



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

DERECHO DISCIPLINARIO DEL SERVIDOR JUDICIAL

Fernando Alberto Rodríguez Castro



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Escuela Judicial
"Rodrigo Lara Bonilla"

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Presidenta

DIANA ALEXANDRA REMOLINA BOTÍA

Vicepresidenta

GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO

Magistrados

AURELIO ENRIQUE RODRÍGUEZ GUZMÁN
JORGE LUIS TRUJILLO ALFARO
MARTHA LUCÍA OLANO DE NOGUERA
MAX ALEJANDRO FLÓREZ RODRÍGUEZ

Directora Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla"

MARY LUCERO NOVOA MORENO

ESCUELA JUDICIAL "RODRIGO LARA BONILLA" 2017

CALLE 11 # 9 A - 24, PISO 2, 3, 4 Y 10
PBX (+57) 355 06 66
escuelajudicial.ramajudicial.gov.co
BOGOTÁ D.C. COLOMBIA

CONTENIDO

| | PAG |
|--|-----------|
| JUSTIFICACIÓN | 08 |
| SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR | 10 |
| PRESENTACIÓN DEL MÓDULO | 11 |
| 1 NOVEDAD PROBATORIA EN MATERIA DISCIPLINARIA | 15 |
| 1.1 ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS AL TRATAMIENTO DE LA CONFESIÓN | 17 |
| 1.2 CONFESIÓN COMO MEDIO PROBATORIO | 20 |
| 1.3 PERITACIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA Y DIFERENCIAS CON EL PERITO TÉCNICO | 23 |
| 1.4 INNOVACIONES EN MATERIA DE INSPECCIÓN DISCIPLINARIA | 29 |
| 1.5 TRATAMIENTO DE LA PRUEBA DE TESTIMONIAL | 32 |
| 1.6 ¿ES REALMENTE EL INDICIO UN MEDIO PROBATORIO EN MATERIA DISCIPLINARIA? | 39 |
| 1.7 PRUEBA DIGITAL. ¿ES UNA PRUEBA DE CARÁCTER DOCUMENTAL? | 42 |
| 1.8 PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA | 48 |
| 1.9 PRUEBA DIGITAL | 50 |
| 2 PROCEDIMIENTO UNIFICADO DE LA LEY 1952 DE 2019 | 57 |
| 2.1 PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN INTEGRAL | 60 |



CONTENIDO

| | PAG |
|--|-----------|
| 2.2 FUNCIÓN JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA Y SUJETOS DISCIPLINABLES | 61 |
| 2.3 PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL | 62 |
| 2.4 NOCIÓN DE PROCESO UNIFICADO EN MATERIA DISCIPLINARIA | 65 |
| 2.5 ETAPAS PROCESALES DEL NUEVO PROCESO DISCIPLINARIO | 67 |
| 2.5.1 Objetivo fundamental de la indagación previa | 67 |
| 2.5.2 Investigación disciplinaria | 69 |
| 2.5.3 Confesión durante el proceso | 71 |
| 2.5.4 Evaluación e importancia de los alegatos precalificatorios | 72 |
| 2.5.5 Juzgamiento disciplinario: varios aspectos sobre la audiencia orientada a hacer prevalecer el principio de oralidad | 73 |
| 2.5.6 Celebración de la audiencia | 75 |
| 3 DOGMÁTICA DISCIPLINARIA | 80 |
| 3.1 TIPICIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO | 82 |
| 3.2 ILICITUD SUSTANCIAL DE LA ACCIÓN U OMISIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO | 87 |
| 3.3 CULPABILIDAD DISCIPLINARIA | 92 |



CONTENIDO

| | PAG |
|---|-----------|
| 3.4 EL ERROR, EL DOLO Y LAS CLASES DE CULPA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO | 95 |
| 3.5 FALTAS DISCIPLINARIAS: GENERALIDADES Y NOVEDADES | 98 |
| 3.6 UN RÉGIMEN DE SANCIONES DIFERENTES | 101 |
| 3.7 VICISITUDES SOBRE EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: RETROACTIVIDAD Y ULTRAACTIVIDAD DE LA NORMA DISCIPLINARIA | 104 |
| 3.8 SOBRE LA IMPORTANCIA DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA | 106 |
| 4 AVANCES DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN LA LEY 1952 DE 2019 | 113 |
| 4.1 DIGNIDAD HUMANA | 114 |
| 4.2 PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO | 124 |
| 4.3 TRÁNSITO LEGISLATIVO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD | 126 |
| 4.4 PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PROBATORIO | 131 |
| 4.5 EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y SU RELACIÓN CON LA JEP | 134 |
| 5 PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DISCIPLINARIA EN LA LEY 1952 DE 2019 | 145 |
| 5.1 INDEPENDENCIA DEL DERECHO DISCIPLINARIO | 147 |



CONTENIDO

| | PAG |
|---|--|
| 5.2 | RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES, Y SU RELACIÓN EN MATERIA PENAL |
| | 161 |
| 5.3 | LA PRUEBA COMO PUNTO CONTROVERSIAL A LA HORA DE APLICAR EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA |
| | 165 |
| 5.4 | DERECHO PENAL DE ÚLTIMA RATIO Y MÍNIMA INTERVENCIÓN EN UN PROCEDIMIENTO DE PRIMA RATIO. APPLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD |
| | 168 |
| 6 | BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA |
| | 175 |
|  | NOTAS AL PIE |
| | 177 |



Al hacer click en este ícono encontrará las notas al pie

CONVENCIONES

| | |
|-----------|-------------------------|
| Og | Objetivo General |
| Oe | Objetivo específico |
| Ap | Actividades pedagógicas |
| Ae | Autoevaluación |
| J | Jurisprudencia |
| b | Bibliografía |



JUSTIFICACIÓN

Las modificaciones a la normatividad disciplinaria vigente (Código Único Disciplinario – Ley 734 de 2002) llevadas a cabo por el legislativo el presente año, responden a diferentes aspectos que los operadores judiciales en la materia han identificado en relación coherencia y eficacia del sistema jurídico.

A lo largo de la práctica jurídica, se ha podido identificar una carencia de unidad sustancial, además de lagunas y vacíos normativos respecto a situaciones específicas, lo que ha incitado un uso excesivo de la práctica de analogía con base en otras especialidades del derecho. Así, en primer lugar, se ha afectado el principio de autonomía del derecho disciplinario y, en segundo lugar, se ha generado una suerte de inseguridad jurídica.

Tal vez la falta de técnica legislativa en la materia ha sido un factor importante en la generación de un escenario con las vicisitudes referidas con anterioridad. Por tal motivo, es con mayor razón que el operador jurídico debe ser un gran conocedor de la especialidad para promover las interpretaciones correctas en la materia y su adecuada aplicación a la realidad jurídica del país.

Otro asunto en virtud del cual se ha producido una cantidad de desequilibrios e inconvenientes en el correcto funcionamiento de la administración de justicia y su consecuente desarrollo es la congestión judicial. En algunos casos, el operador judicial no cuenta con herramientas suficientes para contribuir con la celeridad en la gestión judicial, sin embargo, en otras ocasiones el sistema se ve opacado, pues el aparato judicial no cuenta con la estructura e infraestructura necesarias para poner en marcha planes de descongestión y sobre todo en el escenario de la justicia oral.



Los anteriores son algunos de los planteamientos que promovieron el cambio legislativo en cuestión. Es así que es menester responder interrogantes como: ¿Cuál es la razón principal de dicho cambio?; ¿qué necesidades va a suplir el nuevo Código General Disciplinario?; ¿qué consecuencias va a producir en la realidad jurídica del país?; ¿el cambio fue realmente integral?, y más aún, ¿era necesaria la derogación del Código Único Disciplinario (Ley 734 de 2002, modificada por la Ley 1474 de 2011)?

No obstante, desde lo anterior puede afirmarse que si bien se buscaba una reforma sustancial con la Ley 1952 de 2019, de un análisis comparativo y sistemático entre esta última y el régimen antecesor puede concluirse que los cambios aplicados no fueron lo sustancialmente novedosos como para que ameritaran una llamada “reforma integral del estatuto disciplinario”.

De manera general, puede decirse que la reforma en cuestión estuvo encaminada hacia la mejora de aspectos como la agilidad y celeridad en el sistema judicial, también buscando mayor autonomía en materia disciplinaria frente a otras ramas del derecho. Así, entre otras cosas, se produjeron cambios normativos para la intromisión de una máxima expresión de la oralidad, hubo una nueva tipificación de faltas y sanciones, y se buscó incorporar en un texto legislativo los cambios de la jurisprudencia y las decisiones (aún de tipo internacional) que se habían criticado o cuestionado disciplinariamente.

Extiendo un grato agradecimiento a los jueces del Consejo Superior de la Judicatura que contribuyeron con sus críticas y sugerencias a la estructuración del presente proyecto académico, así como a la misma Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (EJRLB) por los aportes prácticos y teóricos brindados en el avance de los temas que aquí se citan.



SINOPSIS LABORAL DEL AUTOR

Fernando Alberto Rodríguez Castro

Abogado egresado de la Universidad Externado de Colombia con especializaciones en Derecho Disciplinario, Contratación Internacional y Derecho Comercial, y maestría en Administración de Empresas.

Desde mayo de 2011 ha sido conjuez de la sección tercera del honorable Consejo de Estado, máxima instancia de lo contencioso administrativo en temas de Responsabilidad Estatal y Contratación. Desde mayo de 2017 ha sido conjuez de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, también asesor externo para empresas, dedicado al ejercicio profesional en diferentes áreas del Derecho Administrativo, Comercial y Disciplinario.

Miembro fundador y presidente del Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, y representante de esta asociación ante la Confederación Internacional de Derecho Disciplinario.

Vinculado por más de quince años con la Universidad Externado de Colombia como catedrático de las materias de Derecho Comercial, Contratos y Negocios Internacionales en las facultades de Derecho y Finanzas y Relaciones Internacionales y en las Especializaciones de Derecho de los Negocios y Derecho Disciplinario.

Actualmente es asesor de varias entidades tanto del sector público como del privado en las diferentes áreas del derecho; así mismo, ejerce como árbitro en procesos relacionados con la contratación pública y privada, derecho administrativo y comercial, y hace parte de la lista de la Cámara de Comercio de Bogotá para asuntos comerciales.



PRESENTACIÓN DEL MÓDULO

La expedición de la Ley 1952 de 2019 genera un espacio propicio para una aplicación sustancial idónea y eficaz en la realidad jurídica del país de los cambios medulares generados por el nuevo régimen disciplinario. Asimismo, se puede contribuir con la unificación de criterios de interpretación del nuevo procedimiento conforme a los marcos legales y constitucionales aplicables, buscando evitar situaciones contradictorias al interior del ordenamiento jurídico.

En sentido similar, al concebirse una metodología enfocada en la resolución de casos con base en el nuevo régimen, además de familiarizar al usuario con el nuevo instrumento normativo, se pretende generar aptitudes que permitan un adecuado manejo de la normatividad aplicable en cada caso concreto para así evitar diferencias sustanciales en decisiones cuyos presupuestos fácticos son muy similares a otros casos.

Ahora bien, lo que se busca con el presente módulo es el planteamiento de los cambios más representativos de la Ley 734 de 2002 respecto al nuevo Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019), así como sus principales repercusiones en la práctica jurídica. En sentido similar, se establecerán las ventajas y beneficios del nuevo régimen en relación con la búsqueda de la excelencia del derecho disciplinario, con base en la correcta impartición de justicia y la satisfacción de los fines del Estado, que constituyen en últimas el objeto central que pretende salvaguardar la presente área del derecho.

Más adelante se hará una breve enunciación de los temas que servirán como estructura central del texto, para indicar si hubo cambios concretos en cada materia en lo referente al tránsito legislativo. Un estudio intenso, fortalecedor y direccional en los aspectos sustanciales y procesales más relevantes para el ejercicio del derecho disciplinario será el enfoque del presente, con miras al análisis de los aspectos más importantes para tener en cuenta por parte de quienes administran justicia.



De igual forma, a lo largo del presente módulo, se procurará desarrollar las necesidades mejor identificadas por parte de los operadores judiciales tales como el ámbito de aplicación del nuevo Código General Disciplinario, la correcta determinación de los sujetos disciplinables, la valoración y materialización de principios constitucionales en la práctica jurídica disciplinaria, la determinación de asuntos problemáticos en relación con la interpretación procedural, entre otros aspectos relevantes para una adecuada comprensión de la nueva legislación disciplinaria.



UNIDAD 1

Og

OBJETIVO GENERAL DEL MÓDULO

Analizar los cambios más significativos con la introducción del nuevo Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019) y sus principales implicaciones

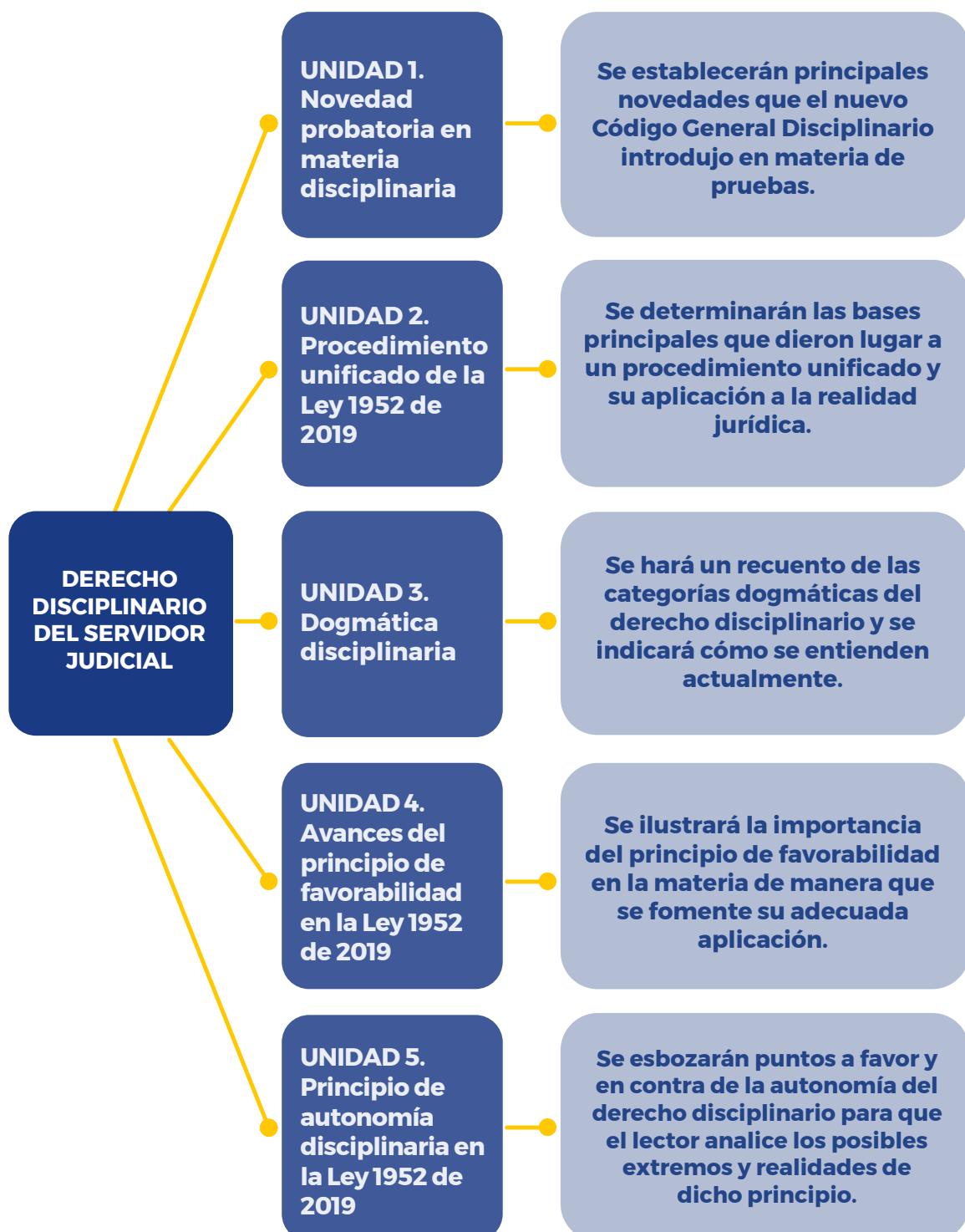
Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Presentar los aspectos novedosos en materia probatoria en el régimen disciplinario;
2. Estructurar el nuevo procedimiento unificado del Código General Disciplinario;
3. Definir las categorías dogmáticas del derecho disciplinario y sus cambios más importantes;
4. Establecer los desarrollos en lo que respecta al principio de favorabilidad en el nuevo régimen disciplinario;
5. Relatar el tratamiento del principio de autonomía en la nueva Ley 1952 de 2019.



MAPA CONCEPTUAL DEL MÓDULO



1. NOVEDAD PROBATORIA EN MATERIA DISCIPLINARIA

Og

OBJETIVO GENERAL DE LA UNIDAD

El tema probatorio se erige como uno de los aspectos fundamentales en todo el derecho, ya que contiene requisitos que deben satisfacerse a la hora de aplicar el derecho.

La presente unidad busca desarrollar aspectos trascendentales del funcionamiento de la prueba en el derecho disciplinario, sobre todo a la hora de sancionar.

Oe

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Teniendo en cuenta los temas aquí tratados, las personas participantes de esta lectura afianzarán y concluirán los siguientes puntos:

1. Comprenderán que la confesión se erige como un medio de prueba fundamental en el Derecho Disciplinario;
2. Se percibirán que el peritaje y la inspección disciplinaria conllevan ciertas vicisitudes que son menester tratar con cautela;
3. Comprenderán que al igual que existe un derecho procesal disciplinario, podemos encontrar también un derecho probatorio disciplinario;
4. Comprenderán que las pruebas en materia disciplinaria no se estructuran necesariamente dentro de un catálogo cerrado;



Oe

5. Entenderán cuál tipo de prueba es el indicio en el proceso disciplinario y su importancia;
6. Conocerán de la importancia de la prueba digital en nuestros días;
7. Conocerán de los desarrollos sobre el principio de exclusión probatoria en materia disciplinaria.

