiene que el circunscribir la definición de la ilicitud sustancial de una falta disciplinaria a la vulneración de los principios generales y especiales de la *función pública* dependiendo de cada caso concreto, puede llevar a decisiones arbitrarias y hasta irracionales, siendo necesario acudir a un criterio claro y preciso para dotar de antijuridicidad la eventual responsabilidad disciplinaria, para de esa forma imponer las sanciones de manera justa y equitativa, tal y como lo manda un Estado Social de Derecho.

3.2. LA ILICITUD SUSTANCIAL DEBE SER ENTENDIDA BAJO UN CRITERIO DE ANTIJURIDICIDAD MATERIAL- REAL AFECTACIÓN O PUESTA EN PELIGRO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA MIENTRAS NO EXISTA UNA CONSAGRACIÓN LEGAL DE LOS DEBERES FUNCIONALES.

Después de la identificación del problema práctico respecto al entender la ilicitud sustancial de la falta disciplinaria como una simple infracción a un deber funcional propio del funcionario público, se sostiene que el contenido de dicha ilicitud sustancial debe entenderse como antijuridicidad material, pues de esa forma se evita un ejercicio desproporcionado y arbitrario de la potestad sancionadora del Estado a través del derecho disciplinario, y se evita el sólo proteger normas jurídicas que consagran deberes y principios de la *función pública,* siendo esta última la que verdaderamente debe ser protegida como bien jurídico principal en cabeza del Estado.

En este punto es importante citar a Ordoñez Maldonado, quien recogiendo la posición de la mayoría de los doctrinantes nacionales más reconocidos en derecho disciplinario, señala de manera tajante que la ilicitud sustancial no implica antijuridicidad material, pues:

"Tratándose de una categoría propia del derecho penal, la antijuridicidad material no alcanza a cobijar aquellas conductas que siendo desplegadas por el sujeto pasible de la acción disciplinaria, no implican la producción de un resultado, aunque si comportan la violación de un deber funcional, y por ende, la vulneración de los principios constitucionales y legales que rigen la función pública, los cuales son exigibles de aquella persona que tiene con el Estado un vínculo especial (relación especial de sujeción).

En esencia, es posible afirmar que la falta disciplinaria no exige para su configuración la producción de un resultado consistente en la lesión o interferencia de bienes jurídicos, ya que basta obrar en contravía de los deberes funcionales exigibles al disciplinado; de tal manera que la producción de un resultado se constituye en factor objetivo para dosificar la sanción disciplinaria y no la estructuración de la falta."[72]

Se critica está posición, pues su aplicación práctica conlleva siempre a que la vulneración a cualquier *deber funcional* determine la existencia de la ilicitud sustancial de la falta cayendo en que la responsabilidad disciplinaria se fundamente en una antijuridicidad formal para la estructuración de la falta y su calificación desde el punto de vista del elemento de la tipicidad.

[72] Ordoñez Maldonado, Alejandro. De la Ilicitud Sustancial a lo sustancial de la Ilicitud. Colección Justicia Disciplinaria. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá – Colombia. 2009. Página 25-26.

Lo ideal sería que se consagrara un concepto legal de qué se debe entender por *deber funcional,* y precisar en cada reglamentación administrativa (normas de la entidad, manual de funciones, etc.) cuáles son los deberes funcionales esenciales de cada cargo, para de esa forma precisar el marco de la responsabilidad disciplinaria del funcionario público, puesto que el mismo al conocer sus deberes principales, tiene el conocimiento y la certeza de qué tipo de actuaciones u omisiones le pueden acarrear una sanción disciplinaria, lo cual dota de seguridad jurídica a los servidores públicos, y se constituiría en un uso racional y proporcional de la potestad disciplinaria del Estado.

Sin embargo, como en la actualidad no existe dicha consagración (siendo la solución ideal), la interpretación de la ilicitud sustancial que más se compadece con los principios del derecho sancionador conlleva a que se deba manejar el tema bajo el criterio de antijuridicidad material, teniendo como base la afectación de la *función pública* como bien jurídico a proteger, o su puesta real en peligro.

Esa interpretación tiene total cabida de acuerdo al régimen disciplinario previsto en la Ley 734 de 2002, por medio de la cual se expidió el Código Disciplinario Único, al punto, que la calificación de las faltas disciplinarias de tipicidades abiertas (graves y leves) requiere tener certeza respecto al grado de afectación de la *función pública,* pues así lo prevé el numeral 2° del artículo 43 Ibídem, por lo que el juicio de afectación o real puesta en peligro del bien jurídico antedicho debe ser a priori, ya que es necesario para definir la calificación de las faltas y para determinar el contenido de ilicitud sustancial que deben tener las mismas para dar lugar a la responsabilidad disciplinaria, situación que corrobora la integración entre la tipicidad y la antijuridicidad al momento de la calificación de la falta.

Por otro lado, la interpretación de la ilicitud sustancial desde un punto de vista de antijuridicidad material tiene total asidero en diferentes normas constitucionales, especialmente las que hacen referencia a los principios propios de toda modalidad de derecho sancionador en cabeza del Estado.

Ya desde 1996 la Corte Constitucional ha reconocido que el principio de antijuridicidad material o de lesividad es de raigambre constitucional, así no tenga una consagración específica y literal dentro de la carta política. En efecto, en la sentencia de constitucionalidad C-070 de 1996, con ponencia del Dr. Cifuentes Muñoz, se precisó que el principio aludido se deduce del principio de proporcionalidad respecto a la intervención del Estado en las libertades y derechos fundamentales de los ciudadanos. En dicha jurisprudencia se dijo lo siguiente:

> *"(…)Sin necesidad de elevar el principio de antijuridicidad (Código Penal, art. 4) al rango de principio supralegal, bien puede afirmarse que éste tiene su corolario constitucional en el principio de proporcionalidad o 'prohibición de exceso', deducido jurisprudencialmente de los artículos 1º (Estado social de derecho, principio de dignidad humana), 2º (principio de efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución), 5º (reconocimiento de los derechos inalienables de la persona), 6º (responsabilidad por extralimitación de las funciones públicas), 11 (prohibición de la pena de muerte), 12 (prohibición de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes), 13 (principio de igualdad) y 214 de la Constitución (proporcionalidad de las medidas excepcionales).*
>
> *El Estado Social de derecho, donde la dignidad humana ocupa un lugar de primer orden, sustrae del amplio margen de libertad legislativa para la configuración del ordenamiento penal, la facultad de fijar cualquier pena con independencia de la gravedad del hecho punible y su incidencia sobre los bienes jurídicos tutelados. <u>El Constituyente erigió los derechos</u>*

fundamentales en límites sustantivos del poder punitivo del Estado, racionalizando su ejercicio. Sólo la utilización medida, justa y ponderada de la coerción estatal, destinada a proteger los derechos y libertades, es compatible con los valores y fines del ordenamiento." (Subrayas fuera del original).