MAPA CONCEPTUAL UNIDAD 1



1.1. ALGUNOS CUESTIONAMIENTOS AL TRATAMIENTO DE LA CONFESIÓN

A partir de la expedición del Código General del Proceso Ley 1263 de 2012 se impartieron las directrices del derecho probatorio general colombiano, aplicable directa o subsidiariamente en toda la rama judicial, por lo que se dispusieron los medios probatorios que podían ser utilizados en el proceso judicial¹.

Dentro de dichos medios probatorios se encuentran el peritaje, la prueba documental, el juramento estimatorio, el interrogatorio de parte, el interrogatorio de un tercero, la inspección judicial y la confesión (artículo 165 del Código General del Proceso).

En el mencionado acápite es pertinente detenerse en la confesión anteriormente llamada *la prueba reina* del proceso judicial, que, sin embargo, en las actuaciones disciplinarias debiera tener una fuerza imperante, ya que la situación en la cual el sujeto disciplinable confiesa la falta que cometió produce una serie de efectos de carácter jurídico y apoya el principio de celeridad y economía procesal.

Pues bien, el tratadista Azula Camacho define la confesión como:

[...] la declaración, en su acepción corriente o general, es la manifestación que una persona hace sobre una determinada cuestión o situación. Desde el punto de vista jurídico tiene trascendencia en el proceso y puede provenir del juez, las partes o terceros [...]

[...]la declaración de parte se concibe como la manifestación que hace quien tiene o puede llegar a tener esa calidad, sin consideración a la forma como la efectué, siempre que tenga significación jurídica²

La confesión en materia disciplinaria como medio probatorio es aplicable en dicho proceso el cual se encuentra regulado en la Ley 734 de 2002 de la siguiente manera:

“Artículo 130. Medios de prueba. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario [...]”³



Como bien se puede apreciar el único precepto que incluye la confesión en materia disciplinaria es el antes citado, lo que significa que no había en el código antecesor un tratamiento especial, profundo, específico y descriptivo de dicho medio probatorio, por lo que en dicho evento se debía aplicar el régimen del Código Contencioso, del Contencioso Administrativo y, en subsidio, el estatuto procesal general que rige en materia civil en virtud del principio de integración normativa.

Por todo lo anterior, se cree que es plausible y correcto que se haya dado un tratamiento específico a la confesión, y en general a todo el régimen probatorio en el derecho disciplinario, porque con anterioridad a la Ley 1952 de 2019 las remisiones normativas, el Procedimiento Penal, el estatuto general administrativo y el Código General del Proceso carecían en parte de tecnicidad jurídica, en la medida que como bien se sabe, el derecho disciplinario es de naturaleza sancionadora, lo cual conlleva a que su técnica jurídica esté unida con el principio de reserva legal, es decir, al ser un derecho de carácter sancionador no es admisible o correcto que en todos los casos se hagan figuras de integración normativa con regímenes civiles o administrativos porque carecen de coherencia legal ya que, como es obvio, se denota un régimen que busca la sanción de determinado sujeto que ejerce una función pública y que ha cometido una falta.

En concordancia, la doctrina se ha expresado en lo tendiente al concepto de sanción:

“Un mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal”⁴

Y a su vez la Corte Constitucional define como:

“La sanción es una consecuencia del supuesto de hecho previsto en la norma y denota el grado de reprobación de que ella es objeto. La sanción misma por sí misma no determina el supuesto”⁵

Retomando, se debe indicar que la naturaleza jurídica del Derecho Disciplinario como un derecho sancionador reposa en el fundamento constitucional del principio de legalidad, y así mismo lo ha reiterado la Corte Constitucional:



En lo que se refiere al principio de legalidad, la Corte ha señalado que su carácter imperativo en materia disciplinaria deviene de la aplicación de varias disposiciones constitucionales, y en virtud de dicho principio, las autoridades administrativas sólo pueden imponer sanciones en aplicación de normas preexistentes, en las que se consagran claramente las conductas que constituyen falta disciplinaria, así como las sanciones que se derivan como consecuencia. Contrario sensu, en la imposición de sanciones, la autoridad respectiva no puede aplicar normas en forma retroactiva, salvo la garantía del principio de favorabilidad, que debe ser analizado en cada caso concreto.⁶

Por otro lado, se denota que la falta de regulación probatoria en el derecho disciplinario llevaba a los operadores a un dilema sobre la aplicación, entre las normas relacionadas en la Ley 600 de 2000, o escoger el régimen administrativo (CPACA), el cual no tenía coherencia lógica con el procedimiento sancionador disciplinario, o tratar a su vez el Código General del Proceso, que tampoco podía aplicársele ya que no correspondía a la naturaleza sancionadora del proceso que porque este último está diseñado para resolver asuntos civiles de particulares ante un juez.

A su respecto la Corte Constitucional ha mencionado:

Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa. Además, el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues las normas que consagran las faltas deben estatuir también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas.⁷

El Procurador General de la Nación, Edgardo José Maya Villazón, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional expuesta en la sentencia de tutela T-1093 de noviembre 4 de 2004, M.P MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, el jefe del Ministerio Público tiene la facultad-deber



de "Impartir directrices generales de interpretación de las normas disciplinarias para que estas sean leídas y aplicadas en un mismo sentido por los distintos Procuradores Delegados", toda vez que, por otro lado, "tiene una mayor capacidad de orientación y definición de las prioridades y objetivos del quehacer institucional de la entidad que encabeza", en consonancia con las funciones previstas en el artículo 277 de la Constitución Política, el día 8 de abril 2005 expidió la directiva 06 de 2005 debido a la necesidad de orientar la aplicación disciplinaria en la entrada en vigencia de la Ley 906 de 2004, nuevo procedimiento penal del sistema acusatorio y fue claro al definir:

"La remisión a que hace alusión el artículo 21 de la ley 734 de 2002, cuando se trate de la aplicación por vacíos legislativos del Código de Procedimiento Penal, es a la Ley 600 de 2000".

Pese a que el sucesor del doctor Maya Villazón, posteriormente llegó a idéntica conclusión⁸, creemos que la demora en confirmar la línea interpretativa pudo llevar a que los operadores disciplinarios vacilaran en la correcta aplicación de la normatividad probatoria, tanto que algunos delegados del ministerio público llegaron a dar su concepto favorable en la aplicación por remisión de normas distintas a la Ley 600 de 2000 para la práctica de pruebas en el proceso disciplinario, en concreto admitiendo la aplicación de la Ley 906 de 2004⁹.

Ahora bien, frente a la persistencia de la dubitación interpretativa, es digno de reconocimiento que la Ley 1952 de 2019 haya buscado integrar el listado de los medios probatorios y unas consecuencias especiales y acordes con este sistema y por ello miraremos la nueva regulación del medio probatorio de la confesión en materia disciplinaria.

1.2. CONFESIÓN COMO MEDIO PROBATORIO

La confesión es un mecanismo probatorio aplicable a toda clase de proceso en el marco judicial en general, por lo que muchas veces se le ha denominado *la prueba reina* del proceso jurisdiccional; sin embargo, se da una credibilidad parcial a dicha afirmación en el entendido que esto era cierto en épocas anteriores, sin tener en consideración los avances tecnológicos que ha sufrido el entorno social en general, por lo que hoy la denominada prueba reina se le puede atribuir a la prueba documental o mejor a una



prueba científica como de análisis de ADN que tiene una certeza para individualizar una persona entre millones.

La doctrina en materia disciplinaria se pronuncia sobre dicha materia probatoria como

“[...]la confesión ha de ser entendida como la nuda aceptación de los hechos y de la responsabilidad en el hecho anti normativo”¹⁰

En cuanto a los requisitos necesarios para que se dé la confesión en materia disciplinaria, busca en principio la protección de la persona investigada, y va a su manifestación ante un funcionario competente, además debe estar presente su defensor para que este lo asesore jurídicamente de la mejor manera, y a su vez que se dé el trato constitucional debido en la medida de que se debe estar informado de sus garantías constitucionales referidas a no auto incriminarse.

Otro punto que se debe tener en cuenta es el relacionado con la forma en que la confesión debe darse y esto es consciente y libre, o lo que es lo mismo, sin ninguna clase de coacción externa a la voluntad del sujeto disciplinable.¹¹

En cuanto al beneficio por confesión, esta sí es la novedad más notoria, al respecto y en comparación con el Código Único Disciplinario se dispone que el sujeto investigado que en fase de instalación de audiencia confiesa haber cometido la falta por la cual se le está adelantando el proceso, entonces el operador disciplinario deberá evaluar y si es viable suspenderá la audiencia por el término de diez días con el fin de proceder a la aplicación del beneficio por confesión,¹² que en pocas palabras consta en una rebaja de la sanción disciplinaria hasta en una tercera parte por cooperación con la justicia disciplinaria.

Sumado a lo anterior, dicho beneficio por confesión se podrá dar en etapa de investigación y también en la rendición de la versión si el sujeto realiza la confesión espontáneamente, a lo que la autoridad disciplinaria abriría la siguiente etapa procesal con los cargos correspondientes de lo reconocido en dicha confesión.

Una situación particular que puede llegarse a dar en la praxis es que en la recolección de elementos probatorios, tales como testimonios, el funcionario el cual está rindiendo versión de los hechos, espontáneamente,



confiese la consumación de una falta disciplinaria. En este escenario es claro que el funcionario tomador de la versión procederá a apertura de la investigación disciplinaria al testigo en la medida que dicha categoría de la confesión sea válida en el ordenamiento jurídico.

Retomando, se hace la salvedad de que el beneficio de la confesión no cobija las faltas gravísimas previstas en el artículo 52 del nuevo estatuto disciplinario y relacionadas con la infracción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario; obviamente atendiendo a la gravedad de las faltas, aquí encontramos que estas se constituyen en una de las más gravísimas y lastimosamente no se permitió beneficio a la confesión, pues a veces estas son las investigaciones que requieren más esfuerzo probatorio por parte del instructor.

Haciendo un contraste constitucional, se deslumbra un punto controversial en el que sin importar la gravedad de la falta cometida se debe dar el beneficio de confesión a todo sujeto disciplinable en pro al derecho a la igualdad como principio general del derecho, ya que, si el factor preponderante es la gravedad de la conducta, dicha premisa ya está tratada en el momento de la graduación de la sanción a imponer la cual será más alta en la medida de la importancia o gravedad de la falta que se cometió por parte del sujeto disciplinable.

La significación del beneficio de la confesión es que, si se da en la etapa de audiencia, el funcionario competente dictará fallo sancionatorio de manera inmediata dando prevalencia a la celeridad y economía procesal.

Un comentario final al artículo que se analiza está guiado al principio de favorabilidad y a cómo se va a llevar su aplicación en situaciones que tengan que ver con la confesión enfatizando en la entrada en vigencia del beneficio de este medio probatorio.

En ese sentido, la aplicación a los sujetos disciplinables que tengan procesos en curso, o a los que ya se les haya finalizado con fallo sancionador, antes de la vigencia del Ley 1952 de 2019, estos tendrán derecho al beneficio por confesión basándose en la Ley 153 de 1887 la cual predica la favorabilidad de la ley en la vigencia temporal, más concretamente retroactividad de la ley como excepción general a la irretroactividad legal, no obstante este tema que se tratará a profundidad en el capítulo correspondiente a la favorabilidad.



Cuando la confesión se realice por uno solo de los investigados y afecte a los demás, consideramos que deberá romperse la unidad procesal y el sujeto que confesó deberá juramentarse sobre los hechos relacionados con los demás implicados como un testimonio.

Para culminar se debe enfatizar en que la confesión como cualquier medio probatorio debe ser apreciada basándose en las reglas de la sana crítica, es decir, buscando la habilidad jurídica del funcionario competente para dar el mejor provecho al proceso que se está llevando a cabo.¹³

1.3. PERITACIÓN EN MATERIA DISCIPLINARIA Y DIFERENCIAS CON EL PERITO TÉCNICO

De igual manera como con la confesión, la llamada peritación no tenía un trato específico en materia disciplinaria por lo que la Ley 1952 de 2019, entró a regular dicha figura en diferentes aspectos que se van a discriminar a continuación.

Es pertinente mencionar que la peritación como medio probatorio en breves palabras busca que un experto en un aspecto de especial relevancia acuda al proceso con la intención de iluminar, explicar, traducir, aclarar, expresar, enseñar o interpretar un tema de su conocimiento, y con el fin de acercar más al funcionario judicial sobre esta temática objeto de la investigación y que con esto se pueda esclarecer uno o varios hechos determinados.

A su respecto, nuevamente citamos a Azula Camacho quien indica: "El dictamen pericial es un medio probatorio al que se alude cuando en el proceso es necesario establecer hechos que requieren conocimientos técnicos, científicos o artísticos, sobre los cuales solo pueden pronunciarse expertos en la respectiva materia¹⁴.

Respecto a la procedencia, tal y como lo indica el artículo 177 del Código General Disciplinario, alude a situaciones procesales que tengan contenido técnico- científico, ya que el perito es un técnico, experto, estudioso de las actividades o elementos objeto del litigio, particularmente de la conducta que encuadra en falta disciplinaria, o por lo menos que tenga intrínseca relación o importancia con los hechos materia de investigación.

Así bien, la peritación podrá ser aportada o decretada por parte del operador disciplinario dependiendo el caso. En el primer suceso se aportará el



dictamen del experto en un documento el cual será debidamente explicado y descrito por el perito que lo realizó, en la audiencia respectiva.

En el caso de que se decrete la prueba del perito, se deberá suspender la misma con el fin de que el perito investigue y analice a profundidad la situación problemática y con ello realice los estudios necesarios con el fin de expedir el documento pertinente y posteriormente dar las explicaciones y contestar las preguntas que se le formulen en la audiencia.

Otro aspecto de especial relevancia es que se exige la formalidad de que el peritaje deberá rendirse bajo juramento y de dicho documento se correrá traslado por el término de 3 días con el fin de llevar a cabo el derecho de defensa y contradicción.

Es pertinente agregar que la Corte Constitucional ha introducido unos requisitos para que la prueba pericial sea legalmente válida en el proceso que se encuentre incursa:

En efecto, en buena medida el valor de la prueba pericial reposa en la imparcialidad del perito y en sus conocimientos técnicos y científicos especializados, requisitos que la mencionada prueba no reunía por las razones antes anotadas, por lo tanto una decisión sancionatoria que se apoye principalmente en una supuesta prueba pericial que no reúne los requisitos señalados por las normas procedimentales que regulan la materia vulnera el debido proceso disciplinario.¹⁵

Continuando con el análisis hermenéutico de las normas sobre la peritación, se encuentra que se regulan los impedimentos y recusaciones de los peritos que intervienen en el proceso disciplinario.¹⁶ Así bien, se percibe que se siguen las mismas reglas señaladas para los jueces y operadores disciplinarios en susodicho proceso, por lo que al perito le es aplicable la recusación por razones de imparcialidad procesal, es decir, que se debe tener en cuenta que la calidad del perito debe ser auxiliar procesal ajeno a las partes procesales y la única finalidad es dar claridad a determinada temática con el fin de poder usar la información en el proceso o, lo que es lo mismo, el perito debe ser un sujeto imparcial que solo busca esclarecer un determinado hecho con tintes técnico - científicos y comunicarlos en el proceso, para que sean aplicados al problema jurídico a resolver.



Sumado a lo anterior, la recusación que realice la parte correspondiente debe estar acompañada de siquiera una prueba sumaria del mismo, lo que el perito puede aceptar o rechazar, siempre y cuando se sustente con los debidos elementos probatorios.

El juez director del proceso tiene la facultad de analizar la cuestión respectiva y si haya probada la recusación se nombrará un reemplazo.

De la misma manera, operarán para los impedimentos en los que se encuentre incuso el perito sin perjuicio del debido derecho de contradicción.

Se tiene la claridad que, si bien el escenario es un proceso disciplinario, se promulga la imparcialidad como principio constitucional en la medida que se encuentra en el ámbito sancionador y más aún en el campo de imparcialidad como principio que se desprende del debido proceso. Por lo anterior, si se llegase a dar una conducta de parcialidad en cabeza de un perito, este debe ser automáticamente relevado de su posición procesal y, adicionalmente, sería pertinente compulsar para que se le abra la debida investigación disciplinaria porque la falta de imparcialidad afecta de manera concreta los intereses estatales relacionados con la correcta impartición de justicia.

En cuanto a los requisitos y la práctica de la peritación, en una primera medida se referirá a las calidades del perito quien debe acreditar conocimiento y experiencia en el objeto litigioso. Al respecto y de manera concreta, se debe realizar de la forma más clara y precisa posible con la colaboración de los operadores judiciales que deberán facilitar las cosas al perito y darle acceso a los elementos probatorios que se requieran para poder rendir su dictamen pericial, y finalmente se le otorgará un tiempo prudencial para la práctica y elaboración del documento contentivo de la opinión técnica, sin perjuicio de la prórroga que considere el operador.¹⁷

Al respecto la Corte Constitucional ha mencionado:

[...] prueba pericial se caracteriza por: i) expresar conceptos cualificados de expertos en materias científicas, técnicas o artísticas, pero bajo ningún punto sobre aspectos jurídicos [...], pues es evidente que el juez no requiere apoyo en la disciplina que le es propia; ii) quien lo emite no expresa hechos, sino conceptos técnicos relevantes en el proceso. En efecto, a los peritos no les consta la



situación fáctica que origina la intervención judicial, puesto que, a pesar de que pueden pedir información sobre los hechos sometidos a controversia, su intervención tiene como objetivo emitir juicios especializados que ilustran al juez sobre aspectos que son ajenos a su saber. Esto es precisamente lo que diferencia el dictamen pericial del testimonio técnico, porque mientras en el segundo se han percibido los hechos, el primero resulta ajeno a ellos [...] ; iii) es un concepto especializado imparcial, puesto que el hecho de que los peritos están sometidos a las mismas causales de impedimentos y recusaciones que los jueces muestra que deben ser terceros ajenos a la contienda [...] se practica por encargo judicial previo, de ahí que claramente se deduce que no es una manifestación de conocimientos espontánea ni su contenido puede corresponder a la voluntad de una de las partes [...] ser motivado en forma clara, oportuna, detallada y suficientemente [...] para que pueda ser valorado judicialmente, esto es, para que pueda atribuirse eficacia probatoria requiere haberse sometido a las condiciones y al procedimiento establecido en la ley y, en especial, a la contradicción por la contraparte [...]¹⁸

El documento pericial debe ser claro, entendible a los ojos de los operadores judiciales y las partes y obviamente dirigido a clarificar el hecho o hechos que se quieren esclarecer.

En cuanto a la contradicción del dictamen, la Corte Constitucional ha mencionado:

La prueba pericial tendrá valor probatorio y, por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si corresponde a un acto procesal que fue sometido al principio de contradicción y fue regular y legalmente practicado en el proceso, conforme a las reglas previstas en la ley para el efecto. Dicho de otro modo, si el dictamen pericial no ha sido decretado por un juez, o no ha sido controvertido en el proceso, carece de mérito probatorio y no puede ser valorado judicialmente porque no es una prueba legalmente practicada.¹⁹

Para la contradicción del dictamen pericial es pertinente que el documento que expide el perito esté acorde con los requisitos ya mencionados



que serán examinados por el operador judicial correspondiente. Si llegase a no tener los requisitos será devuelto al perito para que este corrija en el término de 5 días.

El documento contentivo del peritazgo será trasladado a las partes procesales correspondientes para que estas lo controvertan por medio de solicitud de aclaración complementación u objeción del documento.

Cuando se solicita aclaración y complementación, el perito tiene un término de 5 días para realizar los debidos cambios al documento.

Cuando se trata de una objeción por error grave, el sujeto procesal que realice dicha actuación deberá aportar documento que exponga las razones con las pruebas pertinentes, antes de la etapa probatoria de los alegatos de conclusión. En caso de que sea viable dicha objeción la peritación no será tomada ni en la más mínima proporción para la promulgación del fallo sancionador.²⁰

Además, se debe tener en cuenta que la objeción por error grave del dictamen pericial, si es procedente, se podría realizar otro nuevo peritaje, pero este solo podrá ser aclarado o complementado mas no objetado.

Es pertinente recalcar que el perito puede comparecer a la audiencia para dar las debidas explicaciones del documento pericial y contestar las preguntas que se tengan presentes sobre el objeto del litigio.²¹

Es evidente que esta otra manifestación del carácter del principio de contradicción procesal, que se debe tener en cuanto a susodicho medio probatorio, en virtud de que pueden generarse diferentes preguntas cuestionando el informe emitido por el perito y, adicionalmente, se podrá realizar el careo entre los peritos que llevaron a cabo el estudio pertinente sobre los mismos hechos que se busquen esclarecer.

Si se hubiere practicado un segundo dictamen, este no sustituirá al primero, pero se estimará juntamente con aquel, excepto cuando prospere objeción por error grave.

Ya entrando en la apreciación probatoria²² del dictamen pericial, se debe realizar de forma sustancialmente específica, analizando las virtudes que puede aportar para el esclarecimiento de los hechos objeto de la diligencia judicial.



Adicionalmente, se debe analizar colectivamente con las otras pruebas aportadas en virtud del principio de unidad probatoria.

Este último principio se configura según la Corte Constitucional:

[...] en el campo probatorio rige, entre otros, un importante principio denominado de unidad de la prueba, en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad.²³

A ese respecto se menciona que “el conjunto probatorio del juicio forma una unidad, y que, como tal debe ser examinado y apreciado por el juez, para confrontar las diversas pruebas, puntualizar su concordancia o discordancia y concluir sobre el convencimiento que de ellas se forme globalmente.”²⁴

Un punto particular que se regula en la Ley 1952 de 2019 sobre esta prueba, es el relacionado con la prueba clínica que busca el esclarecimiento y comprobación de faltas concernientes con eventos como el consumo de bebidas alcohólicas o sustancias psicoactivas.²⁵

En el marco constitucional social y de derecho que se encuentra el ordenamiento jurídico colombiano, se debe tener total claridad en la cuestión tendiente a que dichos exámenes deben ser practicados con el respeto y la no vulneración de los derechos fundamentales del sujeto disciplinable; asimismo, la discusión que se da en otros ámbitos del derecho disciplinario, sobre la necesidad o no de orden jurisdiccional que ordene a la policía judicial la práctica de pruebas que afecten los derechos fundamentales, no nos preocupa porque en este caso el operador judicial es un juez de la República.

En general, se debe buscar la verdad procesal con el debido respeto los derechos fundamentales de primera generación, tratando de no afectar sus libertades y derechos sino como último recurso.



La Corte Constitucional así ha mencionado:

“Ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba constitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales”.²⁶

Por último, un tema de especial importancia es lo tendiente a la diferenciación jurídica y práctica del perito con el testigo técnico, a lo que en un principio se explica en la medida que la comparación radica en que el testigo técnico es un tercero que tiene conocimiento directo de los hechos susceptibles de la controversia y con ello puede dar su versión de los hechos, su apreciación de la realidad de manera debida con la interpretación de los sentidos y a su vez dar su opinión profesional y técnica que lleva a cabo con la experticia, por lo que puede dar diferentes elementos probatorios para la solución del caso.

Por otro lado, el perito, como ya se ha descrito, es un externo que no percibió la ocurrencia de los hechos que se discuten y únicamente da su concepto técnico con base en su experiencia en temáticas relevantes para la solución del litigio.

En la doctrina del derecho probatorio se define testigo técnico como:

“[...] es aquel que, habiendo presenciado un hecho, posee conocimientos especiales de una ciencia o arte que le permiten calificarlo [...]”²⁷

“Un testigo técnico, se aclara, no se distingue por su vocabulario, sino por el verdadero conocimiento sobre la ciencia o el arte de su declaración. Por ello, al testigo técnico se le debe interrogar acerca de sus cualidades, especialidades y su capacidad de observación.”²⁸

1.4. INNOVACIONES EN MATERIA DE INSPECCIÓN DISCIPLINARIA

Este medio probatorio nunca tuvo un desarrollo legislativo arduo,²⁹ por lo que con anterioridad al Código General Disciplinario, se tenía que utilizar el principio de integración normativa con el fin de practicar las inspecciones judiciales legalmente con la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 del año 2000 en los artículos 244 y siguientes.



En conexión con lo anterior, se debe precisar que la inspección disciplinaria es el mismo medio probatorio de la inspección judicial, en lo único que cambia es en su denominación.

Así bien, para el profesor Devis Echandía el concepto se desarrolla así:

“Por inspección o reconocimiento judicial debe entenderse, una diligencia procesal, con objeto de obtener argumentos de prueba para la formación de su convicción, mediante el examen y la observación con sus propios sentidos, de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero que subsisten o de rastros o huellas de hechos pasados, y en ocasiones de su reconstrucción”.³⁰

La procedencia de la inspección judicial en materia del Código General del Proceso es de carácter excepcional, ya que se busca dar preponderancia a los principios de celeridad, agilidad y economía procesal, en cuanto resulta muchas veces poco práctico trasladarse al lugar de los hechos si la situación no lo amerita de manera urgente. Sin embargo, en materia disciplinaria y al analizar minuciosamente el precepto legal, se encuentra con que la finalidad más indispensable de la inspección disciplinaria consiste en conseguir la individualización de los autores o un esclarecimiento enfático de los hechos, o lo que es lo mismo, el objeto de dicho medio probatorio es la percepción de los hechos con el fin de poder tener una idea del problema jurídico que se busca resolver en el proceso, por lo que no tiene carácter subsidiario como lo es en materia de derecho procesal civil.

Todo lo anterior se ve reflejado en el siguiente artículo:

ARTÍCULO 185. PROCEDENCIA. Para la individualización de autores y su posterior vinculación o la verificación o el esclarecimiento de los hechos materia de investigación, podrá ordenarse, de oficio o a petición de parte, inspección disciplinaria que podrá recaer sobre cosas, lugares, bienes y otros efectos materiales, de la cual se extenderá acta en la que se describirán los elementos relevantes encontrados y se consignarán las manifestaciones que hagan las personas que intervengan en la diligencia.

“Durante la diligencia el funcionario comisionado podrá recibir dentro de ella los testimonios útiles al proceso de quienes estén presentes o puedan comparecer inmediatamente en el lugar de



su realización, los que se recogerán en formulario distinto al acta de inspección. Los elementos probatorios útiles se recogerán y conservarán teniendo en cuenta los procedimientos de cadena de custodia” (Ley 1952 de 2019).

La inspección disciplinaria es un elemento de carácter especial en el derecho disciplinario que, sin embargo, tiene el mismo objeto y características que la inspección judicial del Código General Del Proceso.

En resumen, la inspección disciplinaria se refiere a una visita a las instalaciones en donde ocurrieren los hechos objeto de investigación y que en este se encuentren personas a las cuales se les pueda tomar los debidos testimonios, se puedan anexar los documentos que se encuentren en expedición a material informático, es decir, se podrán recolectar los diferentes elementos probatorios y la inclusión en el proceso.

Lo anteriormente expuesto tiene relación directa con la normativa general probatoria que así lo dispone³¹:

Artículo 236. Procedencia de la inspección.

Para la verificación o el esclarecimiento de hechos materia del proceso podrá ordenarse, de oficio o a petición de parte, el examen de personas, lugares, cosas o documentos.”

Y adicionalmente:

Artículo 238. Práctica de la inspección.

En la práctica de la inspección se observarán las siguientes reglas:

[...] 3. En la diligencia el juez identificará las personas, cosas o hechos examinados y expresará los resultados de lo percibido por él. El juez, de oficio o a petición de parte, podrá ordenar las pruebas que se relacionen con los hechos materia de la inspección. Las partes podrán dejar las constancias del caso.

Los requisitos para que se decrete una inspección disciplinaria se resumen en dar la debida notificación al sujeto disciplinable, con todos los puntos a tener en cuenta para la visita especial, además de que se da la posibilidad de nombrar un perito para la citada visita con el fin de hacer



más provechosa la práctica probatoria.

A su vez se podrá tomar toda clase de testimonios enfatizando sobre todo en las personas que se encuentren en el lugar de los hechos, con conocimientos específicos que sean beneficiosos para el proceso, y los testimonios de carácter científico.

La visita especial tiene la característica fundante de que puede ser comisionada a un funcionario judicial que, no obstante, podrá realizar todas las actuaciones debidas como nombramiento de peritos, recopilación de testimonios, de materiales probatorios entre otros.³²

1.5. TRATAMIENTO DE LA PRUEBA DE TESTIMONIAL

“Artículo 164³³. Deber de rendir testimonio. Toda persona está en la obligación de rendir bajo juramento el testimonio que se le solicita en la actuación procesal, salvo las excepciones constitucionales y legales”.

Los menores de edad que tengan más de siete años podrán rendir testimonio, esta solo podrá ser recibida en su despacho ante el Defensor o Comisario de Familia o a través de audio y video cuando las circunstancias así lo determinen. El menor absolverá el cuestionario enviado para el caso por la autoridad disciplinaria y el disciplinado o su defensor podrán formular preguntas que no sean contrarias al interés del declarante.

Un primer acercamiento al testimonio como prueba judicial se refiere a que “los testigos son los ojos y los oídos de la justicia”³⁴. Así bien, se desprende de la poética definición que el testigo es un sujeto procesal que es traído al proceso para que cumpla una única función de narrar, comentar, contar, expresar la percepción sensorial que tuvo de los hechos objeto del litigio.

Así bien, “el testigo quien no tiene relación jurídico-procesal con las partes. Se dice testigo a quien le consta. Por lo tanto, no es testigo quien no tuvo percepción directa del hecho que buscaba verificar”³⁵

Teniendo de presente las decisiones, es pertinente adentrarse a la normativa innovadora del testimonio en materia disciplinaria. En primera medida, se inculca la obligación de toda persona de nacionalidad colombiana como deber constitucional de colaborar a la administración de justicia, es



decir, se tiene el deber de rendir testimonio cuando se le solicite, teniendo de presente con la excepción de menores de 7 años, los cuales son excusados del deber legal.

Por lo que los menores de edad, pero mayores de siete años, podrán rendir testimonio en presencia de su representante legal y de un comisario de familia, deberán estar cobijados por garantías procesales adecuadas³⁶ buscando así la debida protección legal, ya que son tratados por el ordenamiento como impúberes.

Así bien, se agrega que hay algunas excepciones constitucionales las cuales se deben tener presente a la hora de rendir un determinado testimonio. Dichas garantías procesales tienen prevalencia jerárquica, es decir, prevalecen sobre cualquier otra clase de precepto legal incluido en el ordenamiento jurídico.

En el artículo 164 del Código General Disciplinario se menciona “salvo excepciones legales y constitucionales”, a lo que se está refiriendo es al principio constitucional de la prohibición de la auto incriminación, en la medida en que el artículo 33 de la constitución política dispone que:

“Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil”.

Enfocado al testimonio, se dispone que es una excepción al deber de colaboración con la impartición de justicia la no autoincriminación que cobija a los parientes más cercanos del llamado a rendir testimonio, interrogatorio o confesión, ya que dicho precepto constitucional es aplicable a toda figura procesal que lo amerite pertinente.

La corte se ha pronunciado sobre la garantía de la no autoincriminación:

“En cuanto al contenido de la garantía, cabría señalar que, de acuerdo con la norma constitucional, las personas no pueden ser obligadas a declarar contra sí mismas o contra sus allegados, aproximación ésta que ubica el asunto, en principio, en el ámbito del proceso, de la indagación, de la averiguación, para excluir la posibilidad de que la persona sea compelida, por cualquier medio a declarar contra sí misma o contra sus allegados”.³⁷



Y en cuanto al ámbito de aplicación, se ha dado un desarrollo jurisprudencial, con enfoque en materia disciplinaria que dispone:

Sobre el ámbito de aplicación de la garantía de no autoincriminación, la jurisprudencia de la Corte, inicialmente, había señalado que su contenido “solo debe ser aplicado en los asuntos criminales, correccionales y de policía”, pero con posterioridad puntualizó que tal principio, en los términos textuales de la regla Constitucional, reviste una amplitud mayor, pues ésta no restringe la vigencia del mismo a determinados asuntos, por lo que cabe su exigencia en todos los ámbitos de la actuación de las personas, ya que se orienta a proteger a las personas frente a la actividad sancionatoria del Estado. En esa medida siendo el derecho disciplinario una expresión del ius puniendo del Estado, la garantía del artículo 33 de la Constitución tiene plena aplicación en todos los procesos, judiciales o administrativos, orientados a establecer la responsabilidad disciplinaria de quienes desempeñen funciones públicas.³⁸

Adicional a la excepción constitucional ya mencionada se encuadran unas excepciones de carácter legal disciplinario tales como:

ARTÍCULO 166. EXCEPCIÓN AL DEBER DE DECLARAR. El servidor público informará a quien vaya a rendir testimonio sobre las garantías consagradas por el artículo 33 de la Constitución Nacional.

ARTÍCULO 167. EXCEPCIONES POR OFICIO O PROFESIÓN. No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio:

1. Los ministros de cualquier culto admitido legalmente.
2. Los abogados.
3. Cualquier otra persona que por disposición legal pueda o deba guardar secreto (ley 1952 de 2019).

El artículo agregado anteriormente busca encuadrar las situaciones de las cuales se exonera la obligación de declarar por parte del sujeto que



rendirá testimonio; todo esto porque hay intereses de por medio, intereses que no permiten declarar determinado hecho, como son el secreto profesional, en lo que se refiere en especial a la catalogación a las profesiones de orden liberal, como la medicina y la abogacía y a su vez las connotaciones de carácter religioso.

Téngase en cuenta que la garantía constitucional de no autoincriminación hace referencia a que no está obligado a declarar contra sí mismo y contra sus parientes, pero no es una prohibición, y por eso, pese al conocimiento de la norma, el investigado podría declarar contra sí (confesar) o contra sus familiares y ello no afecta la validez del medio probatorio.

Distinto es el caso de quien declara estando obligado a mantener el secreto, pues en este caso, si se afecta la validez del medio probatorio.

En particular se ha mencionado el secreto profesional en la profesión de la abogacía:

El secreto profesional nace de una relación de confianza que surge entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación. En el secreto profesional descansa parte muy importante de la confianza que debe surgir y permanecer entre el profesional y su cliente a propósito de los asuntos objeto de su relación. Mal se podría asegurar el éxito de la gestión confiada a aquél si los temores de quien requiere sus servicios le impiden conocer en su integridad los pormenores de la situación en que se ocupa.

En sentido similar:

El secreto profesional es un aspecto esencial en el ejercicio de determinadas profesiones, especialmente de aquellas ligadas a servicios personalísimos: “Adicionalmente, desde el ángulo del profesional, puede afirmarse que existe un derecho-deber a conservar el sigilo, puesto que, de lo contrario, de verse compelido a revelar lo que conoce, irremisiblemente perderá la confianza de sus clientes, su prestigio y su fuente de sustento. También cada profesión, particularmente las ligadas a la prestación de servicios personalísimos tienen el interés legítimo de merecer y cultivar la confianza pública y, por lo tanto, estigmatizan y sancionan a los



miembros que se abandonan a la infidencia y a la divulgación de lo que siempre debe quedar confinado dentro del impenetrable espacio de lo absolutamente reservado.” Esta corporación ha definido el contenido de ese derecho a partir de la salvaguarda de la confianza que depositan las personas entre otras, con ocasión de ciertas ocupaciones³⁹

Así bien, el testigo que no cumpla con su obligación constitucional de rendir testimonio teniendo de presente las excepciones ya explicadas será sujeto a sanciones por parte de la administración tales como multas con un monto máximo de 50 salarios mínimos, sin perjuicio de justificación dentro de los 3 días, lo cual es similar al régimen en materia contencioso administrativo y jurisdicción civil ordinaria.

Ante la sanción pecuniaria impuesta se pueden deducir las siguientes situaciones:

Primeramente, es preciso aclarar que sigue obligado a rendir el testimonio, sin perjuicio que la decisión que le impone la multa/sanción puede ser impugnada por medio del recurso de reposición, sumado a que el valor de dicha multa-sanción será en favor del tesoro nacional.