Así las cosas, es pertinente poner de presente que el principio de antijuridicidad material o de lesividad no es exclusivo del derecho penal, sino que se debe aplicar a todas las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, cosa distinta es que su concepto, desarrollo y alcance haya sido propuesto desde la doctrina penal, pues, como ya se dijo anteriormente en este escrito, el derecho sancionatorio por excelencia del Estado es el derecho penal, por ende sus principios y conceptos básicos siempre se derivarán de las consideraciones hechas en ese ámbito.

Precisamente la misma alta corporación en sentencia C-948 de 2002 (providencia a la cual se hizo referencia cuando se expusieron las interpretaciones al artículo 5º de la Ley 734 de 2002) se pronunció respecto a que la afectación del *deber funcional* tiene que ser analizada desde el quebrantamiento de la función social que les corresponde a las funciones públicas competentes al servidor público, dando así una orientación respecto al alcance de la *ilicitud sustancial*[73]. Por otro lado, en dicha jurisprudencia se dijo por la Corte lo siguiente:

"El incumplimiento de dicho deber funcional es entonces necesariamente el que orienta la determinación de la antijuricidad de las conductas que se

[73] En la sentencia C-948 de 2002 la Corte sostiene lo siguiente: *La Corte ha precisado igualmente 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[48]. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto ella implique el quebrantamiento del deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas.*

reprochan por la ley disciplinaria. Obviamente no es el desconocimiento formal de dicho deber el que origina la falta disciplinaria, sino que, como por lo demás lo señala la disposición acusada, es la infracción sustancial de dicho deber, es decir el que se atente contra el buen funcionamiento del Estado y por ende contra sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuricidad de la conducta.

Así ha podido señalar esta Corporación que no es posible tipificar faltas disciplinarias que remitan a conductas que cuestionan la actuación del servidor público haciendo abstracción de los deberes funcionales que le incumben como tampoco es posible consagrar cláusulas de responsabilidad disciplinaria que permitan la imputación de faltas desprovistas del contenido sustancial de toda falta disciplinaria." (Subrayas fuera del original).

Tenemos entonces que la posición de la jurisprudencia constitucional apunta a la una antijuridicidad material de función pública (*"buen funcionamiento del Estado")* y no como algunos lo han interpretado respecto a que la *ilicitud sustancial* sólo se concreta en el incumplimiento del deber o de la función, sin mirar el desvalor del resultado.

La Corte Constitucional planteó nuevamente su posición de la aplicación de la antijuridicidad material en materia disciplinaria (aunque no de manera muy contundente) en la Sentencia C-393 de 2006 M.P. Dr. Escobar Gil al decir*: "Finalmente, sobre el principio de lesividad, habrá de señalarse que el mismo constituye junto con el principio de proporcionalidad, también una garantía del debido proceso en beneficio de los destinatarios de la ley disciplinaria, "en cuanto prevé que el quebrantamiento de la norma solo es reprochable cuando ésta ha sido concebida en función de preservar la eficacia y efectividad del servicio público". Siguiendo la jurisprudencia constitucional, el citado principio hace las veces de regulador de la actividad legislativa, pues, sin*

consideración al régimen disciplinario de que se trate, el legislador solo se encuentra habilitado para elevar a la categoría de falta, aquellas conductas reprochables que guardan consonancia con las funciones asignadas a los servidores públicos o con las tareas encomendadas a ciertos particulares, y que afectan el cumplimiento de sus deberes o labores, siendo el desconocimiento de esos cometidos el único criterio de imputación o de formulación de responsabilidad que se debe tener en cuenta." (Subrayas mías).

Más adelante la Corte Constitucional en sentencia C-819 de 2006 ya se expresa sobre el concepto de *ilicitud sustancial* en términos de lesividad o antijuridicidad material respecto de la función pública. Dicho pronunciamiento se hizo al analizar una demanda de inconstitucionalidad en contra de unos artículos de la Ley 1015 de 2006 que establece el Régimen Disciplinario de la Policía Nacional. En dicha providencia la Corte ya hace referencia directa al concepto de función pública al decir:

> *"La primera objeción estructura una violación al principio de legalidad en materia sancionatoria en su dimensión de necesidad de ley previa, estricta y precisa, en tanto que la segunda objeción, configura una trasgresión al principio de lesividad o ilicitud sustancial (capacidad de afectación de la función pública) que debe orientar las conminaciones disciplinarias. Una y otra se proyectan en una violación del principio de reserva legal de las faltas disciplinarias, en tanto que la ambigüedad y la falta de precisión de las expresiones examinadas conduce a que sea el intérprete y no el legislador quien determine el contenido de la hipótesis normativa."* (Subrayas fuera del texto).

Con base en la posición defendida a lo largo de este escrito (la cual tiene sustento constitucional), se sugieren los siguientes pasos para determinar la ilicitud sustancial de una falta, para proceder a su calificación y la eventual dosificación de la sanción. Los pasos serían los siguientes:

a. Identificación de la actividad, operación o servicio de la cual es competente el funcionario público, además de la reglamentación que rige su relación con el Estado. Es decir, delimitar la *función pública* en sentido amplio y sentido estricto en cada caso concreto.

b. Verificación de la acción u omisión ejercida por el funcionario público identificando plenamente las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Además, se debe determinar que la conducta se haya presentado dentro del ámbito de su *relación especial de sujeción* con el Estado.

c. Determinar si la acción u omisión del funcionario público vulnera deberes, prohibiciones, o constituye en una extralimitación de sus funciones de acuerdo a los *deberes funcionales* consagrados en el ordenamiento jurídico, es decir la *función pública* en sentido estricto.

d. Identificar si la conducta del funcionario, al ir en contravía de sus *deberes funcionales,* afectó o puso en real peligro a la *función pública* en sentido amplio, es decir a la actividad, operación o servicio del cual es competente.