Se debe tener de presente que se puede obligar a comparecer al testigo por el Procurador General de la Nación.⁴⁰

Todo lo anterior debe ser exceptuado en el caso de la primacía constitucional de la no autoincriminación por parte del disciplinado o testigo que deba rendir tal declaración, tema que ya fue abordado.⁴¹

Ya en la práctica del testimonio en el estrado judicial, se debe dar claridad de los derechos que tiene el testigo y conjuntamente poner de presente las sanciones de carácter penal y disciplinario que se hará merecedor si incumple con su deber legal y constitucional. Agregando a todo lo anterior, se deberá tomar el debido juramento, lo que es análogamente similar a toda actuación judicial.⁴²

Otro tema que se regula en materia del testimonio es el que propende a que con la promulgación de los avances técnico-tecnológicos es prioridad buscar el mejor provecho y siempre hacer imperar el derecho de oralidad, por lo que el testigo, que por razones válidas esté imposibilitado



para concurrir a audiencia para declarar, podrá realizarse por medio de video llamadas, teléfono, grabación u otro medio si esto no fuere posible se deberá comisionar para practicar el testimonio donde se encuentre el sujeto.⁴³ La única recomendación es que se verifique a través de estos medios que el testigo actúe de manera espontánea y que no sea influenciado o asesorado y que se pueda comprobar perfectamente su identidad.

Se da de igual manera el testimonio por certificación jurada⁴⁴ el cual consiste en una modalidad de testimonio en el que se expide un cuestionario, se contesta, y con la firma de este se da por rendido dicho testimonio, o lo que es lo mismo, es un testimonio el cual se consideran una serie de preguntas que son contestadas por escrito y se autentica por firma de quien lo rinde. Este método es utilizado para altos funcionarios públicos tales como el presidente de la república, con su gabinete de ministros, los magistrados de altas cortes, directores de entidades autónomas e independientes, los directores de departamentos administrativos, miembros de la junta del banco de la república, el alcalde mayor de Bogotá y agentes diplomáticos del estado colombiano. La finalidad es no tener que rendir testimonio personalmente sino que se busca, por medio de un documento con la firma respectiva, que el alto funcionario conteste a las preguntas y así evitar el traslado de los sujetos pertenecientes a las ramas del poder público, lo cual se entiende en consideración a sus excesivas ocupaciones y que podrían no tener tanta disponibilidad para ir a la respectiva audiencia; adicionalmente, podrían ser muchas veces a las que deberían rendir testimonio personalmente y así desatender sus funciones. Por ejemplo, un director de unidad administrativa especial sería citado cada vez que se está llevando un proceso disciplinario contra alguno de sus subordinados.

En cuanto a los agentes diplomáticos, hay un procedimiento especial dirigido a que lo deba llevar el ministerio de relaciones exteriores. Teniendo de presente que no hay mejor explicación que la norma citada a continuación:

ARTÍCULO 170. TESTIMONIO POR CERTIFICACIÓN JURADA. El testimonio por certificación jurada se recaudará mediante la formulación de cuestionario dirigido al declarante, indicando de manera sucinta los hechos materia de investigación. El juramento se entenderá prestado por el solo hecho de la firma de la certificación.



La certificación jurada deberá remitirse al despacho de origen dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo del cuestionario.

Quien, estando obligado a ello, y sin justificación no rinda la certificación jurada o la demore, incurrirá en causal de mala conducta. El funcionario que haya requerido la certificación pondrá el hecho en conocimiento de la autoridad encargada de disciplinar al renuente.

Prestarán certificación jurada: el Presidente de la República; el Vicepresidente de la República; los Ministros del despacho; los Congresistas; los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, o quienes hagan sus veces, y los miembros del Consejo Nacional Electoral; el Fiscal y Vice fiscal General de la Nación; el Procurador y Viceprocurador General de la Nación; los oficiales generales o de insignia en servicio activo; el Director Nacional de Fiscalías; el Defensor del Pueblo; el Contralor General de la República; el Registrador Nacional del Estado Civil; los Directores de Departamentos Administrativos; el Contador General de la Nación; los miembros de la Junta Directiva del Banco de la República; el Alcalde Mayor de Bogotá, D. C.; los agentes diplomáticos y consulares de Colombia en el exterior.

El derecho a rendir certificación jurada es renunciable.

De esta manera, si el llamado a declarar fuere dependiente del agente diplomático, se solicitará a este que le conceda el permiso para hacerlo y una vez obtenido se procederá en forma ordinaria.⁴⁵

Así bien la Ley 1952 de 2019 se dispone a regular descriptivamente la práctica del testimonio en audiencia, comentando primero que se deben rendir los testimonios de manera individual uno a uno, seguidamente de que se le prohíbe al funcionario que toma el testimonio a que haga preguntas sugestivas, o exprese sus opiniones salvo al testigo técnico.

Se proseguirá con la práctica de testimonio en la cual se recalca que se debe pedir al testigo su debida identificación, se le dará a conocer las consecuencias de no rendir un testimonio verídico, se le pondrá de presente sus derechos, por sobre todo a la no auto incriminación, y conjuntamente se tomará el juramento.



El operador judicial deberá colocar en contexto al testigo, con los hechos de la situación jurídica que se sustenta en dicho proceso, y se le guiará para que este rinda debidamente su declaración, con la oportunidad para que se hagan preguntas aclaratorias o complementarias.

Así lo aprecia el articulado de la Ley 1952 de 2019:

ARTÍCULO 175. PRÁCTICA DEL INTERROGATORIO. La recepción del testimonio se sujetará a las siguientes reglas:

- 1. Presente e identificado el testigo, el funcionario lo amonestará y le tomará el juramento, lo interrogará sobre sus condiciones civiles, personales y sobre la existencia de parentesco o relación con el disciplinable, cumplido lo cual le advertirá sobre las excepciones al deber de declarar.**
- 2. El funcionario le informará sucintamente al testigo acerca de los hechos objeto de la declaración y le solicitará que haga un relato de cuanto le conste sobre los mismos. Terminado este, se formularán las preguntas complementarias o aclaratorias necesarias.**

Cumplido lo anterior, se les permitirá a los sujetos procesales interrogar.

Las respuestas se registrarán textualmente. El funcionario deberá requerir al testigo para que sus respuestas se limiten a los hechos que tengan relación con el objeto de la investigación.

Así bien, la Corte Suprema de Justicia manifestó que "el juez puede dar por plenamente demostrado un hecho con dos testimonios que reúnan esas calidades, pero no necesariamente deba tenerlo como demostrado, es decir, que aun cuando haya dos testimonios contestes acerca del hecho y de sus circunstancias, el juzgador conserva la facultad de aplicarles las reglas de la sana crítica, rechazándolos en el caso de encontrarlos fallos."⁴⁶

1.6. ¿ES REALMENTE EL INDICIO UN MEDIO PROBATORIO EN MATERIA DISCIPLINARIA?

Se pregunta el título del presente capítulo, no solo en la especialidad del derecho disciplinario, sino adicionalmente en todas las ramas del derecho,



por ejemplo, el Código General del Proceso no lleva intrínseca una definición del indicio, únicamente lo expone como un medio probatorio, que si bien se da como uno de los más importantes, y que ha servido para solucionar infinidad de situaciones jurídicas, se da la connotación que en la actualidad hay medios probatorios de carácter más estable y que son las convincentes a la hora de probar un hecho o actividad dentro de un marco del proceso judicial.

Al anterior prólogo se le suma que por ejemplo en materia penal el indicio no es considerado como medio probatorio según la Ley 906 de 2004.

De hecho, el profesor Jairo Parra Quijano recordaba que el indicio tiene ese nombre porque viene de índice, el dedo con el que se señala, esto para enseñar en sus clases que el indicio no es medio, sino un hecho que señala la existencia de otro.

Así bien, en primera instancia se debe hablar sobre qué indicio sí tiene validez como prueba en materia disciplinaria, teniendo la precisión de que este no puede ser la única prueba que sustente la ocurrencia de un hecho o actividad, ya que carecería de convencimiento jurídico y podría ser desvirtuado con gran facilidad.

Además, vale la pena indicar qué se entiende como tal:

“[...]el indicio como un hecho conocido y debidamente probado o del cual y mediante un juicio lógico fundado en reglas de la experiencia o en principios científicos o técnicos, se infiere la existencia de otro hecho desconocido”⁴⁷

Un tema de especial relevancia es el que trata de la posibilidad de que un indicio sea fundamento probatorio de otro indicio, a lo que se debe contestar que teóricamente si, en el entendido de la aplicación de la llamada cadena indicaria, en la cual muchos indicios se pueden fundar en otros indicios para llegar al hecho indicado, claro está, que el hecho generador sí debe estar totalmente comprobado. Sin embargo, al acontecer dicha institución descrita, se deriva del hecho de que se quiere probar con la cadena indicaria tendrá poco valor probatorio en la medida en que se aleja de manera congrua del hecho probado que da origen a la cadena en sí.



Ahora bien, existe la posibilidad de que se dé el indicio como conducta de las partes del proceso, la cual está estipulada en el artículo 241 del Código General del Proceso, porque las partes por cualquiera de sus acciones procesales pueden dar a entender diferentes significaciones que dirijan al juez a deducir o mejor crear un indicio, claro está dentro de las reglas de la sana crítica. No obstante, es preciso anotar que dichos indicios generados por la actividad dentro del proceso de las partes se pueden infirmar con cualquier clase de prueba.

Así, se insiste en que el indicio no se debe evaluar como un único o autónomo medio probatorio, sino que este puede llegar a complementar diferentes medios probatorios, como es la prueba documental o prueba de la confesión, buscando su ratificación y aplicando siempre el principio de la unidad probatoria.

A modo de enunciación, se debe tener en cuenta que el indicio se diferencia de la presunción legal o judicial en la medida que los primeros inicián de un hecho indicador, mientras que las presunciones se originan de preceptos legales, a su vez que los indicios son un medio probatorio que busca esclarecer determinados hechos objeto del litigio, mientras que la presunción es un factor esencial para determinar la existencia o no de determinadas circunstancias.

Así bien, en el articulado agregado del Código General Disciplinario se enlista el indicio como un medio probatorio, en su título VI, sumado a que incorpora la definición:

“ARTÍCULO 196. ELEMENTOS. Todo indicio ha de basarse en la experiencia y supone un hecho indicador, del cual el funcionario infiere lógicamente la existencia de otro hecho”.

También menciona los diferentes elementos que debe contener el indicio para que sea tomado como un hecho indicador. Pues bien, se habla de la unidad del indicio en la medida de que el hecho indicador debe demarcarse como una individualidad⁴⁸, a su vez de que el hecho constitutivo de indicio debe estar probado en su totalidad,⁴⁹ y por último se predica que el funcionario u operador competente deberá apreciar el indicio de manera explícita y en conjunto con base a su importancia, plenitud, y coherencia con el resto del acervo probatorio.⁵⁰



1.7. PRUEBA DIGITAL. ¿ES UNA PRUEBA DE CARÁCTER DOCUMENTAL?

La prueba documental se ha tornado de importancia mayúscula en cualquier proceso que se lleva a cabo sin importar la especialidad que se trate. Se puede llegar al atrevimiento de decir que, en todo proceso que lleva, consiguió pruebas documentales de cualquier índole, y es que se asevera dicha connotación en la medida que un documento se puede llegar a denominar una universalidad ya que puede connotar una infinidad de elementos que son considerados dentro de un proceso y un elemento probatorio (más específicamente, un elemento probatorio de carácter documental). Esta importancia se ve magnificada en la actualidad donde los documentos pueden ser conservados con tecnologías digitales más allá de las incorporaciones mecánicas de las que hablaban los anteriores códigos de procedimiento.

Así bien, se denota un documento como un concepto jurídico indeterminado por la cantidad de aristas que se pueden denominar así. Eso lo prevé la norma con su extensa mención, que además es meramente enunciativa:

Artículo 243. Distintas clases de documentos.

“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videogramas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares”.

Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública⁵¹



Se agrega que si bien el legislador hizo un esfuerzo considerable al denominar toda clase de documentos que se puede llegar a un proceso, no tuvo en cuenta el documento electrónico o el documento digital al cual se hará referencia más adelante.

Conjuntamente se extiende el artículo a describir la dicotomía en cuanto a los documentos públicos y privados. Pues bien, dicha clasificación se desprende por el carácter de su creador, el que da la naturaleza al documento: si es un funcionario público el que hace el documento será un documento público y si por el contrario el que realiza el documento es un particular será un documento de carácter privado.

Un tema de especial controversia es aquel referente a si la queja o informe génesis de la investigación disciplinaria es objeto probatorio válido para la toma de la decisión del fallo sancionador. Al respecto, la normativa innovadora deduce que es así y, es más, siendo la queja o el informe, sin importar su naturaleza, una prueba principal que será valorada como una prueba documental.⁵²

La problemática arriba descrita se refiere a que la sola queja podría ser elemento constitutivo para el inicio de la indagación o la investigación. Algunos sostienen que no debería dársele el mismo nivel de una prueba, aquí también debemos recordar que aun algunos anónimos tienen capacidad de impulsar el inicio de un proceso.

“ARTÍCULO 188. APORTE. Los documentos se aportarán en original o copia y, solo de ser necesario, se adelantarán las diligencias tenientes a verificar su autenticidad”.

En consonancia del Código General del Proceso se permite el documento original o en copia⁵³. Punto interesante ya que como en la jurisdicción ordinaria está de presente que es viable la presunción de autenticidad a las copias de los documentos originales, antes en el Código de Procedimiento Civil se requería la autenticidad documental que en muchas ocasiones era complicado encontrar el documento primigenio.

Al respecto a Corte Constitucional dijo:

Uno de los principales asuntos en relación con la valoración probatoria se centra en determinar la autenticidad de los documentos.



Este concepto resulta absolutamente relevante en tanto en ocasiones, debido a su consecuencia valorativa, se confunde con el de originalidad. Por lo tanto, existe la posibilidad de que un documento a pesar de ser original carezca de autenticidad. Un documento auténtico es aquel en el que existe total certeza en relación con la persona que lo elaboró, suscribió o firmó. Se ha establecido que “la autenticidad es un requisito que debe estar cumplido para que el documento pueda ser apreciado y valorado por el juez en lo que intrínsecamente contenga”. La Sala concluye que su valor probatorio deberá ser establecido caso a caso de conformidad con la totalidad del acervo probatorio y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. ⁵⁴

Adicional a lo anterior, la corte se refiere también a que ha habido diferentes avances legislativos referentes al valor probatorio de las copias y el documento en general, y así mismo lo menciona la corte:

La distinción entre el valor probatorio de los documentos originales y las copias se ha ido disolviendo en el desarrollo legislativo. El artículo 11 de la Ley 1395 de 2010 señaló que con independencia de si el documento es allegado en original o en copia éstos se presumen auténticos, hecho que como se explicó, permite que sean valorados. Por su parte, el artículo 246 del Código General del Proceso, expresa que “las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

En este punto, la primera vez que se discutió este tema y el valor probatorio de las copias fue cuando el Presidente de la República Virgilio Barco Vargas se encontraba de visita oficial en Corea y allí enfermó y tuvo que ser operado de urgencia lo que le obligó a mandar un fax solicitando al congreso extender y autorizar su permanencia fuera del país. En aquella ocasión el Consejo de Estado se pronunció sobre la validez de la copia fax aunque el original estaba firmado en Seúl y además las firmas originales estaban unas allá en el documento de Asia, mientras otros miembros del gabinete de Ministros habían signado la copia en nuestro país.

Volviendo a la normatividad actual, se predica en los documentos la obligación de quienes tengan la posesión de estos, sin importar si son



personas naturales o personas jurídicas, esto por medio del representante legal, con la obligación de entregar dichos documentos teniendo en cuenta que es parte del deber constitucional, en colaboración con la justicia. Adicional a lo anterior, parece deducirse del artículo que se está comentando que hay un deber adicional de conservación de los documentos en la medida en que son elementos probatorios claves para poder descifrar el problema jurídico que se está desentrañando; así bien, si se llegase a incumplir el deber, corresponderá llevar la debida investigación tanto en materia penal como disciplinaria.⁵⁵

ARTÍCULO 190. DOCUMENTO TACHADO DE FALSO. Cuando el documento tachado de falso se hallare en otro proceso, el funcionario competente podrá solicitar a la autoridad a cargo de su trámite o bajo cuya posesión se encuentre, la remisión de copia autenticada o, si fuere necesario, que le envíe el original para su eventual cotejo y devolución al despacho de origen o para agregarlo al expediente. Lo decidido sobre el documento tachado de falso se comunicará al funcionario que conozca del proceso en que se encontraba dicho documento.⁵⁶

Cuando se advierta la falsedad documental se dispondrá el informe correspondiente con los medios de prueba del caso y su remisión a la autoridad penal correspondiente.

Los documentos, en ejercicio del derecho de contradicción, se trasladan a las partes procesales y estos pueden impugnar dichos materiales probatorios mediante la institución jurídica de La tacha de falsedad.

Dicha institución se predica de documentos que se encuentren en poder de los sujetos del proceso o que estén vinculados a otro proceso. En dichas medidas, se debe tener presente que la tacha de falsedad del documento implica que si esta se llega a verificar en el proceso, acarrearía consecuencias penales tales como falsedad en documento público o privado dependiendo del caso, y las compulsas contra los sujetos que hubieren querido incluir los documentos en el proceso.

Así bien, el funcionario tendrá la capacidad de analizar el documento en cuanto a todos sus elementos, con el fin de determinar si prospera o no la tacha de falsedad. Si llegase a prosperar se deberá expulsarlo del



proceso y adicionalmente, si se cumpliera el supuesto de que la prueba deviene de otro proceso, dar el debido aviso al funcionario que se encuentre a cargo del proceso paralelo.

Referente a la autenticidad la ley dispone:

“ARTÍCULO 191. PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD. Los documentos allegados al proceso se presumen auténticos, así como los informes rendidos por las entidades públicas o privadas requeridas por la autoridad disciplinaria. En caso de duda deberán ser sometidos a examen técnico, para lo cual se atenderá lo señalado en lo referido a la prueba pericial”.

La anterior norma está en consonancia con toda la actividad dirigida a la eliminación y simplificación de trámites innecesarios, que demoran y retardan la actuación administrativa judicial.