Con el test sugerido, lo que se pretende es tener unos criterios de determinación de la existencia de la ilicitud sustancial, para de esa forma: 1) determinar la configuración de ese elemento como fundamento de la responsabilidad disciplinaria, 2) establecer la calificación de las faltas en graves o leves, y 3) dosificar la sanción en caso de existencia de la responsabilidad disciplinaria.

Para la aplicación del test expuesto, es necesario traer a colación el concepto de función pública en sentido amplio, entendido como el conjunto de funciones ejercidas por parte de los servidores públicos o particulares de manera transitoria, las cuales están encaminadas al cumplimiento de los fines del Estado, pues dichas actividades son las que componen el bien jurídico función pública.

Por otro lado, otro tema cardinal al que hay que hacer referencia es a las diferentes reflexiones doctrinales que se han hecho respecto al entendimiento de la función pública como bien jurídico, más específicamente a la administración pública, ya que, para poder precisar la antijuridicidad material de una conducta entendida como lesión o real puesta en peligro de dicha función pública, es necesario saber cómo debe analizarse el tema respecto del bien jurídico que protege el derecho disciplinario.

Para comenzar a abordar el tema es necesario acudir a la teoría de los bienes jurídicos, la cual ha sido desarrollada principalmente por el Derecho Penal (teniendo en cuenta que es la modalidad de ius puniendi del Estado por excelencia), para determinar el tipo de bien jurídico que es la función pública (entiéndase administración pública[74]), para luego saber en qué casos se entiende que hubo afectación del mismo.

[74] Antonio José Cancino al referirse al término de administración pública como bien jurídico lo equipara al concepto de función pública en sentido amplio al decir: *"En el campo administrativo, el concepto se*

Respecto a los bienes jurídicos, el derecho penal de raigambre liberal partió de la base de la existencia de bienes jurídicos individuales, entendiendo como aquellos los inherentes a cada uno de los individuos y que permiten su desarrollo individual y a nivel de la sociedad. Posteriormente se empezó a hablar de bienes jurídicos universales y/o colectivos, los cuales se pueden identificar como aquellos cuyo ejercicio se constituye como un medio para el desarrollo de cada una de las personas de determinada comunidad[75].

En ese orden de ideas, *"(…) los bienes jurídicos colectivos tienen una titularidad supraindividual, la cual puede ser entendida de manera positiva como "una titularidad compartida por el conjunto de una sociedad" o de forma negativa por sus características de "no ser detentados individualmente."*[76]

Tenemos entonces que los bienes jurídicos colectivos también son denominados por parte de la doctrina penal como bienes jurídicos supraindividuales. Carlos Castro Cuenca señala como las principales características de los bienes supraindividuales las

---

relaciona con la actividad del Estado para la consecución de sus fines. Es así como-agrega- se ha considerado la actividad de la administración pública equivalente a la de gobierno.
En esa línea se encuentran quienes limitan el concepto a una parte de la actividad estatal y arriban al concepto, si se quiere subsidiario, de que la administración consiste en la actividad del Estado que no es legislación ni justicia. Pero todas esas nociones son empíricas, por lo que, incluso dentro de la corriente de opinión más recibida en derecho administrativo, se comprueba su rechazo y, junto a él, la afirmación de que nadie considera ya que esa actividad existe solo en el poder administrador, puesto que se percibe su expansión en los otros poderes, tanto en el legislativo, como en el jurisdiccional." Cancino, Antonio J. VV. AA. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. 2003. Página 93.

[75] Cfr. Mata y Martin, Ricardo M. Bienes jurídicos intermedios y los delitos de peligro. Editorial Comares. Granada – España. 1997. Página 12-13.

[76] Castro Cuenca, Carlos G. La legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales. Editorial Leyer. Bogotá-Colombia. 2009. Página 25.

siguientes: a) Son indisponibles por recaer su titularidad en una sociedad[77], ya que, al no ser de una sola persona, el consentimiento en cuanto a su disposición es inverificable, b)Son indivisibles, haciendo imposible que puedan ser adjudicados o divididos entre sus titulares, y c)Tiene una naturaleza conflictual.[78]

El gran problema en el que incurre el concepto de bien jurídico colectivo y su entendimiento como bien jurídico supraindividual es respecto a la lesividad en ese tipo de bienes considerados inmateriales, pues varios autores sostienen que su lesión no es verificable, lo que ha traído como consecuencia, como bien lo señala Carlos Castro, que sea susceptible de punición sólo su puesta en peligro, o que parte de esos doctrinantes hayan creado categorías dogmáticas como el caso del concepto de bienes jurídicos intermedios, o la existencia de técnicas de acumulación de afectación de bienes jurídicos individuales, que a juicio del autor citado son inconstitucionales e ilegales, y van en contraposición con principios fundantes del derecho penal y del derecho sancionador, para de esa forma determinar su lesividad[79].

En ese orden y teniendo en cuenta el problema de la indeterminación de la lesión de los bienes jurídicos supraindividuales, tenemos que se han creado varios conceptos o formas de analizarlos, por lo que *"A estos bienes jurídicos se les ha dado el nombre de "bienes jurídicos intermedios", "bienes jurídicos intermedios espiritualizados", o "bienes jurídicos con función representativa". Es así como se protegen bienes jurídicos inmateriales, "espiritualizados", que son los que se han de lesionar o poner en peligro*

[77] Castro Cuenca señala que no ha habido una posición pacífica respecto a esa característica de los bienes jurídicos supraindividuales, pues dependiendo si se parte de la teoría monista o dualista respecto de los titulares de los bienes jurídicos, se han presentado en la doctrina diferentes teorías, al punto que algunos autores los denominan intereses difusos o bienes jurídicos intermedios. Cfr. Ibíd. Páginas 25-26.
[78] Ibíd. Páginas 27 y 28.
[79] Ibíd. Páginas 32 y s.s.

para que la conducta encuadre en el tipo penal, sin que sea necesario acreditar una lesión o puesta en peligro para el bien jurídico inmediatamente protegido."[80]

Respecto a la noción de bienes jurídicos intermedios, su principal característica es que su protección siempre e indefectiblemente está ligada a la protección de bienes jurídicos individuales, por lo que *"Desde esta perspectiva, no serían bienes intermedios aquellos que incorporan a la prohibición típica el peligro para los bienes de los particulares."*[81] Entonces, para el caso de concebir la administración pública como un bien jurídico intermedio, tendríamos que su lesión o puesta en peligro se concretaría en el bien jurídico individual o bienes jurídicos individuales que se pretender proteger con esa creación dogmática, lo cual es problemático desde el punto de vista práctico, pues la administración pública (entiéndase función pública) por la naturaleza de las actividades que la componen, puede propender por la protección de una gran diversidad de bienes jurídicos individuales, por ejemplo la inspección, vigilancia y control por parte de la Superintendencia de Salud es una función pública que protege la salud, la integridad física, la vida, el libre desarrollo de la personalidad a la hora de garantizar a cada ciudadano la libre escogencia de E.P.S. y muchos otros bienes jurídicos individuales, haciendo muy difuso el poder concretar la lesión o puesta en peligro de la función pública como elemento configurador de la ilicitud sustancial propia de la responsabilidad disciplinaria.

Por otro lado, frente a la aplicación del concepto de bien intermedio espiritualizado al bien jurídico administración pública, es pertinente hacer referencia a las reflexiones

[80] Rodríguez Wilches, Simón J. VV. AA. Estudios de derecho penal. Universidad Jorge Tadeo Lozano. Bogotá – Colombia. 2010. Página 211.
[81] Mata y Martin, Ricardo M. Bienes jurídicos intermedios y los delitos de peligro. Editorial Comares. Granada – España. 1997. Página 24.

que el autor Vázquez – Portomeñe Seijas ha realizado sobre el tema en el siguiente sentido: *"Así, Schünemann (Moderne Tendenzen ... , cit., pp. 793 Y 798), Roxin (Derecho penal. Parte General, Tomo J, cit., pp. 410 Y 411) Y Wolter (Objektive undpersonale ... , cit., pp. 328 Y 329) singularizan en el seno de los delitos de peligro abstracto aquéllos en punto a los cuales la opinión social ha constituido un «bien jurídico intermedio espiritualizado», bien jurídico cuya lesión conllevaría un auténtico desvalor y tendería un puente conceptual con los delitos de lesión de bienes jurídicos de contenido sustancial. Tratándose de los delitos de los funcionarios públicos (§' 331 Y ss. StGB) dicho bien intermedio sería la confianza de la población en la pureza del ejercicio de los cargos públicos, lesionable sólo con la realización de un elevado número de agresiones. Para estos autores, en consecuencia, es el desvalor de la conducta lo que fundamenta la punibilidad, habida cuenta de que la subsunción típica de cada actuación corrupta o arbitraria no precisa de una puesta en peligro de aquél."*[82]

Definidos los conceptos de bienes jurídicos intermedios y bienes jurídicos intermedios espiritualizados, dichas categorías han sido fuertemente cuestionadas a partir de su desconocimiento de postulados de la Teoría General del Delito, específicamente el entender la lesión de un bien jurídico desde un punto de vista causal. La crítica a los conceptos antedichos se puede sintetizar en lo dicho por el profesor Carlos Castro en su escrito *"La legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales",* el cual me permito citar:

> *"La tesis de los bienes jurídicos intermedios o de referente individual llega a conclusiones muy cuestionables como partir de las dificultades para precisar la lesión de los bienes jurídicos colectivos para crear una estructura cuya propuesta es la existencia de delitos de lesión – peligro, en los cuales se exija*

[82] Vázquez – Portomeñe Seijas, Fernando. Los delitos contra la administración pública. Teoría General. Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela. Compostela – España. 2003. Páginas 376 y s.s.

la lesión del bien jurídico colectivo y la puesta en peligro del bien jurídico individual, lo cual resulta claramente contradictorio.

Por otro lado, también resulta contradictorio que la teoría de los bienes intermedios parta de la idea de unificar los bienes jurídicos en aquellos delitos en los cuales se ataca un bien jurídico individual y otro colectivo, y luego los vuelve a separar para determinar el desvalor de resultado frente a cada uno de ellos. En suma, los llamados delitos de bien jurídico intermedio no son más que delitos pluriofensivos, pues poseen dos bienes jurídicos distintos aunque se hallen vinculados por un nexo de antijuridicidad."[83]

Esbozados de manera resumida las tipologías de bien jurídico en las cuales se podría encuadrar la función pública (sinónimo de administración pública) como un bien jurídico de carácter colectivo, y las diferentes críticas que se le han hecho a esas categorías predicadas de los bienes jurídicos supraindividuales, me permitiré exponer el criterio de entender el bien jurídico administración pública como "el desempeño de la actividad pública".

Vázquez – Portomeñe Seijas en su obra Los delitos contra la Administración Pública, cita una tesis expuesta por Sainz de Robles Santa Cecilia respecto a que técnica se debe utilizar para identificar el bien jurídico administración pública, apelando en concreto a la actividad pública realizada en cada caso particular.

[83] Castro Cuenca, Carlos G. La legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales. Editorial Leyer. Bogotá-Colombia. 2009. Página 35.

Sainz de Robles Santa Cecilia parte de la base de que las conductas seleccionadas por la ley penal para ser castigadas deben partir de la amenaza, la efectiva lesión o puesta en peligro de la función pública derivadas del comportamiento del funcionario y que afecte de manera grave y efectiva su desarrollo[84].

Así las cosas, es necesario para el autor citado delimitar de manera concreta el bien jurídico administración pública respecto de su identificación, los cual se puede hacer *"a través de referencias sociológicas, concretamente aferrándonos a la noción amplia de "procedimiento administrativo", como conjunto de procedimientos decisorios -aquéllos que desembocan en una resolución administrativa-, de producción de normas con efecto vinculante para terceros -disposiciones administrativas, directivas o planes preparatorios- y de prestación efectiva, que desembocan en el otorgamiento de prestaciones administrativas y sociales. Todos los delitos que integran sancionan modelos institucionales de buen funcionamiento de la Administración Pública sobre el plano de los procedimientos técnicos, contractuales, de producción de actos jurídicos o de producción de normas con arreglo a los que desarrolla sus funciones y dilucida sus relaciones jurídicas externas con los particulares -individuales o colectivos-, naturaleza "procedimental" que se justifica sobre el plano de su propia formulación normativa"*[85].