Hay unas excepciones legales en cuanto a los documentos, en el entendido de que hay derechos, informaciones que tienen privilegio legal de reserva que estos contienen. Pues bien, la norma las enumera de la siguiente forma:

ARTÍCULO 192. INFORMACIONES Y DOCUMENTOS RESERVADOS. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución o la ley, y en especial:

1. Los protegidos por el secreto comercial o industrial.
2. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.
3. Los amparados por el secreto profesional.
4. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en la historia clínica, hojas de vida, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información.

Los relativos a las condiciones financieras de las operaciones de crédito público y tesorería que realice la nación, así como a los estudios técnicos de valoración de los activos de la nación. Estos documentos e informaciones



estarán sometidos a reserva por un término de seis (6) meses contados a partir de la realización de la respectiva operación.

PARÁGRAFO. Los documentos reservados deberán incorporarse al expediente en cuaderno separado y conservarán su condición de forma permanente. Los sujetos procesales podrán consultarlos, pero no se expedirán copias.

Por el impacto social que puede llevar el derecho disciplinario a los sujetos procesales, legalmente se ha impuesto que los documentos enlistados en el artículo descrito deben ser cobijados por la reserva, o lo que es lo mismo, que son una excepción del principio de publicidad de los procesos judiciales en todo su esplendor.

Si se analizan los documentos que están cobijados en dicha lista se desvela que tienen varios aspectos en común como lo es la búsqueda de protección de derechos reconocidos constitucionalmente y por esta razón es que tienen la garantía procesal de la reserva legal.

También se regula la posibilidad de requerir documentos técnicos que se encuentren en las entidades públicas pertinentes para poder dar la debida conducción del proceso. Dicha figura es similar en materia del Código General del Proceso en cuanto a:

Artículo 275. Procedencia.

A petición de parte o de oficio el juez podrá solicitar informes a entidades públicas o privadas, o a sus representantes, o a cualquier persona sobre hechos, actuaciones, cifras o demás datos que resulten de los archivos o registros de quien rinde el informe, salvo los casos de reserva legal. Tales informes se entenderán rendidos bajo la gravedad del juramento por el representante, funcionario o persona responsable del mismo.

Las partes o sus apoderados, unilateralmente o de común acuerdo, pueden solicitar ante cualquier entidad pública o privada copias de documentos, informes o actuaciones administrativas o jurisdiccionales, no sujetas a reserva legal, expresando que tienen como objeto servir de prueba en un proceso judicial en curso, o por iniciarse.



Conjuntamente se regula que los informes técnicos deben tener el requisito de rendirse bajo la gravedad de juramento y además se podrán contravenir únicamente pidiendo aclaraciones y complementaciones, es decir, se presume que los informes son verídicos por la naturaleza que estos conllevan en cuanto a que son de carácter científico, técnico, estadístico y que son expedidos por entidades del Estado. Por lo tanto, no son susceptibles de objeción por error grave⁵⁷.

1.8. PRINCIPIO DE EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA

Hay que tener en cuenta que el principio de exclusión de la prueba en materia de derecho disciplinario ha sido un avance para la sana coherencia de dicha especialidad del derecho con todo el ordenamiento jurídico.

Así bien, el principio de exclusión de la prueba consiste en la protección de derechos fundamentales de primera vía, que sean afectados o se pongan en importante lesión en cuanto al uso de material probatorio en el proceso disciplinario o que afecte derechos fundamentales de los implicados en un proceso disciplinario determinado.

Adicionalmente, se debe concadenar con la existencia de dicha prueba violatoria a los derechos fundamentales en la medida de que se debe expulsar del acervo probatorio, con los elementos probatorios que han sido afectados por la misma.

Sobre la inexistencia de la prueba, el nuevo Código General Disciplinario consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 158. INEXISTENCIA DE LA PRUEBA. La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado se tendrá como inexistente”.

El artículo transcritto tiene la misma consecuencia del anterior artículo 140 y declara, como un vicio insubsanable, la práctica o recaudo probatorio realizado con desconocimiento de los derechos fundamentales, además de que no admite convalidación del acto ilegalmente originado y así también lo ha entendido la jurisprudencia constitucional⁵⁸:



“La prueba ilícita, en efecto, cuando pretermite o conculca específicas garantías o derechos de estirpe fundamental... Algunos prefieren nominar esta prueba como inconstitucional”.

Aquí no se aplica la doctrina de “los frutos del árbol envenenado”, pues la prohibición de admisión de la prueba directa es clara, atendiendo el valor que la Constitución da a los derechos y garantías fundamentales. Por esa razón hasta la Sala Civil de la Corte⁵⁹ ha dicho que este tipo de prueba ilícita no tiene ninguna eficacia demostrativa:

“Illegal o irregular cuando no pretérmitte un precepto constitucional fundamental, sinouno de índole legal... la prueba ilícita no es posible de valoración judicial, como quiera que carezca de eficacia demostrativa”.

Se debe poner de presente que, al momento de la recolección probatoria en cualquier clase de proceso, se encuentra que alguna prueba puede tener algún defecto en lo relacionado a su forma de obtener, su contenido, y su implicación directa en el proceso. Si por alguna razón alguna prueba tiene algún defecto que fricione contra la legalidad de la prueba, esto es, encontrarse contrario a derecho con base al artículo 29 constitucional, debido proceso, debe ser expulsada del proceso, y si por alguna razón llega afectar de alguna manera al resto de pruebas que hayan sido recolectadas, con estas también deberán ser expulsadas por tener el mismo efecto de legalidad, claroestá que dicho examen a las pruebas debe realizarse por el juez del proceso. Todo lo anterior, con base al principio del fruto del árbol envenenado. La prueba directa con violación al debido proceso es entonces nula pleno derecho.

Así que podemos concluir en cuanto la prueba derivada, que cuando la fuente de su producción es ilícita, la prueba derivada también será ilícita.

Pero hay ocasiones en la prueba derivada de una prueba ilícita, puede seguir siendo lícita, cuando se originó en una fuente separada, independiente, autónoma, vínculo atenuado o por descubrimiento inevitable, esto con las reglas del artículo 455 de la Ley 906/04. En este punto es pertinente recomendarle al operador la prudencia en el uso de estas figuras para darle validez probatoria a las pruebas derivadas, de cualquier manera recordemos que esta norma hace parte del estatuto procesal del sistema



acusatorio y también se tendría que mirar la consecuencia sobre el investigado y obviamente lo que ya hemos hablado sobre favorabilidad en derecho disciplinario.

Un ejemplo claro es el tendiente a que por una prueba se obtuvo por violación a derechos fundamentales de los implicados en el proceso disciplinario, y que esta misma prueba fue la génesis para la recopilación de otras pruebas que no son violatorias a los derechos fundamentales. Pues bien, las últimas pruebas mencionadas estarán afectadas por el vicio y deberán ser expulsadas del proceso disciplinario en el ejercicio de ponderación de derechos en los cuales se cruza el derecho estatal de la administración de justicia, superado por los derechos fundamentales de primera generación de los sujetos procesales disciplinados.

En conclusión, se indica que el principio de exclusión probatoria está tipificado en el artículo 21 del Código General Disciplinario, el cual busca que no haya vicios en las pruebas utilizadas en el proceso y con ello poder evitar vicios en el material probatorio recopilado.

Por otra parte, se enfatiza que es un principio del derecho disciplinario que busca dar coherencia con la Constitución Nacional y por ende se relaciona intrínsecamente con otros principios generales tales como la dignidad humana, la favorabilidad y aún más por derechos de carácter personalismo como el derecho a la intimidad, a la honra entre otros.

1.9. PRUEBA DIGITAL

En el presente se ha buscado por parte de la administración de justicia, métodos, modos, medidas, con la finalidad de enervar las deficiencias en cuanto a la agilidad, celeridad y economía procesal de la jurisdicción en aspectos generales. Como resultado, es correcto aplicar los diferentes avances tecnológicos, tendientes a la denominada revolución digital, que permea todas las actividades que desarrolla la sociedad.

En consecuencia, se trae a colación los avances de carácter técnico-tecnológicos desarrollados por el progreso científico de la sociedad a la administración de justicia, siempre buscando de alguna forma más eficiencia por parte del aparato de justicia, por ejemplo, el ambicioso sistema del expediente judicial electrónico.



Se precisan varias dificultades para poder implantar el sistema judicial electrónico, porque, por una parte, no se tiene en el estado la infraestructura necesaria para llevar a cabo dichos objetivos, y adicionalmente se deslumbra de manera obvia la falta de capacitación y conocimiento del sistema digital, tanto por parte de los operadores judiciales como de los usuarios que acuden a la jurisdicción para la solución de controversias.

Todo lo anterior indica que no será pronta la inclusión del sistema digital, sin embargo, ya se han dado algunos indicios en la práctica judicial que se relacionan con el proceso que se ha dado ya que hay algunas actuaciones que se pueden revisar por medio electrónico, internet, y algunas entidades de Control, como lo Contraloría General de la República, manejan expediente electrónico. No obstante, se debe tener en cuenta que esta es la excepción porque la regla general es todavía el proceso en papel, algo que aparte de congestionar los espacios de las instalaciones de la rama judicial también afecta la celeridad del proceso y a su vez deteriora de alguna forma el medio ambiental que no es algo de menor importancia. La tendencia es y estará dirigida al uso de cero papel y digitalización de los expedientes, correspondencia, notificaciones y archivo.

Descendiendo en la materia en la cual se desarrolla este acápite, la prueba digital es una de esas manifestaciones que se llevan por parte al desarrollo de la jurisdicción en búsqueda de un sistema meramente electrónico. Por consiguiente, se pone de presente diferentes temáticas a tratar:

Ahora bien, ¿qué es una prueba digital? La prueba digital, o lo que es lo mismo el documento electrónico, tiene especial relevancia con la firma electrónica, la cual es la que le da el carácter de validez y por consiguiente merece un trato diferencial.

“El documento informático o también denominado documento electrónico, en principio noson en realidad, por lo que el régimen probatorio respecta, documentos, aunque guarden con ellos una estrechísima relación o concomitancia”⁶⁰

En el documento electrónico se debe tener de presente diferentes factores que este contiene, con el fin de dar el mejor provecho al elemento probatorio de carácter digital que se aporte al proceso disciplinario.



Es de especial relevancia la firma electrónica, el paquete de información contenida, y sobre todo los temas relacionados con los indicios que resulten de dicho documento.

Es correcto mencionar que el contenido de los documentos digitales tiene connotación técnica y por consiguiente es pertinente que en el momento de aporte de dicha prueba digital se apareje con esta, el perito (experto en informática forense) para dar la fe correspondiente al documento digital, es decir, ratificar su autenticidad y, adicionalmente, dar la interpretación desde el punto de vista de su experticia en temas informáticos. El punto de la autenticidad es de especial relevancia en el momento de la práctica de la prueba, la conservación y la valoración probatoria por parte del operador judicial.

En cuanto a la práctica de la prueba, se da de antemano que dicha práctica de documentos electrónicos se debe constatar a la verificación de este ya que, en el momento de traslado de las pruebas aportadas, todos los sujetos procesales tendrán la oportunidad para analizar e investigar los contenidos de los instrumentos electrónicos que estén incluidos en el proceso.

Por consiguiente, es importante la práctica de la prueba, que se debe enfocar en las objeciones que se den por parte de los sujetos procesales al documento digital, teniendo presente otros elementos probatorios que se controvieran o su autenticidad

Se trae a colación la discusión procesal por la cual se indica si es correcto o no poder usar la institución procesal de la tacha de falsedad de documentos en instrumentos electrónicos. Es una discusión dirigida al régimen aplicable a los elementos probatorios de carácter electrónico; en esa medida, se menciona que el régimen probatorio es el concerniente a los documentos propiamente dichos (por analogía jurídica en el entendido) que, aunque no tengan la misma connotación, tienen elementos similares y por consiguiente ante el vacío legal es correcto aplicar dicho régimen. Por lo tanto, es posible aplicar la tacha de falsedad que como ya se había indicado, esta será resuelta por el operador judicial en la providencia que culmine con el respectivo proceso.

Por otra parte, se encuentra el tema relacionado con la valoración probatoria de los documentos informáticos. Como anteriormente se había indicado la aplicación del régimen de la prueba documental, este es el escenario correcto a esta clase de documentos en el cual el legislador se ha ocupado de manera escueta.



Sobre este punto, la valoración probatoria se hará con base en la sana crítica, el juez valorará la percepción sensorial que haya obtenido del documento digital y adicionalmente, en los informes por parte de los peritos expertos en informática forense, se pronunciarán sobre lo referente a la autenticidad e interpretación del documento digital respectivo.

El dictamen pericial del documento digital debe seguir unas etapas para su correcta práctica. En primera medida, se debe realizar un análisis preliminar con el fin de determinar en qué estado se encuentra el documento digital, es decir, en qué formato se encuentra, si tiene alguna clase de modificación y anotar todos los registros . Posteriormente, se realiza la adquisición o extracción de datos que contiene dicho documento, o lo que es lo mismo, extraer la información relevante al proceso en el cual se ha aportado el documento teniendo presente la importancia de asegurar dicha información por medio de instrumentos electrónicos como contraseñas o algoritmos de seguridad para poder tener acceso a la misma. Posteriormente, debe extraer la copia y colocarle un sello o huella digital que garantice su autenticidad y evite su sucesiva modificación para finalmente disponer y realizar sobre el mismo el análisis forense que se lleve en el caso en concreto.

Dicho análisis forense consiste en que el perito llevará a cabo en el laboratorio forense, con las herramientas informáticas, la búsqueda selectiva de la información pertinente. En función del tipo de caso y prueba requerida, el perito forense abordará diferentes tipos de análisis en busca de los rastros o evidencias digitales que conformen indicios o pruebas que demuestren los hechos que se desean probar.⁶¹

En complementación a lo previamente mencionado, se suma que toda esta clase de actuaciones por parte del perito forense deben quedar documentadas y hacerse en total conferencia con el marco constitucional colombiano, y en especial con los derechos fundamentales de los implicados, siempre teniendo de presente cuestiones referentes a los derechos a la intimidad, la honra, la dignidad humana entre otros.

Otro interés que se expresa es la firma electrónica, que muchas de las veces se encuentran incursa en un instrumento electrónico aportado a un proceso judicial, y que es un algoritmo que certifica que no ha existido modificación en el mismo, o queda restaurada la información de cualquier acceso o modificación de los documentos.



Ap

Actividades pedagógicas Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:

1. Establezca la importancia de la confesión como medio de prueba.
2. ¿Qué es un perito técnico y cuál es su importancia en materia disciplinaria?
3. Construya un esquema sobre las innovaciones en la inspección disciplinaria.
4. ¿Qué es el indicio y cuál es su importancia cuando no existen pruebas directas?
5. Determine el impacto de la prueba digital en el derecho probatorio disciplinario. Analice y responda si el tema se encuentra regulado con suficiencia en el ordenamiento legal.

Ae

1. En vigencia del Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, para un proceso determinado se realiza una visita especial administrativa, con el fin de poder investigar a fondo los documentos digitales y en físico de la oficina en la cual ejercía sus labores el sujeto investigado por presunta comisión de falta disciplinaria. En dicha visita se pide la presencia de un perito, experto en informática para poder extraer la información necesaria.

La visita especial era únicamente para el computador del funcionario investigado, sin embargo, el perito investiga todos los computadores del sector y pone en evidencia no solo al sujeto investigado, sino a los demás funcionarios que se encuentran en el sector.

Usted como operador judicial, a cargo del proceso anteriormente descrito, en virtud del nuevo texto normativo de la Ley 1952 de 2019, referente a los medios



Ae

probatorios en derecho disciplinario, ¿cree conveniente la aplicación de la cláusula de exclusión? Justifique su respuesta.

2. Teniendo presente la sentencia del 30 de agosto de 2019 , radicado 250001102000201301529 01, ¿cuáles son los criterios correspondientes para poder analizar la gravedad de la conducta en cuanto a la afectación que puede generar al bien jurídico tutelable del derecho disciplinario, esto es, las finalidades del Estado? ¿Cómo deben ser aplicables los principios de proporcionalidad y razonabilidad? ¿Cómo debe ponderarse lo anterior con los medios de prueba que logren recaudarse dentro de un proceso?

- Corte Constitucional, Sentencia C- 358 de 1997, Sentencia C- 298 de 2008.

Las anteriores citas jurisprudenciales hacen referencia al concepto de tipicidad, al principio de legalidad y al derecho sancionatorio. Adicionalmente, a la forma en la que se debe aplicar el principio de favorabilidad y su temporalidad.

- Sentencia C-125 de 2003, Corte Constitucional.

J

En este fragmento jurisprudencial se observa el criterio que ha impuesto la Corte Constitucional, en el sentido de que los preceptos normativos de carácter sancionatorio deben ser previos a la conducta que se sanciona, es decir, deben estar pre establecidos de forma taxativa en el ordenamiento.

- Sentencia T-1034 de 2006, Corte Constitucional.

El fragmento jurisprudencial señala el requisito sine qua non para que la prueba pericial sea válida, esto es, que el perito que elabore el dictamen debe ser imparcial frente a las partes procesales.



J

Sentencia T- 274 de 2012 , Corte Constitucional.

Aquí se indican los diferentes requisitos constitucionales y legales para poder llevar a cabo la prueba pericial tales como la imparcialidad de los peritos reflejada en el sistema de impedimentos y recusaciones al cual están sometidos, el desconocimiento fáctico de los peritos frente a los hechos objeto de litigio, que el tema a tratar debe ser de carácter técnico, científico o artístico, entre otras.

Sentencia T- 274 de 2012, Corte Constitucional.