Es pertinente aclarar que cuando Sainz de Robles habla de "Procedimiento administrativo", no está haciendo referencia al grupo de normas, sino a la actividad desplegada por la administración en ejercicio de la función pública concreta, lo cual está en concordancia con la posición expuesta en esta tesis si la trasladamos a la aplicación

[84] Cfr. Vázquez – Portomeñe Seijas, Fernando. Los delitos contra la administración pública. Teoría General. Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela. Compostela – España. 2003. Página 389.
[85] Ibídem. Páginas 390 y 391.

del derecho disciplinario respecto a el entendimiento de la ilicitud sustancial en términos de antijuridicidad material, pues: a) Se identifica la función pública en su concepto o noción amplia, b) Hace posible identificar los elementos concretos de la función pública del disciplinado a través de sus funciones definidas en su manual de funciones, las normas estructurales de la entidad estatal para la que trabaja y las demás leyes que regulan la función que desempeña, *" (….) porque con arreglo a la técnica de tipificación adoptada por el legislador la competencia legalmente atribuida al funcionario delimita, al propio tiempo, su posición de poder y el ámbito o esfera de la función pública en que se produce o inserta la conducta delictiva* (entiéndase para nuestro caso disciplinaria)*. Ese sector de acción o actividad administrativa sobre el que la competencia se proyecta nos sitúa, de esta forma, frente a una realidad institucional muy precisa: aquellos procesos o sucesiones ordenadas de acciones en que se segmenta la función pública y que deben proporcionar transparencia, racionalidad y coordinación a toda la actuación de la Administración. Extraerlos y aislarlos sobre el plano conceptual nos muestra la matriz común que hace posible una síntesis de todas estas normas."*[86]. Será entonces de esa manera como identificamos la función pública ejercida por el disciplinado acudiendo a su fuente primaria que es la ley, y a partir de ahí determinamos la antijuridicidad material de su conducta, puesto que la noción de función pública que protege el derecho disciplinario es la amplia, es decir la que se erige como la actividad pública cuya competencia es del funcionario público correspondiente, y *"(…) Como sucede con todos los bienes institucionales, el relativo a los procedimientos administrativos se integra de elementos organizativos y funcionales íntimamente fusionados con los intereses individuales, a los que sirven de soporte. Sin embargo, como parte de la organización social dispuesta para la existencia y*

[86] Ibid. Página 391.

conservación de los bienes individuales, compone un objeto de tutela independiente, con densidad propia, susceptible de ser lesionado. Dicho con otras palabras, con su incriminación el legislador aspira a reforzar los mecanismos de acción de las organizaciones administrativas como instrumentos de protección, efectividad y garantía de los bienes jurídicos individuales de los administrados, pero su protección no puede confundirse con la salvaguarda de aquellos."[87]

Descrita la teoría de Sainz de Robles Santa Cecilia, se debe decir que es la más acertada como propuesta metodológica para identificar si la conducta del funcionario en incumplimiento de sus deberes funcionales, afectó o puso en real peligro esa actividad pública que ejerce, la cual tiene unos principios y objetivos propios según las funciones que cumpla, pues, por ejemplo, no será lo mismo exigirle conocimiento especializado de derecho a la recepcionista del ministerio de justicia como sí al viceministro de dicha cartera.

En conclusión, la ilicitud sustancial de una conducta disciplinaria se presentará en aquellos casos en donde la función pública en sentido amplio se encuentre lesionada o en real puesta en peligro, cuando la acción u omisión del servidor público afecte la bien jurídico función pública entendiéndolo bajo el criterio del "desempeño de la actividad pública", propuesta que permite definir, partiendo de la función pública que compete al servidor, en donde debe insertarse la conducta positiva o negativa para que esta efectivamente tenga la posibilidad de causar una lesión o puesta en peligro de la función pública, para lo que será necesario identificar los elementos organizativos y

[87] Ibídem. Página 392.

funcionales[88] de la actividad pública en cada caso concreto, y entonces, si se vulnera o pone en real peligro alguno de esos elementos, habría antijuridicidad material, es decir ilicitud sustancial.

[88] Es importante poner de presente que el concepto de elemento funcional no puede ser confundido con el de deber funcional, pues el primero apunta a un contenido sustancial como característica de la función pública en cada caso concreto. Por ejemplo, una secretaria del ministerio del trabajo tiene la obligación de remitir la correspondencia de acuerdo a las instrucciones que le dé su jefe inmediato por mandato de su manual de funciones, y supongamos que ella no envía una correspondencia consistente en una invitación a una capacitación en materia de intermediación laboral al presidente de la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia. Si analizamos el tema, automáticamente podríamos decir que su conducta puede ser objeto de reproche disciplinario, pues es típica por no cumplir con uno de los deberes propios de su función (deber establecido en el manual de funciones que la rige) y bajo el entendimiento de la ilicitud sustancial como infracción al deber funcional, automáticamente sería antijurídica. En cambio, partiendo de la ilicitud sustancial como antijuridicidad material (vulneración o real puesta en peligro de los elementos de la actividad pública del caso concreto), podría decirse que la falta aunque es típica no es ilícita sustancialmente, pues él no enviar una simple invitación no ha puesto en peligro o no lesiona la función pública que ejerce el ministerio del trabajo en aras de las protección de los bienes jurídicos del Estado y de sus ciudadanos, como son sus derechos laborales.

Caso distinto sería, si el servidor público no fuera una secretaría del ministerio del trabajo, sino de la cancillería, y que lo que se le hubiera olvidado enviar no fuera una simple invitación sino una comunicación a través de la cual se denunciaba un tratado internacional que era lesivo económicamente para el país, en ese caso si hay una lesión a la función pública diplomática del Estado representada en la entidad para la que trabaja, es decir con la que tiene un relación especial de sujeción.

4. PRINCIPALES CONSECUENCIAS DE DELIMITAR LA ILICITUD SUSTANCIAL DE LA FALTA DISCIPLINARIA EN TERMINOS DE ANTIJURIDICIDAD MATERIAL.

Explicadas las razones que argumentan que el elemento de la ilicitud sustancial deba ser delimitado en términos de antijuridicidad material, siendo necesario que el juzgador disciplinario demuestre que hubo un real daño o puesta en peligro de la *función pública,* es totalmente necesario exponer las consecuencias de la adopción de dicha posición.

La primera consecuencia consiste en dotar de seguridad jurídica a los destinatarios del derecho disciplinario al momento de ser juzgados, lo cual se encuentra en total consonancia con los valores constitucionales de equidad y justicia que irradian todo nuestro ordenamiento jurídico, pues esa idea de que el objeto de protección del derecho disciplinario no es el proteger deber por el deber mismo se lleva a la práctica entendiendo que la ilicitud disciplinaria se configura si hay una real afectación de la *función pública* como interés protegido por esa modalidad de derecho sancionador, y no, como ocurre muchas veces en la práctica, se impongan sanciones restrictivas de derechos de los disciplinados por una mera antijuridicidad formal.

La siguiente consecuencia es poner de presente la necesidad imperiosa de precisar cuáles son los deberes funcionales esenciales para cada cargo público y su relación con la *función pública* que ejecuta cada sujeto disciplinable, teniendo en cuenta los principios generales y especiales que la rigen, así como la naturaleza de la actividad, función o servicio que se ejecutan en nombre del Estado.

La tercera consecuencia es el evitar que la aplicación del derecho disciplinario decaiga en la protección de normas de conducta que hasta el momento no tienen el grado de precisión que exige una modalidad de derecho sancionador como lo es el derecho disciplinario, teniendo en cuenta que el principio de legalidad no admite ningún tipo de excepción en materia del *ius puniendi* del Estado, al punto que la potestad disciplinaria debe ser una competencia totalmente reglada, en la cual la discrecionalidad y la interpretación por parte del operador disciplinario debe ser mínima.

La cuarta consecuencia conlleva una optimización del ejercicio de la acción disciplinaria en cabeza de los operadores competentes, ya que les permite entender que no cualquier tipo de acción u omisión conlleva automáticamente a la ejecución de una investigación disciplinaria, siendo necesario el acudir a otros mecanismos de control social formal desde el punto de vista del derecho laboral administrativo, dejando la imposición de las sanciones disciplinarias a los casos más relevantes.

La quinta consecuencia, la cual fue resaltada por Mejía Ossman, es la darle coherencia al sistema disciplinario respecto a que no se deba imponer sanción alguna a aquel sujeto disciplinable que vulnerando los deberes y/o incurriendo en las prohibiciones legales beneficie al Estado.

5. CONCLUSIONES

a. El *"ius puniendi"* del Estado o su potestad sancionadora se rige por lo que se conoce como derecho sancionador, el cual tiene diferentes vertientes según sus destinatarios, bienes o derechos a proteger etc. Por ello se habla de diferentes modalidades de derecho sancionador, como son el derecho penal, el derecho policivo, el derecho contravencional, o el derecho disciplinario, entre otros.

b. El derecho disciplinario encuentra su fundamento en el concepto (o categoría dogmática como es denominado por otros autores) de *"las relaciones especiales de sujeción"*, siendo éste el que le brinda autonomía, justificando la función disciplinaria, y teniendo consagración constitucional y desarrollo legal.

c. El derecho disciplinario tiene un origen jurídico normativo en diferentes disposiciones constitucionales, las cuales vinieron a hacer desarrolladas por varias leyes, especialmente la Ley 734 de 2002, por medio de la cual se expidió el Código Disciplinario Único.

d. El derecho disciplinario tiene un sustento constitucional y legal propio, y su origen jurídico se encuentra en la potestad disciplinaria propia del Estado como modalidad de la prerrogativa sancionadora, la cual es una manifestación del poder público estatal que tiene como finalidad el cumplimiento de todos los fines constitucionales y legales que le ha asignado el pueblo, sobre el cual recae la soberanía.

e. La tendencia que más concuerda para explicar el origen del derecho disciplinario es la mixta, la cual pregona que esa modalidad de derecho sancionador se nutre de conceptos y principios provenientes del derecho penal y del derecho administrativo, al punto que la función disciplinaria como tal es una manifestación de la función pública.

f. La categoría dogmática de relaciones especiales de sujeción como fundamento del derecho disciplinario, permite concluir que los sujetos disciplinables son aquellos que adquieren una posición jurídica de subordinación ante el Estado, debido al ejercicio de una función pública.

g. Los conceptos que definen las teorías que describen el alcance del principio de ilicitud sustancial son el de deber funcional y el de función pública, pues de su entendimiento se puede establecer cuál de los dos es el objeto de protección del derecho disciplinario.

h. Dependiendo de lo que se entienda respecto al objeto a proteger por parte del derecho disciplinario, la ilicitud sustancial deberá ser vista bajo la óptica de que la falta será antijurídica por el sólo hecho de que el sujeto disciplinable vulnere una norma que establezca un deber, o será antijurídica siempre y cuando su conducta cause daño o ponga en peligro real a la función pública.

i. La no claridad respecto al alcance del concepto de ilicitud sustancial como elemento configurador del ilícito disciplinario ha generado una inseguridad jurídica a nivel práctico, pues en el desarrollo de los procesos disciplinarios se

presentan verdaderos debates doctrinales y jurisprudenciales a la hora de determinar la responsabilidad disciplinaria de los sujetos disciplinables.

j. La solución para la delimitación de la ilicitud sustancial sería la consagración de un concepto legal de *deber funcional* y la precisión en las normas que regulan la relación de cada funcionario público con el Estado, específicamente en cuáles son los deberes funcionales esenciales de la función pública que ejecutan.

k. En el estado de cosas actual, la interpretación del principio de ilicitud sustancial como elemento configurador de la responsabilidad disciplinaria se debe conceptuar bajo un criterio de antijuridicidad material, pues el entronizar que el ilícito disciplinario surge cuando se presenta, junto a la tipicidad y culpabilidad de la conducta, una actitud contraria a un deber consagrado en una norma partiendo de un desvalor de acción, lleva a un ejercicio desproporcionado de *ius puniendi* del Estado ya que el reproche disciplinario se deberá aplicar cuando la función pública realmente se vea dañada o puesta en peligro por la acción u omisión del sujeto disciplinable.