Alude a la obligatoriedad de que el dictamen pericial sea decretado por un juez y sometido a contradicción de las partes



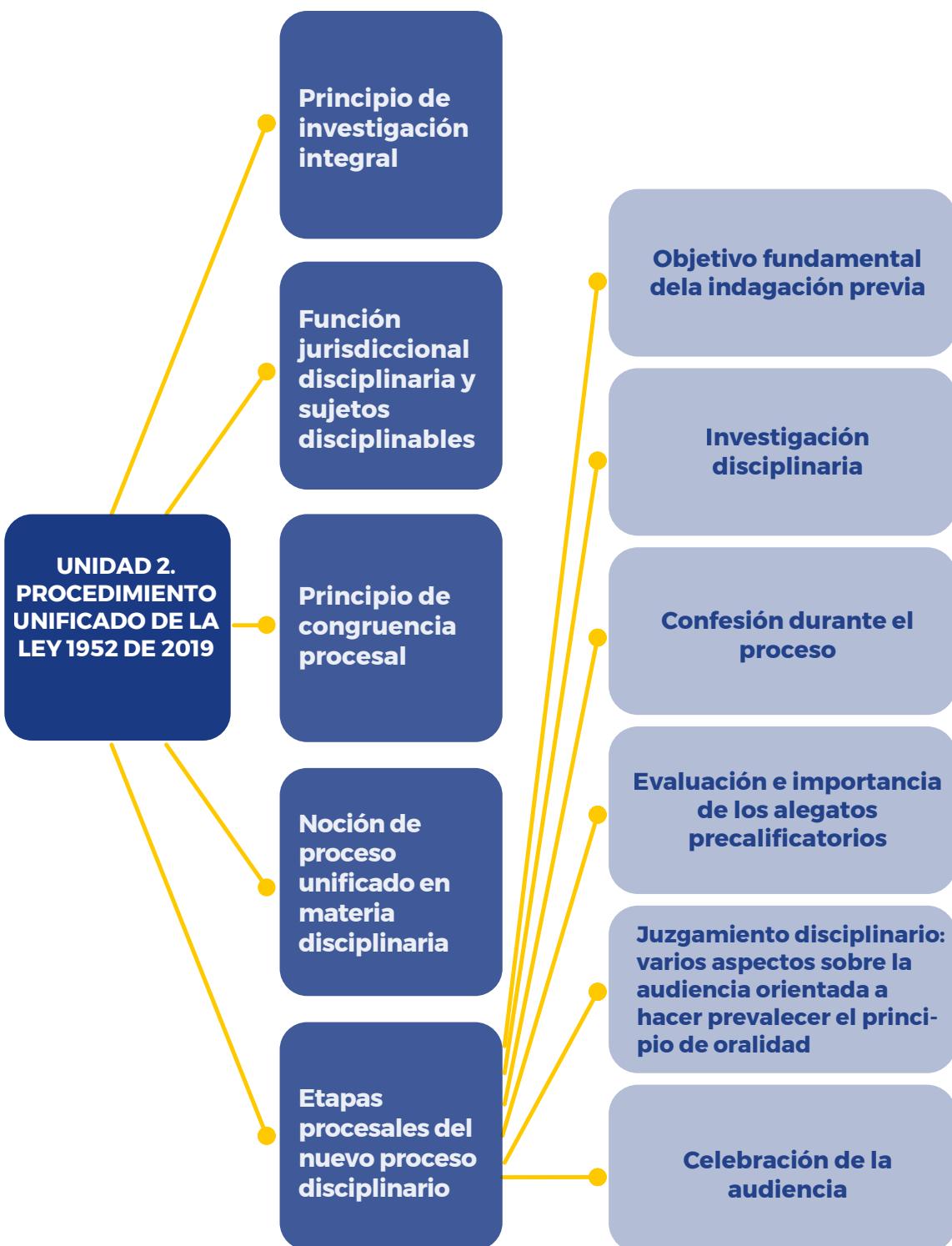
UNIDAD 2

2. PROCEDIMIENTO UNIFICADO DE LA LEY 1952 DE 2019

| | |
|-----------|--|
| Og | <h3>Objetivo general</h3> <p>Los y las discentes podrán conocer de manera particular asuntos concernientes a al Derecho Procesal Disciplinario y el régimen unificado del nuevo Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019), siendo una disciplina con diferencias frente al Derecho Procesal Penal y trayendo consigo avances y desarrollos respecto a los regímenes disciplinarios anteriores</p> |
| Oe | <h3>Objetivos específicos de la unidad:</h3> <p>Tenido en cuenta los temas aquí tratados, los lectores y lectoras concluirán los siguientes puntos:</p> <ol style="list-style-type: none">1. El ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria debe tener como base fundamental el principio de investigación integral.2. El principio de congruencia procesal es una expresión del respeto al debido proceso y al derecho de defensa.3. Las etapas procesales del nuevo proceso disciplinario propenden porque el mismo sea más ágil, expedito y garante de los derechos del disciplinado.4. Que la clave del éxito del proceso disciplinario estriba en un adecuado análisis y elaboración tanto del pliego de cargos como de la sentencia.5. Que resulta necesario darle cabida a principios del ordenamiento jurídico para la estructuración de un adecuado procedimiento disciplinario. |



MAPA CONCEPTUAL UNIDAD 2



Como respuesta a una tendencia a la evolución del derecho procesal en Colombia, el nuevo código profundiza en la oralidad del sistema. Aunque el Código Disciplinario Único tenía un capítulo dentro del título XI del articulado⁶², este llevó a desiguales aplicaciones y requirió de la instancia del juez constitucional⁶³ que a salvaguardar el correcto entendimiento de la norma, pues se discutió desde las delegaciones con el procurador sobre las funciones exclusivas al legislador, hasta el supuesto trato diferenciado y discriminatorio por el uso de esta vía procedural.

En la práctica también conllevó a una especie de área gris en la que el intérprete podía como operador acomodar los hechos para la toma o no de la ruta procedural de su preferencia.

En algunos casos, hubo operadores que le temían al procedimiento por la velocidad de la toma de decisiones y se abstuvieron de aplicar el procedimiento en sus despachos, mientras otros oralizaron muchos de sus expedientes rezagando el impulso de los que conservaron en el trámite ordinario.

Otra referencia obligada, era la situación del investigado que podía sentir un trato diferenciado, cuando su proceso ordinario mudaba en verbal, lo que le imponía una especie de discriminación en su sentir pues los plazos procesales se verían angostados, mientras que él se veía forzado a buscar una defensa más técnica que pudiese hacer un acompañamiento más permanente. Ello tal vez en el imaginario o en la práctica, podría encarecer la defensa por la mayor dedicación requerida y la especialidad profesional que la prestaba.

Estos antecedentes fueron los que llevaron al legislador a la modificación del procedimiento, en uno mixto, cuyo inicio es de naturaleza escritural en la instrucción y muda en oral para la etapa del juicio. Con esto silenció cualquier crítica de vulneración al derecho a la igualdad, pero enfrenta a la administración pública con unos nuevos retos que implicarán ajustes en personal, costos, tecnología y acomodo institucional a la nueva realidad procesal.

El proceso verbal requiere unas herramientas y talentos diferentes al ordinario, así que suponemos que las virtudes y defectos que se le imputaban al proceso verbal de la Ley 734 de 2002 serán replicadas a la etapa verbal del proceso disciplinario de la nueva ley.



Afortunadamente en el caso de la jurisdicción disciplinaria, a diferencia de la procuraduría y las oficinas de control interno disciplinario, el juez disciplinario tiene una vasta experiencia en la aplicación del procedimiento verbal que le permitirá utilizar las herramientas en la pronta definición de las situaciones jurídicas de los disciplinados.

2.1. PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN INTEGRAL

El Estado colombiano es un servidor de fines de acuerdo con la carta política:

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

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos, libertades y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales de Estado y de los particulares.

El proceso disciplinario, más que buscar responsables de las faltas tiene una finalidad superior en la averiguación de la verdad, pero realizando y haciendo efectivos los derechos fundamentales de los sujetos procesales. Se crea una tensión entre los dos fines, la búsqueda de la verdad sin sacrificar los derechos y libertades fundamentales.

Por eso es por lo que el derecho a la prueba tiene límites, el respeto a los derechos y libertades y la inobservancia de estos se sanciona con ilicitud o ilegalidad dependiendo de la gravedad.

Hay que recordar que el proceso es un medio para un fin y no un fin en sí mismo, toda la ritualidad no es una sacralización de las formas, sino persigue la búsqueda de la verdad dentro de las reglas que consientan conservar y garantizar el goce de los derechos fundamentales de los asociados que han permitido que el Estado los someta a la administración de justicia dentro los límites y reglas previamente estipuladas por el congreso en representación de sí mismos.



2.2. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA Y SUJETOS DISCIPLINABLES

El Código General Disciplinario conserva en esencia las disposiciones de la Ley 734 al definir el alcance de función jurisdiccional disciplinaria y ordenando que la vía procesal fuera la contenida en este nuevo estatuto y limitando el sujeto pasivo a quienes ejercen la función, sin importar la duración temporal⁶⁴.

La titularidad de la acción disciplinaria judicial fue modificada en razón de que lo que antes correspondía a por competencia a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, conforme a la Constitución y la ley, fue atribuido a una nueva entidad judicial, esto se hizo a través de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 2 del primero (1.^º) de julio de 2015, por medio del cual se adoptó una Reforma de Equilibrio de Poderes y Reajuste Institucional y que para nuestro tema aquí tratado creó el nuevo órgano rector disciplinario denominado Comisión Nacional de Disciplina Judicial, que también tendrá magistrados de nivel seccional.

Esta nueva jurisdicción de la que hablamos en el aparte anterior asumirá la competencia que correspondía al Consejo de la Judicatura de conformidad con lo dispuesto en la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, en especial artículos 75 y siguientes y artículo 112 y siguientes.

Por lo anterior, de conformidad con la Reforma Constitucional, la ley disciplinaria⁶⁵ dispuso que la titularidad de la acción contra los funcionarios jurisdiccionales corresponde a esta nueva entidad.

Pareciera que la norma Legal limitara la competencia de investigar únicamente a los funcionarios judiciales que ejercen funciones jurisdiccionales de manera permanente o transitoria, sin embargo, la norma constitucional si es precisa y amplia respecto de la competencia al decir:

“Artículo 257 CN. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial [...]”⁶⁶

Esto significará en la práctica, un crecimiento exponencial de la competencia (subjetiva) de la Jurisdicción por el aumento de los sujetos que serán por ella disciplinables, lo que tal vez el constituyente compensó, al



descargarla de competencia (objetiva) para conocer, tramitar y decidir acciones tutela.

Por principio de integración normativa⁶⁷ en la aplicación del régimen disciplinario judicial se aplican, además de las normas y principios rectores de carácter constitucional, distintos ordenamientos con diferentes jerarquías, lo que hace más extenso y compleja la definición del deber funcional al momento de aplicar la disciplina judicial.

2.3. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL

En el derecho procesal civil el principio de congruencia procesal implica que el juez se debe limitar y fundar su decisión a lo alegado y solicitado por las partes, sin embargo, en el derecho sancionador en general y en el disciplinario en especial dicho principio partiendo de la oficiosidad de la investigación tiene que ver con que en el proceso se concadena en sus distintas etapas, así la queja impulsa la indagación, los hechos de esta llevan a la investigación, posteriormente los cargos, el juicio y finalmente el fallo.

La primera concepción del citado principio es aplicable al fallo o sentencia, y en desarrollo de este principio la ley exige que la sentencia debe estar acorde con los hechos y las pretensiones esgrimidas en la demanda, el mismo se encuentra contenido en el artículo 281 del Código General del Proceso⁶⁸ y establece:

Artículo 281. Congruencias.

La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio,



ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.

En este sentido la congruencia de la sentencia según la Corte Constitucional⁶⁹:

“El principio de congruencia de la sentencia, además se traduce en una garantía del debido proceso para las partes, puesto que garantiza que el juez sólo se pronunciará respecto de lo discutido y no fallará ni extra petita, ni ultra petita, porque en todo caso, la decisión se tomará de acuerdo con las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso. Esto, además, garantiza el derecho a la defensa de las partes, puesto durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados.

La jurisprudencia de esta Corporación ha definido el principio de congruencia “como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, “en la medida que impide determinadas decisiones porque su justificación no surge del proceso por no responder en lo que en él se pidió, debatió, o probó”. Además, ha establecido que siempre que exista falta de congruencia en un fallo se configurara un defecto y, por tanto, será procedente la tutela contra providencia judicial con el fin de tutelar el derecho constitucional fundamental al debido proceso”.

(...)

De lo expuesto hasta el momento, se puede concluir que el juez debe tomar su decisión de manera congruente con los hechos, pretensiones y excepciones probadas dentro del proceso. Por lo tanto, no podrá proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo pedido (ultra petita), pero tampoco podrá fallar sin pronunciarse acerca de todas las pretensiones, pues de lo contrario deberá explicar de manera suficiente las razones por las cuales omitió referirse a algún pedimento. El principio de congruencia de la sentencia además garantiza el oportuno



uso del derecho de defensa por parte de las partes, puesto que les permite hacer uso de cada una de las herramientas establecidas en la ley para ello”.

Por otro lado, en el derecho disciplinario la congruencia no solo se exige de la sentencia con el pliego de cargos que es el reproche específico, sino que es un principio aplicable a toda la actuación, tal como lo señaló el Consejo de Estado⁷⁰:

En materia disciplinaria, este principio alude a la correspondencia que debe existir entre las diferentes actuaciones procesales que tiene a cargo el titular de la acción disciplinaria, de manera que, en esencia, todas ellas conserven coherencia y unidad. Lo anterior garantiza que al momento de dictar el fallo este verse sobre los cargos que se le formularon al disciplinado, los cuales delimitan tanto la controversia que debe surtirse a lo largo de todo el trámite administrativo como la decisión de fondo que pone término al proceso.

En ese orden de ideas, la importancia del principio de congruencia consiste en permitirle al funcionario disciplinado tener conocimiento de las conductas que le están siendo reprochadas para que de esta forma pueda ejercer adecuadamente su derecho de defensa. Lo anterior explica que el desconocimiento de este postulado tenga la virtualidad de generar la nulidad del proceso.

Este concepto analizado por el alto tribunal de lo contencioso administrativo va más allá de la limitada apreciación de la correspondencia que debe existir entre los cargos y el fallo que, obviamente por tratarse de las más importantes decisiones dentro de la actuación y al no estar en armonía, pone de manifiesto una vulneración al derecho de defensa y contradicción⁷¹:

“El principio de congruencia entre el acto de formulación del pliego de cargos y el fallo disciplinario, se refiere a la correspondencia que debe existir entre dichas providencias en la denominación jurídica que se endilga al disciplinado. En tal virtud, se proscribe que se formule un cargo por una falta y el fallo disciplinario atribuya una distinta a aquella que fue imputada en el pliego de cargos.



El incumplimiento del principio de incongruencia trae como consecuencia la posibilidad de invalidar la actuación, por violación del debido proceso del disciplinado. Tal principio encuentra relevancia al garantizar que el implicado pueda ejercer el derecho de defensa y contradicción, y materializa especialmente los derechos de acceso a la investigación y de rendir descargos.”

Para mantener la congruencia durante toda la actuación el juez deberá mantener la pesquisa y la actuación a los hechos originales de la queja y compulsar o romper la unidad procesal de aquellos que no tengan relación con estos, es decir, siendo estrictos en que desde el inicio a lo prescrito por la ley: “La investigación se limitará a los hechos de objeto denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos”⁷².

Como consecuencia de la violación de este principio, en repetidas ocasiones, la falta de congruencia entre lo pedido, lo debatido y lo probado ha conllevado a que se configure un desajuste en la sentencia que permite la configuración de una vía de hecho judicial por irregularidades sustanciales que afectaron el debido proceso y el derecho de defensa y contradicción⁷³.

[...] la incongruencia tiene la entidad suficiente para configurar una vía de hecho, ya que la incongruencia que es capaz de tornar en vía de hecho la acción del juez “es sólo aquella que subvierte completamente los términos de referencia que sirvieron al desarrollo del proceso, generando una alteración sustancial, dentro de la respectiva jurisdicción, que quiebra irremediablemente el principio de contradicción y el derecho de defensa”, a tal grado que “la disparidad entre lo pedido, lo debatido y lo probado sea protuberante”, esto es, “carente de justificación objetiva y relativa a materias medulares objeto del proceso”. De lo contrario, “el grado y el tipo de desajuste entre la sentencia y lo pedido, lo debatido y lo probado en el proceso, sería insuficiente para que se configure una vía de hecho judicial, así pueda existir una irregularidad dentro del proceso.

2.4. NOCIÓN DE PROCESO UNIFICADO EN MATERIA DISCIPLINARIA

Como dijimos anteriormente, la pluralidad de procedimientos conllevaba un trato diferenciado a los investigados, ejemplo de ello fue que en



algunos casos de corrupción, , y como consecuencia de una prueba, el investigador los consideró como “prueba reina” y, en su momento, la Procuraduría decidió abrir una investigación ordinaria a un sujeto y citar a procedimiento verbal a otro sujeto frente a una misma situación fáctica; lo más curioso es que el proceso ordinario fue el que finalizó más rápido, incluso que el verbal, desmitificando con los hechos la supuesta rapidez del trámite oral⁷⁴.

El proceso se entiende como un conjunto de actos jurídicos que se llevan a cabo para aplicar la ley a la resolución de un caso. En el derecho disciplinario, esos actos están agrupados en diferentes etapas y tienen como finalidad la búsqueda de la verdad y la realización de los derechos fundamentales en cuanto la responsabilidad de un sujeto disciplinable.

Las etapas son las partes en las que se divide el proceso, no es caprichosa su existencia ya que, como veremos a continuación, cada una de ellas cumple una finalidad distinta dentro de la general búsqueda de la verdad y garantía de los derechos fundamentales que se predicen para toda actuación.

Tal como lo anticipamos y ha sido históricamente como especie del derecho sancionador, el proceso disciplinario tiene dos etapas esenciales la instrucción y el juzgamiento: la etapa de instrucción puede ser precedida por una indagación previa que antes tenía como finalidad identificar al investigado y mejorar la instrucción; en la nueva normatividad solo conserva la primera y única finalidad: individualizar al sujeto disciplinable.

Debido a que las etapas tienen fines distintos y oportunidades diferentes, surge también el concepto de preclusión de etapas y es que cada etapa se va desarrollando de manera sucesiva a la otra, impidiendo el regreso dentro del proceso, pues las que se van superando se entienden agotadas.