6. BIBLIOGRAFIA

1. AYALA CALDAS, Jorge E., Elementos de Derecho Administrativo General. Primera Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 1999.

2. BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno y Sociedad. En Colección Breviarios. Fondo de Cultura Económica. Bogotá D.C. 2002.

3. CANCINO, Antonio J. VV. AA. Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Universidad Externado de Colombia. Bogotá – Colombia. 2003.

4. CASTRO CUENCA, Carlos G. La legitimidad del injusto en los bienes jurídicos supraindividuales. Editorial Leyer. Bogotá-Colombia. 2009.

5. FORERO SALCEDO, José R., Manual de Derecho Disciplinario de los Servidores Públicos y Particulares Disciplinables. Primera Edición. Grupo Editorial Ecomedios. Bogotá. 2003.

6. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A. Dogmática del Derecho Disciplinario 2ª Edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá - Colombia. 2002.

7. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A., La Relación Especial de Sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario. Colección Derecho Disciplinario No.5. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá. Colombia. 2003.

8. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A. Dogmática del Derecho Disciplinario 4° Edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Colombia, 2007.

9. GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A., "Sobre los orígenes de la Relación Especial de Sujeción y sus repercusiones actúales". En Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen Tres. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Primera Edición. Bogotá. 2007

10. HERNÁNDEZ, Pedro A. Acepciones Constitucionales de la expresión Función pública. Artículo publicado en Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen 4°, Obra Colectiva. Procuraduría General de la Nación. Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Bogotá. 2007.

11. LÓPEZ MORA, María M. Ilícito Disciplinario. Artículo publicado en Lecciones de Derecho Disciplinario Volumen 13, Obra Colectiva. Procuraduría General de la Nación. Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario. Bogotá. Colombia. 2009.

12. MARTÍNEZ LÓPEZ, Antonio J., Régimen Penal de la Función Pública. Código Penal, Estatuto Anticorrupción (Ley 190 de 1995), otras leyes y decretos relacionados. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá. 1997.

13. MATA Y MARTIN, Ricardo M. Bienes jurídicos intermedios y los delitos de peligro. Editorial Comares. Granada – España. 1997.

14. MAYA VILLAZÓN, Edgardo J., La Función Pública. Aspectos éticos, filosóficos, políticos y disciplinarios represivos y preventivos. Colección Derecho Disciplinario No.6. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá. Colombia. 2003.

15. MAYA VILLAZÓN, Edgardo J., Editorial en Procuraduría General de la Nación. Boletín Informativo Procurando 43. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Abril de 2006.

16. MEJÍA OSSMAN, Jaime. Nuevo Código Disciplinario Único. Ley 734 de febrero 5 de 2002.Comparado.Concordado y Comentado. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2003.

17. MORENO CRUZ, Carlos Alfredo. Guía Jurisprudencial Disciplinaria. Proceso – Instrucción – Defensa. Segunda Edición. Broker Editores. 2006.

18. MUÑOZ MARTÍNEZ, Nancy Yanira. La Doble Naturaleza del Poder Disciplinario. En Colección Derecho Disciplinario No.1. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Bogotá. 2002.

19. NAVAS DE RICO, Jeannethe. Código Disciplinario Único. Concordado, Comentado, Jurisprudencia y Práctica. 2º Edición. Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá 2004.

20. OBANDO GARRIDO, José María. Tratado de Derecho Administrativo Laboral. Segunda Edición. Ed. Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C.

21. ORDOÑEZ MALDONADO, Alejandro. De la Ilicitud Sustancial a lo sustancial de la Ilicitud. Colección Justicia Disciplinaria. Procuraduría General de la Nación – Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá – Colombia. 2009.

22. OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Hacía una teoría general y una aproximación para su autonomía. Ed. Legis. Bogotá.2002.

23. PÉREZ PINZÓN, Álvaro Orlando. Introducción al Derecho Penal 4° Edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez. 2002.

24. RAMÍREZ ROJAS, Gloria E., Dogmática del Derecho Disciplinario en preguntas y respuestas. Colección Derecho Disciplinario No.20. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá. Colombia. 2008.

25. RODRÍGUEZ S., Carlos Manuel, El Régimen Disciplinario de los Servidores Públicos del estado colombiano a la luz de la Ley 734 de 2002. Corporación Universitaria del Sinú. Montería.2003.

26. RODRÍGUEZ WILCHES, Simón J. VV. AA. Estudios de derecho penal. Universidad Jorge Tadeo Lozano. Bogotá – Colombia. 2010.

27. SIERRA PORTO, Humberto. “Concepto y Tipos de Ley en la Constitución Colombiana”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C. 1998. Primera Edición

28. VARIOS AUTORES. “Causales de mala conducta que constituyen falta disciplinaria”. En Lecciones de Derecho Disciplinario. Volumen Trece. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Procuraduría General de la Nación. Primera Edición. Bogotá. 2009.

29. VÁZQUEZ – PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. Los delitos contra la Administración Pública. Teoría General. Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela. Compostela – España. 2003.

30. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Temis. Bogotá – Colombia. 2002.

31. VIDAL PERDOMO, Jaime. Derecho Administrativo. Doceava Edición. Ed. Legis. 2004.

CORTE CONSTITUCIONAL

1. Sentencia C-022 de 1996. M.P. Gaviria Díaz.

2. Sentencia C-070 de 1996. M.P. Cifuentes Muñoz.

3. Sentencia C-244 de 1996. M.P. Gaviria Díaz.

4. Sentencia C-280 de 1996. M.P. Martínez Caballero.

5. Sentencia C-286 de 1996. M.P. Hernández Galindo.

6. Sentencia C-631 de 1996. M.P. Barrera Carbonell.

7. Sentencia C-564 de 1997. M.P. Barrera Carbonell

8. Sentencia C-181 de 2001. M.P. Monroy Cabra.

9. Sentencia C-373 de 2002. M.P. Córdoba Triviño.

10. Sentencia C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

11. Sentencia C-037 de 2003. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

12. Sentencia C-127 de 2003. M.P. Beltrán Sierra.

13. Sentencia C-818 de 2005. M.P. Escobar Gil.

14. Sentencia C-028 de 2006. M.P. Humberto Sierra Porto.

15. Sentencia C-117 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

16. Sentencia C-393 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

17. Sentencia C-819 de 2006. M.P. Córdoba Triviño.

CONSEJO DE ESTADO

1. Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia de abril ocho (8) de mil novecientos noventa y uno (1991). Expediente No. 1625. Consejero Ponente: Doctor Álvaro Lecompte Luna.

2. Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto con radicación 1196 del veintiuno (21) de junio de 1999.

3. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 30 de noviembre de 2006. Exp. 13074. Consejero Ponente Hernández Enríquez.

CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

1. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. Oficio del 13 de septiembre de 2004 dirigido al Consejo Seccional del Huila, emitido con ocasión de la acción de tutela No. 2004-00276, presentada por el Dr. José Augusto Rojas Cheyne.

2. Consejo Superior de la Judicatura. Sala Disciplinaria. Fallo del seis (06) de febrero de 2008. M.P. Rubén Darío Henao Orozco.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

1. Despacho del Procurador. Concepto No. 4263 del 15 de febrero de 2007.

2. Despacho del Procurador. Concepto No. 4711 del 16 de febrero de 2009.

3. Despacho del Procurador. Fallo de Segunda Instancia del 12 de diciembre de 2011. Radicación IUC 2010-171138. Implicados: Secretario General de la Gobernación del Tolima y Alcalde Palocabildo (Tolima).

4. Despacho del Procurador. Fallo de Única Instancia del 22 de diciembre de 2011. Radicación IUC 2010-650-252391. Implicados: Omar Diazgranados Velásquez y Manuel Julián Mazenet Corrales como Gobernador del Magdalena y Secretario del Despacho respectivamente.

5. Sala Disciplinaria. Procuraduría General de la Nación. Fallo de Segunda Instancia del 4 de octubre de 2012. Radicación 161 – 5284 (IUC 130610-2008). Implicados: Directora General Administrativa del Senado de la República.

6. Sala Disciplinaria. Procuraduría General de la Nación. Fallo de Única Instancia del 16 de octubre de 2012. Radicación 2012188491. Implicados: Eduardo Merlano Morales y Oscar Pérez Cárdenas, como Senador de la República y General de la Policía Nacional respectivamente.

7. Sala Disciplinaria. Fallo de Segunda Instancia del 8 de noviembre de 2012. Radicación 161 – 4901 (IUS 08506-2009). Implicados: Directores Ejecutivos de la Comisión de Regulación de Energía y Gas.

PROCURADURIA REGIONAL DEL VALLE DEL CAUCA

1. Procuraduría Regional del Valle del Cauca. Fallo de Segunda Instancia del 30 de agosto de 2012. Radicación 2010 - 393144. Implicados: Argemiro Jordán Sánchez como Alcalde de Ginebra (Valle).

PROCURADURÍA PROVINCIAL DE OCAÑA

1. Procuraduría Provincial de Ocaña. Fallo de Primera Instancia del 24 de enero de 2013. Radicación IUC – D-2011-598-299912. Implicados: Edwin Gil Mora en calidad de Personero Municipal de Regidor Bolívar.

TESIS DE GRADO

1. Jiménez Gil, William. "Sobre Principios y Reglas, Los Problemas del Razonamiento Jurídico frente Al "Nuevo Derecho" en el Sistema Jurídico Colombiano. (Aplicación hermenéutica al caso de los Deudores de Créditos hipotecarios en UPAC)". Tesis de maestría en Derecho. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional de Colombia. Sede Bogotá, 2004.

NORMAS

1. Ley 734 de 2002, por medio de la cual se expidió el Código Disciplinario Único.

2. Constitución Nacional.

3. Código Contencioso Administrativo.

7. INDICE DE AUTORES.

A

1. Altamira, Guillermo ……. 21
2. Alvarez, Sabino …… 21
3. Apesteguía, Carlos ……... 21
4. Ayala Caldas, José E. ……. 20,65

B

1. Bobbio, Norberto ……... 4

C

1. Canasi, José ……21
2. Cancino, Antonio José ……108, 112
3. Carretero Pérez, Adolfo ……... 23
4. Carretero Sánchez, Adolfo …… 23
5. Castro Cuenca, Carlos ……..…… 109, 110, 113

F

1. Fiorini, Bartolomé ……. 21
2. Forero Salcedo, José R. ……..……32,33
3. Fraga, Gabino ……..... 21

G

1. Gómez Pavajaeau, Carlos Arturo …….7, 19, 20, 23, 31, 32, 34, 35, 37, 38, 70

H

1. Hernández, Pedro A. ……64

J

1. Jéze, Gastón ….....20

L

1. López Mora, María Mercedes ……17
2. Lafuente Benavides, Mercedes ……..21

M

1. Manzana Laguada, Rafael ……..21
2. Martínez López, Antonio J. ……...67
3. Mata y Martín, Ricardo…… 109, 111
4. Maya Villazón, Edgardo J. ……. ……59, 73
5. Mejía Ossman, Jaime …….....25, 39, 119
6. Moreno Cruz, Carlos A. ……75
7. Muñoz Martínez, Nancy Y. ……... 14, 16

N

1. Navas de Rico, Jeannethe……... 72

O

1. Obando Garrido, José M.……..67, 68
2. Ordoñez Maldonado, Alejandro ……..57, 63, 87, 88, 90, 93, 96, 97, 100
3. Ossa Arbeláez, Jaime …… 62

P

1. Pérez Pinzón, Alvaro ……...5, 24, 80

R

1. Ramírez Rojas, Gloria E. ……..... 20, 22, 26
2. Rodríguez Wilches, Simón …….111
3. Rodríguez S., Carlos……66

S

1. Sainz de Robles Santa Cecilia, Celia……...…113, 114, 116
2. Sayagués Lazo……. 20
3. Spiegel, Ludwing ……20

V

1. Vázquez Portomeñe – Seijas, Fernando ……...112, 113, 114
2. Velásquez Velásquez, Fernando …….……24, 80, 81
3. Vidal Perdomo, Jaime ……66