Esta categoría ha sido estudiada y considerada por la Corte Constitucional, que ha visto su importancia más allá de la formalidad o ritualidad del proceso⁷⁵:

Sabido es que la Preclusión es uno de los principios fundamentales del derecho procesal y que en desarrollo de éste se establecen las diversas etapas que han de cumplirse en los diferentes procesos, así como la oportunidad en que en cada una de ellas deben llevarse a cabo los actos procesales que le son propios,



trascurrida la cual no pueden adelantarse. En razón a este principio es que se establecen términos dentro de los cuales se puede hacer uso de los recursos de ley, así mismo, para el ejercicio de ciertas acciones o recursos extraordinarios, cuya omisión genera la caducidad o prescripción como sanción a la inactividad de la parte facultada para ejercer el derecho dentro del límite temporal establecido por la ley.

Los términos judiciales cumplen la función de determinar con claridad y precisión la oportunidad dentro de la cual se deben realizar los actos procesales por las partes, el juez, los auxiliares de la justicia, los terceros interesados, etc., constituyendo una garantía recíproca para las partes en el proceso, pues, estimulan la celeridad en las actuaciones o trámites y evitan asaltos sorpresivos que podrían atentar contra el derecho de defensa. El señalamiento de los términos judiciales no es de libre disposición por las partes en los procesos”.

2.5. ETAPAS PROCESALES DEL NUEVO PROCESO DISCIPLINARIO

2.5.1. Objetivo fundamental de la indagación previa

Cuando se discute la congestión judicial y se culpa de la misma a la consabida demora de los procesos, a veces se cae en el error de disminuir los tiempos de las etapas procesales o bien suprimir una, como si tal decisión conllevara milagrosamente a la evacuación de los procesos.

Esta actitud simplista ya venía siendo discutida desde el trámite legislativo del proyecto de ley que terminaría convertido en la Ley 734 de 2002. En la comisión redactora se había recomendado al legislativo la inclusión de una etapa previa y optativa denominada indagación preliminar y que tenía por objeto definir cuestiones anteriores al proceso, como la identificación del posible responsable y si los hechos objeto de la queja o noticia ameritaban la activación del proceso formal, todo esto antes de entrar a discutir temas de más trascendencia como la responsabilidad y culpabilidad.

Aunque en unas sesiones el legislativo decidió eliminar dicha etapa, posteriormente dispuso conservarla de manera no obligatoria, por el temor a que al prescindir de la misma, se avocara al operador a que abriera



investigaciones indiscriminadamente y con ello perturbara a los sujetos procesales con una supuesta afectación de su reputación.⁷⁶

En el Código Disciplinario Único, los fines de la indagación preliminar eran plurales⁷⁷, “verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad”.

Aunque el texto en esta etapa tenía una duración indefinida, que era hasta el logro de la individualización del investigado, la Corte Constitucional⁷⁸ declaró inexistente esta indeterminación y por ello la duración de seis meses prevista como excepcional en aquella legislación terminó siendo la regla general y el doble de tiempo cuando se tratara de conductas violatorias de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Como los fines eran plurales, la legislación anterior permitía adelantar la indagación, aunque ya se tuviera identificado el posible autor y le daba al instructor la posibilidad de un término breve y adicional para la práctica pruebas. En estos casos el instructor debía siempre respetar las garantías del procesado y sobre todo realizar apropiadamente la notificación personal de su vinculación.

A nuestro juicio era una etapa previa multipropósito que llevada juciosamente permitía el archivo de muchas quejas que no ameritaban la continuidad de la instrucción y en otros casos permitía que se solidificara la investigación de los hechos con un mayor soporte probatorio durante esta etapa procesal.

El proyecto de ley promovido por la Procuraduría adolecía de ese defecto que resaltamos anteriormente y era creer que suprimir la etapa abreviaría la instrucción y así lo resalta un texto del instituto de Estudios del Ministerio Público⁷⁹:

“En el proyecto de ley original, se suprimía esta etapa en aras de agilizar el trámite instructivo en el que a veces se duplicaba la labor de indagación preliminar en la investigación haciendo más prolongada la duración de la actuación, concentrando todos sus fines en una sola etapa investigativa”.

La afirmación es un argumento *ad conditionallis*. Como se desprende del texto, el mal uso de una etapa procesal había prácticamente conde-



nado su extinción, cuando lo apropiado era capacitar a los funcionarios para que, en vez de repetir la indagación, profundizaran en nuevas pruebas que impulsaran y aceleraran el logro de una investigación de calidad. De hecho, si la indagación ya era tan buena y suficiente, el instructor no tenía por qué repetirla, sino que debería avanzar en la siguiente etapa, lo cual podía hacerse aun citando a la audiencia para un proceso verbal.

De cualquier forma, el legislador con la Ley 1952 decidió conservar la etapa denominándola indagación previa (no preliminar) limitando los fines de esta a la identificación del sujeto disciplinable, y se confinó el término por solo tres meses o menos si se identificaba al posible autor.

En caso de que se agote la etapa sin obtener su finalidad, la ley prevé el *archivo definitivo*⁸⁰ mediante providencia motivada que no hará tránsito a cosa juzgada material⁸¹. Esta es una consecuencia bastante obvia, porque sería imposible continuar el proceso sin identificación del sujeto pasivo de la acción, pero tampoco la indeterminación permitiría a nadie beneficiarse de la cosa juzgada⁸².

Creemos que se desaprovechó la figura al darle tan escaso alcance y finalidad, pues en la anterior redacción le proporcionaba mayor posibilidad al instructor y le permitía una mejor aducción probatoria en concordancia con los principios de oportunidad y conservación de la prueba.

2.5.2. Investigación disciplinaria

Como consecuencia de la identificación del sujeto disciplinario, bien como producto de la indagación previa o porque haya sido suministrado en la queja o noticia disciplinaria, deberá procederse con la Investigación disciplinaria la cual inicia con un auto formal que tiene los requisitos del artículo 215, idéntico al antiguo 154 solo que ahora trae expresamente su numeral 2. La fundamentación de la existencia de los hechos en materia de investigación, obviamente se limitará a la misma y también se orientará a la defensa.

ARTÍCULO 215. Contenido de la investigación disciplinaria. La decisión ordena abrir investigación disciplinaria deberá contener:

1. La identidad del posible autor o autores.



2. Fundamentación sucinta sobre la existencia del hecho o la omisión que se investiga:
3. La relación de pruebas cuya práctica se ordena.
4. La orden de incorporar a la actuación los antecedentes disciplinarios del disciplinado, una certificación de la entidad a la cual el servidor público esté o hubiere estado vinculado, una constancia sobre el sueldo devengado para la época de la realización de la conducta y su última dirección conocida.
5. La orden de informar y de comunicar esta decisión.

La investigación disciplinaria tiene como fines verificar la ocurrencia de la conducta y determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

El funcionario tiene a su disposición todo el arsenal probatorio que prevé la ley, ahora expresamente, y a partir de esta oportunidad podrá escuchar al investigado.⁸³

También se advierte al operador que la investigación se limitará a los hechos de objeto denuncia, queja o iniciación oficiosa y los que le sean conexos, aunque siempre debió ser así. También ha sido una mala práctica el acumular investigaciones y sumar distintos hechos ampliando así el objeto, esto con los pretextos de la economía procesal y otros más, sumando la inexistencia de nulidad expresa al respecto. Creemos que sin duda se afecta la garantía del derecho de defensa en esas investigaciones difusas en las que se mira todo en general y nada en especial.

El término⁸⁴ de duración de la etapa será de seis meses, a partir de la apertura y hasta el doble cuando haya pluralidad de investigados o de posibles faltas. Vencido el término se puede prorrogar por tres meses. Para las faltas por infracción a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de investigación no podrá exceder de dieciocho (18) meses.⁸⁵

Los términos se reducen a la mitad de los previstos en la normatividad anterior, y tal vez más porque la prórroga antes era la mitad de la investigación original y ahora es taxativamente hasta por 3 meses.



Otra vez, el legislador reduce el término de la instrucción con el propósito de acelerar la investigación. Todo ello no es más que una falacia lógica: si el mero hecho de reducir los términos mejorara las facultades de los investigadores e instructores, sería aún mejor disminuir los plazos a semanas o hasta días. La realidad es que disminuir el tiempo de la instrucción sin considerar los otros elementos que intervienen en la misma (capacidades profesionales y técnicas entre otros) solo malogra el resultado del proceso.

La etapa termina con el auto de citación a audiencia y la formulación del pliego de cargos o bien con el archivo definitivo de la actuación. En el primer caso, se inicia la etapa del juicio que tiene unas características especiales, tal y como lo veremos más adelante.

2.5.3. Confesión durante el proceso

Antes había una discusión sobre si esta podía o no hacerse sin la presencia del abogado defensor, o si tenía validez aun con la ausencia del apoderado. La Procuraduría había dado su concepto favorable teniendo como justificación que la presencia del profesional del derecho no es obligatoria en el proceso disciplinario, como lo es en el penal y también una parte de la doctrina decía que al no ser un proceso judicial se podía ser más flexible.

La ley anterior remitía en materia probatoria al procedimiento penal, Ley 600 de 2000, que traía en su artículo 280 los requisitos de la validez de confesión: uno de ellos era la asistencia del profesional del derecho.

Aunque por interpretación se pudiera insistir en que, si no era necesaria la defensa técnica en el proceso disciplinario, mal pudiera pensarse que la presencia de este sujeto procesal fuera esencial para la validez de la confesión del disciplinado en alguna de las etapas procesales.

De cualquier forma, nuevamente la Ley 1474 de 2011 recalcó cuales eran los medios de pruebas en el proceso disciplinario (¿era realmente necesario este artículo 50⁸⁶ que modificaba el 130 del CDU?) y allí enunciaban los medios probatorios e incluye la confesión, remitiendo de forma reiterada a la Ley 600 de 2000 para su práctica.

La nueva ley, aunque desde trámite legislativo se pavoneaba de que venía a dotar al procedimiento disciplinario de un régimen probatorio propio y autónomo, se limitó en la práctica a transcribir los requisitos para



la validez de la confesión, lo que antes se hacía por remisión al artículo 280 de la Ley 600 de 2000⁸⁷ y así el artículo 161 del Código General Disciplinario quedó materialmente con idéntico contenido así:

ARTÍCULO 161. Requisitos de la confesión. La confesión deberá reunir los siguientes requisitos:

- 1. Se hará ante la autoridad disciplinaria competente para fallar el proceso, para instruirlo o ante el comisionado o designado.**
- 2. La persona que confiesa deberá estar asistida por defensor.**
- 3. La persona debe ser informada sobre el derecho a no declarar contra sí misma y de las garantías consagradas por el artículo 33 de la Constitución Política.**
- 4. La confesión debe hacerse en forma consciente y libre.**

Lo único verdaderamente nuevo es la inclusión dentro del articulado de unos beneficios⁸⁸ por confesión, dependiendo del momento procesal en el que esta ocurra, en el entendido que entre más avance la actuación procesal más desgaste ha tenido el operador disciplinario, en tiempo, práctica pruebas y actuaciones y menos es el aporte que genera la admisión de responsabilidad por el disciplinado. Sin embargo, tendremos que esperar la aplicación para ver si resulta atractivo el incentivo de la tercera parte de reducción de la sanción y la práctica de su ocurrencia en presencia del apoderado.

El artículo 162 tiene como hipótesis la confesión en la etapa de investigación, lo que promueve el proceso a la etapa del juicio, sin embargo, hay que recordar que para que se tuviera como tal la misma debe darse con la presencia del defensor que no es obligatorio en esa instancia procesal.

Obviamente, en cualquier etapa, la admisión de participación o responsabilidad del investigado sin la presencia de su defensor no puede tenerse por confesión y carece de validez, por ausencia de uno de los requisitos de orden legal.

2.5.4. Evaluación e importancia de los alegatos precalificatorios

Luego de cumplida la etapa de investigación, por vencimiento del término o por haberse practicado las pruebas, se procede con el cierre de la



investigación a través de auto y se corre traslado a los sujetos procesales por el término de diez días para que presente alegatos precalificatorios.

Esta es una novedad formal en el Código General Disciplinario, sin embargo, anteriormente nada impedía que los sujetos hicieran sus alegatos además de recurrir al cierre, lo que normalmente se fundamentaba en la falta de práctica de pruebas solicitadas o decretadas oficiosamente. Hay que reconocer también que ello no siempre prosperaba pues el instructor comúnmente respondía que la falta de alguna prueba no impedía su práctica en el siguiente estadio procesal.

El cierre de esta etapa se convierte en una oportunidad por excelencia junto con la versión libre para el ejercicio del derecho defensa del investigado y, además, en caso de continuarse el proceso por la emisión del pliego de cargos, este deberá responder y referirse a los argumentos expresados en estos alegatos.

2.5.5. Juzgamiento disciplinario: varios aspectos sobre la audiencia orientada a hacer prevalecer el principio de oralidad

La inclusión de una etapa oral en el proceso disciplinario parece ser la manera en que el legislador encontró el camino del medio para superar la tensión creada entre los que proponían la transición al proceso oral y los que defendían la conveniencia del proceso escritural, aunque con uso de elementos tecnológicos.

El proceso actual tiene mucha similitud al anterior en el que, al darse cuenta el operador de que existían los requisitos para el pliego de cargos citaba a la audiencia y mutaba la actuación al procedimiento verbal.

La justificación de la oralidad de los procedimientos se hace con el entendido que la misma supone más rapidez en la actuación y decisiones, evitando mantener *sub judice* a los investigados y así promover una pronta administración de justicia.

Sin embargo, esto no es real por sí mismo porque conocemos que la agenda de los despachos en que se aplican las demás formas de justicia verbal demuestra que las audiencias se suspenden para seguirse luego de meses y hasta años, lo que trae como consecuencia una mayor demora en los procesos que querían acelerarse por esta vía.



Lo que sí requiere la oralidad, es primordialmente una alta preparación de los funcionarios en el manejo de la actuación, pero además un apoyo humano, logístico y tecnológico, que permita dar agilidad a la actuación. Todo esto se traduce en personal calificado, salas de audiencias, grabadoras, capacitación y un gran etcétera.

Por demás, esta deficiencia fue lo que llevó a aplazar la vigencia del Código General Disciplinario, por medio del Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1955 de 2019.

Aquí se hace patente una preocupación, si la propia Procuraduría General de Nación tiene inmensas deficiencias y necesidades de recursos para la implementación de oralidad, ¿qué puede decirse de las Oficinas de Control Interno Disciplinario de los distintos entes y niveles territoriales?

Los que sí están más preparados para la aplicación de la oralidad disciplinaria son los magistrados seccionales del consejo de la Judicatura por la gigantesca experiencia que les ha dado la aplicación de la Ley 1123 de 2009, pero aún ellos se verán congestionados por la ampliación de su competencia al aumentar los sujetos disciplinables, también crecerá el número de procesos para sustanciar y decidir.

La etapa del juicio comienza con una providencia que contiene prácticamente los mismos requisitos que exigía el pliego de cargos en la norma anterior⁸⁹

ARTÍCULO 223. Contenido del auto de citación a audiencia y formulación de cargos La decisión mediante la cual se cite a audiencia al disciplinado deberá contener:

- 1. La identificación del autor o autores de la falta.**
- 2. La denominación del cargo o la función desempeñada en la época de comisión de la conducta.**
- 3. La descripción y determinación de la conducta investigada, con indicación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realizó.**
- 4. Las normas presuntamente violadas y el concepto de la violación, concretando la modalidad específica de la conducta.**



- 5. El análisis de la ilicitud sustancial del comportamiento.**
- 6. El análisis de la culpabilidad.**
- 7. El análisis de las pruebas que fundamentan cada uno de los cargos formulados.**
- 8. La exposición fundada de los criterios tenidos en cuenta para determinar la gravedad o levedad de la falta, de conformidad con lo señalado en el artículo 47 de este Código.**
- 9. El análisis de los argumentos expuestos por los sujetos procesales.**

Sentencia C-328 de 2003.

Los términos del inicio de la audiencia, no antes de cinco días, ni después de quince desde la notificación del auto de citación a audiencia y pliego de cargos. Aquí también muestra una agilidad en el texto legal que tal vez no se traducirá en la realidad procesal, pues dependerá del número de procesos que tenga el despacho y de la razonabilidad de las audiencias programadas en las agendas de los operadores disciplinarios.

Las audiencias serán grabadas en video o audio, lo que antes se podía hacer por autorización de la utilización de medios técnicos⁹⁰, y se elaborará un acta sucinta; también la oralidad presupone que no se resolverá ninguna solicitud por fuera de audiencia, con el fin de enseñar a los profesionales del derecho y los investigados a que se abstengan de arrimar permanentemente memoriales y documentos a la actuación por fuera de oportunidad.

2.5.6. Celebración de la audiencia

La audiencia comienza con la Instalación de esta, la verificación de la asistencia del investigado y/o su apoderado, luego el funcionario competente hará una breve presentación de los hechos y los cargos formulados en el auto de citación.

Si asiste investigado con su defensor se le preguntará si acepta la responsabilidad imputada en el auto de citación a audiencia y formulación de cargos. La aceptación deberá contener los requisitos anteriormente



señalados y dará lugar a los beneficios que antes explicamos y que se encuentran en el artículo 162 del nuevo código.

Si el disciplinado asiste sin su apoderado y quiere al beneficio por confesión, se suspenderá la por el término de cinco (5) días para la designación de un abogado de oficio o para que el disciplinado asista con un defensor de confianza.

En caso de no proceder la confesión cuando se encuentre presente su apoderado, o de aceptarse en forma parcial, se le dará la palabra al investigado para que tenga la oportunidad de ejercer el derecho de rendir versión libre y presentar descargos, así como solicitar o aportar pruebas.

Posteriormente se le dará la misma oportunidad a su apoderado, al delegado del ministerio público y las víctimas para que puedan presentar solicitudes, invocar nulidades, solicitar o aportar pruebas. La autoridad se pronunciará sobre las solicitudes y la negativa de pruebas tendrá recurso de apelación que debería interponerse y sustentarse en la misma diligencia.

El término de la práctica de pruebas será hasta de veinte (20) días prorrogables por una sola vez hasta por el mismo lapso y excepcionalmente podrá comisionarse la práctica de pruebas, ello para privilegiar la práctica y apreciación directa por la autoridad en orden del principio de inmediatez.

Hay una norma que prevé a renuencia de asistir del investigado y su defensor, permitiendo la continuidad con uno de los dos, y permite con la presencia solamente del investigado y contando con su anuencia.

La inasistencia de los sujetos procesales distintos al disciplinado o su defensor no suspende el trámite de la audiencia. También prevé la norma la continuidad de la audiencia con ausencia injustificada de estos dos sujetos. El inconveniente procesal se dará cuando la justificación llegue posterior a la celebración de la audiencia, y la ley dice que asumirá el proceso en el estado en que se encuentre, lo que no sería justo en el caso de ausencia justificada, pues se igualaría en efectos a la injustificada. Creemos que en la primera deberá rehacerse lo actuado.

Todas estas reglas también se aplican a la sustitución de apoderados y están diseñadas para evitar la dilación de la actuación por parte del investigado o su defensor.



La norma disciplinaria nueva también prevé la posibilidad de la variación del pliego de cargos y para no afectar el derecho de defensa, consagra una suspensión y posibilidad de realizar descargos.

Finalizadas las pruebas practicadas en esta etapa, se ordenará la suspensión de la audiencia por el término de cinco (5) días para que los sujetos procesales presenten sus alegatos previos a la decisión.

En la audiencia se les dará el uso de la palabra para alegaciones y posteriormente se emitirá fallo cinco días después.

Curiosamente, el fallo se hace de forma escrita, aunque se lea en audiencia y su notificación se haga en estrados. Con ello se supera toda la discusión referente a la ejecutoria de los fallos y que se relacionaban con la prescripción de la acción disciplinaria. El recurso contra el fallo debe interponerse en la misma audiencia y si no se recurre, quedará ejecutoriada al finalizar la misma, sin embargo, se podrá sustentar en la misma audiencia o dentro de los cinco días siguientes.

Ap

Actividades pedagógicas Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:

1. ¿Qué significa realmente que la investigación disciplinaria sea integral?
2. ¿Quiénes podrían ser nuevos sujetos disciplinables
3. Explique brevemente el proceso unificado y su relación con el principio de congruencia procesal.
4. Construya un caso en el que se puedan identificar con facilidad las etapas del proceso disciplinario.
5. Elabore un listado de algunas de las vicisitudes que usted considere más importantes sobre los alegatos precalificatorios
6. Identifique la correlación entre la impugnación de un fallo sancionatorio en materia disciplinaria y el derecho a la segunda instancia.



1. LUIS, juez promiscuo del municipio de Sumapaz, tiene una relación sentimental con CARLA, quien trabajaba en el mismo juzgado que LUIS.

LUIS se entera que CARLA le es infiel con su compañero de trabajo DANIEL quien desempeña el cargo de sustanciador. Al enterarse LUIS de la relación entre CARLA y DANIEL, se descontrola por la furia que le produce dicho suceso y su forma de reaccionar es golpeando a su compañero DANIEL y a su compañera sentimental CARLA dentro de las instalaciones del juzgado. Adicionalmente acomete contra los bienes del establecimiento, generando daños a la infraestructura del lugar.

Ae

Por los hechos narrados, se le abre investigación disciplinaria a LUIS, en la cual suceden varias situaciones:

1. No se realiza indagación previa, pues se deduce la plena identificación del sujeto disciplinable sin tener soporte probatorio.
2. LUIS no es debidamente notificado sobre el proceso.
3. LUIS rinde versión libre sin presencia de su apoderado.
4. No se le corre traslado a LUIS de las pruebas decretadas y practicadas de oficio, por parte del operador disciplinario.
5. En consecuencia, se dicta fallo sancionador debidamente ejecutoriado.

¿Cuál de estas situaciones son merecedoras de declaración de nulidad de pleno derecho?

¿El operador a cargo del proceso es merecedor de un proceso disciplinario o penal?



- Sentencia C 242 de 2010, Corte Constitucional.

Alude a la oralidad como principio constitucional del proceso judicial en Colombia.

- Sentencia T-455/16 Corte Constitucional. La congruencia de la sentencia y los parámetros para que no haya vicios por dicha característica.

- Sentencia 00296 de 2018, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección A, Consejero Ponente: Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ, Bogotá,

J

D. C., ocho (08) de febrero de dos mil dieciocho (2018), Rad. No.: 110010325000201300296 00 (0644-2013): Se expone por parte del Consejo de Estado que la congruencia en materia disciplinaria se debe reflejar en la sentencia, el fallo sancionador, con el pliego de cargos, dando aplicación extensiva, también se debe observar a lo largo de las etapas procesales.

- Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. William Hernández Gómez, Sentencia del 10 de noviembre de 2016 . Expediente 11001-03-25-000-2011-00651-00(2542-11).

Actor: Beatriz Alicia Noguera Pardey. Demandado: Procuraduría General de la Nación:

Demuestra que la congruencia es un eje central para garantizar el derecho del debido proceso y de defensa.

- Sentencia T-127 -2008 MP Rodrigo Escobar.

En esta sentencia se indica que al no respetarse el principio de congruencia se puede derivar en vías de hecho judicial.

-Sentencia C-036 de 2003. Corte



UNIDAD 3

3. DOGMÁTICA DISCIPLINARIA

| | |
|----|--|
| Og | <p>Objetivo específicos de la unidad:</p> <p>El estudio de las categorías dogmáticas se estructura como la base del manejo y desarrollo de muchos aspectos del mundo jurídico en general.</p> <p>Lo pretendido en esta unidad es mostrar un panorama general de los cambios más importantes que trajo consigo la nueva Ley 1952 de 2019 y una comparación con cuestiones del régimen anterior, que hoy por hoy se encuentra vigente.</p> |
| Oe | <p>Objetivos específicos de la unidad:</p> <p>Teniendo en cuenta los temas aquí tratados, los lectores y lectoras concluirán los siguientes puntos:</p> <ol style="list-style-type: none">1. El juicio de adecuación típica debe ser observado con base toda la evidencia recaudada, ya que es el primer paso para poder concluir si sancionar o no hacerlo.2. La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario contiene importantes diferencias respecto de la antijuridicidad en materia penal.3. La culpabilidad disciplinaria merece un análisis detenido respecto de cada acción u omisión que pueda conllevar a una posible sanción.4. La tipicidad y la antijuridicidad se encuentran inescindiblemente unidad en el Derecho Disciplinario.5. El lugar del proceso disciplinario en el que se tratan el dolo y la culpa. |



Oe

6. Las semejanzas y diferencias en cuanto a las faltas y sanciones disciplinarias frente al régimen del Código Disciplinario Único (Ley 734 de 2002).
7. Los posibles escenarios de retroactividad y ultraactividad durante el tránsito legislativo.
8. La importancia del tratamiento dogmático disciplinario de las consecuencias jurídicas de incurrir en una falta disciplinaria.

MAPA CONCEPTUAL UNIDAD 3



3.1. TIPICIDAD EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

El derecho disciplinario, por su carácter sancionador, ha sido reconocido como una disciplina con fuertes influencias por parte del derecho público, pero también respecto del derecho penal. Ahora bien, la tipicidad como categoría dogmática del derecho disciplinario encuentra uno de sus principales fundamentos en el principio de legalidad, lo cual implica que nadie podrá ser juzgado sino por un delito, falta o infracción previamente contenida en el ordenamiento jurídico.

El principio de legalidad surge como consecuencia de la incertidumbre e inseguridad jurídica a la que estaban sometidas las personas durante la Edad Media. La interpretación de las normas y el ejercicio del *ius puniendo* dependían, en gran medida, de factores como las buenas o malas relaciones Estado-Iglesia, las inclinaciones filosóficas y políticas de quienes ostentaban los máximos poderes en un determinado momento, el fortalecimiento y/o surgimiento de nuevas clases sociales, entre otras circunstancias que propiciaban cambios jurídicos y sociales que no siempre eran los más convenientes.

Hoy por hoy, el panorama es muy diferente pues en la mayoría de estados se propende por la defensa de este principio, al menos desde el punto de vista teórico, pues en lo que respecta la práctica hay muchos escenarios en los que dicha máxima se ve vulnerada y trasgredida diariamente.

En nuestro caso, Colombia se estatuyó como un Estado Social y Democrático de Derecho desde la Constitución Política de 1991, de lo cual hace parte el principio de legalidad. Al respecto, la Carta, en su calidad de norma de normas al interior del ordenamiento jurídico colombiano, establece lo siguiente:

Artículo 29º. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

(...)



Ahora bien, concretamente en materia disciplinaria, el artículo 4.^º de la Ley 734 de 2002 (Código Único Disciplinario) indica lo siguiente:

Artículo 4.^º Legalidad. El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización.

Por su parte, la nueva Ley 1952 de 2019 (Código General Disciplinario), que derogó el Código Disciplinario de 2002 y entrará a regir a partir del 1 de julio de 2021⁹¹, determinó que:

Artículo 4.^º Legalidad. Los destinatarios de este código solo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización. La preexistencia también se predica de las normas complementarias.

La labor de adecuación típica se someterá a la aplicación de los principios de especialidad y subsidiariedad.

Conforme con lo anterior, si bien es cierto que no hubo cambios sustanciales frente a la preexistencia de la ley como requisito para investigar y sancionar disciplinariamente a los sujetos, la nueva reglamentación amplió el concepto de legalidad, extendiendo el requisito anterior a las leyes que sean complementarias en un caso concreto determinado. En sentido similar, el nuevo código también complementó la disposición vigente, especificando que la tarea de la adecuación típica de los comportamientos, faltas y sanciones se hará con base en los principios de especialidad y subsidiariedad.

Es acertado concluir entonces que el nuevo Código General amplió el esquema de interpretación y aplicación del principio de legalidad, sometiendo la determinación de responsabilidad disciplinaria no solo la vigencia de la falta y/o sanción atribuible en cada caso concreto, sino también armonizando lo que el operador jurídico está acostumbrado a hacer con la aplicación de otros criterios adicionales que permitan asegurar, en la mayor medida de lo posible, las garantías de los disciplinados.

Si bien es imposible hacer a un lado la relación que existe entre derecho disciplinario y penal, autores como Gómez Pavajeau han establecido,



a grandes rasgos, diferencias entre una y otra rama del derecho, enunciando que

[...] el Derecho Penal tiene como referencia la conducta en interferencia subjetiva de derechos - bienes jurídicos - de sujetos sin calificación especial o de sujeto activo indeterminado - por norma general -, mientras que el Derecho Disciplinario se contrae a conductas oficiales, esto es, comportamientos de sujetos calificados - servidores públicos o particulares que ejercen funciones públicas - en interferencia subjetiva-deberes estatales, por norma general y sin excepciones, sometidos a una relación especial de sujeción⁹².

Acorde con lo anterior, queda claro que el ámbito de aplicación del derecho disciplinario es más restringido en comparación con el del derecho penal, no obstante, las interpretaciones y desarrollos respecto al principio de tipicidad se han servido de una y otra materia en la práctica jurídica.

En concreto sobre los regímenes disciplinarios, el mismo autor señaló lo siguiente:

Tanto en la Ley 200 de 1995, como en la Ley 734 de 2002, se determinó que será falta disciplinaria la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en la ley disciplinaria que conlleve incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad consagradas en la Ley [...]⁹³.

Resulta claro entonces que, para ser responsable disciplinariamente, se debe incurrir en alguna de las prohibiciones consagradas como falta en el Código, pero, además, el servidor público debe encontrarse ejerciendo una función pública en el momento de la transgresión de sus deberes.

La determinación de responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos por el incumplimiento de sus deberes se ha enmarcado dentro de varios aspectos de nuestro ordenamiento jurídico, a saber, cumplir y hacer cumplir los mandatos constitucionales y legales, los tratados sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, los decretos, las or-



denanzas, los acuerdos, las decisiones judiciales e incluso los contratos. Es decir, estos aspectos han sido la base de la estructuración de la responsabilidad disciplinaria, de la determinación de las faltas y su respectiva consagración en las leyes de materia disciplinaria. Al respecto, estudios publicados por el Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario determinaron que:

[...] el legislador en el trámite legislativo de aprobación de la Ley 734 de 2002, precisó que unos de los aspectos fundamentales para la determinación de la responsabilidad disciplinaria y su correspondiente sanción es el correspondiente a la lesividad, adoptado éste como un principio en materia disciplinaria referido frente a la función pública entendida ésta como el único bien jurídico tutelado cuya lesión o puesta en peligro amerita un reproche disciplinario, por lo que, el quebrantamiento de la norma solo merecerá tal reproche en la medida en que la ley – concebida para preservar la función pública – haya sido infringida y con ello efectivamente se vulnere o se ponga en peligro la función pública como tal⁹⁴.

Como regla general se entiende que los servidores públicos deben soportar mayores cargas que los particulares y que cuentan con un marco de responsabilidad más estricto. Esto es así, en virtud de que el correcto ejercicio de la función pública es fundamental para materializar aspectos como una adecuada impartición de justicia, la buena articulación de la administración pública y la legalidad de los acuerdos y mandatos que se producen en todos los niveles decisorios del país.

Conforme con lo anterior, está claro que los servidores públicos deben ser un ejemplo para la sociedad y tiene que ser idóneos en el ejercicio de sus funciones. Por ello, es muy importante la determinación de sus funciones y responsabilidades, de manera que conozca las implicaciones de ambos asuntos.

La tipicidad en el derecho disciplinario también ha sido objeto de estudio por parte de la jurisprudencia constitucional⁹⁵, y ha dicho lo siguiente:

“Las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones abstractas de comportamientos que, sean o no delitos, enturbian, en-



torpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas (...).

(...) por lo que atañe al campo disciplinario aplicable al servidor público - como también ocurre en el penal - se es responsable tanto por actuar de una manera no querida por el legislador (conducta positiva) como por dejar de hacer algo que debería hacerse según los mandatos de la ley (conducta negativa u omisión), siempre y cuando se establezca la culpabilidad del sujeto.

La aludida responsabilidad guarda relación con la existencia de límites a toda función pública, los cuales están orientados por el postulado de su previa determinación y son propios del Estado de Derecho, toda vez que él implica el sometimiento de los particulares y de los servidores públicos a unas reglas generales y abstractas que impidan su comportamiento arbitrario. De allí que no haya empleo público que no tenga funciones detalladas en la Constitución, la ley o el reglamento (art. 122 C.N.)".

La Corte Constitucional⁹⁶ también ha indicado que: "[...] Ahora bien, uno de los principios esenciales en materia sancionatoria es el de la tipicidad, según el cual las faltas disciplinarias no solo deben estar descritas en norma previa, sino que además, la sanción debe estar predeterminada".

De esta manera, resulta claro que la tipicidad se predica tanto de la conducta contraria a derecho, como de la sanción que conlleve la misma. Sobre el particular, el Consejo Superior de la Judicatura ha señalado lo siguiente:

Se dice que una falta es típica cuando la acción corresponde perfectamente con el tipo disciplinario plasmado en la norma, describiendo esta una conducta quede realizarse u omitirse en algunos casos, infringiría o amenazaría un deber plasmado dentro del catálogo considerado como estatuto del abogado, siendo consecuentemente coherente la imposición de una sanción determinada por el legislador.

(...)



La tipicidad de la conducta representa un corolario del principio de legalidad, aplicable a las distintas modalidades del derecho sancionador del Estado. El mismo establece la necesidad de fijar de antemano y de forma clara y expresa, las conductas susceptibles de reproche judicial y las consecuencias negativas que generan, con el fin de reducir la discrecionalidad de las autoridades públicas al momento de ejercer sus facultades punitivas⁹⁷.

Es así como el principio de tipicidad se erige como uno de los principios y garantías fundamentales de un Estado Social y Democrático de Derecho, pues es necesario que las personas conozcan el deber ser y las conductas y omisiones contrarias al mismo, siendo esto último el primer peldaño para entrar a analizar la responsabilidad de los servidores públicos.

3.2. ILICITUD SUSTANCIAL DE LA ACCIÓN U OMISIÓN DEL SERVIDOR PÚBLICO

La contrariedad entre lo que es y lo que debe ser es uno de los motivos por los cuales los individuos pueden responder ante la justicia, sobre todo cuando se afectan ciertos derechos y bienes jurídicos de otras personas e, incluso, del mismo Estado. Así, no basta con que exista una simple contradicción, sino que es necesario verificar si tal contradicción conlleva ciertas lesiones que merecen ser reprochadas por el ordenamiento jurídico, todo ello dentro de unos parámetros y límites preestablecidos.

Sobre el límite de responsabilidad, la Constitución Política dispone lo siguiente:

“Artículo 6º. 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”.

Ahora bien, para que efectivamente se configure la responsabilidad de un servidor público, no basta con que exista una infracción a los deberes o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, ya que hay una suerte de ingredientes subjetivos que deben analizarse para culpar o exculpar.

En el derecho disciplinario, a diferencia del derecho penal, el juicio de antijuridicidad versa sobre el eje esencial del Estado, a saber, el correcto ejercicio de la función pública. Es por esto por lo que a pesar de que la



conducta de un funcionario pueda enmarcarse en la descripción de los verbos rectores de las normas disciplinarias, no habrá consecuencia jurídica o sanción disciplinaria si no se encuentran efectivamente vulnerados los principios de la función pública.

Toda vez que el derecho penal lo que protege son bienes jurídicos tutelados por el Estado, es la relevancia de estos bienes jurídicos la que permite que cualquier lesión o puesta en peligro de estos conlleve a que se hable de la antijuridicidad material (propia del derecho penal) y que se reproche la actuación. Por el contrario, en el derecho disciplinario lo que se busca es sancionar los menoscabos a la función pública siempre y cuando el buen funcionamiento de la administración pública se vea obstruido por una acción u omisión de un servidor público.

El ilícito disciplinario hace hincapié en la determinación de si la acción u omisión del servidor público comporta incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de funciones, incursión en prohibiciones o violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o impedimentos. Tal y como lo ha referido el profesor Esiquio Sánchez, “el concepto de ilicitud sustancial es un concepto propio del derecho disciplinario e implica que la infracción del deber haya supuesto el quebrantamiento de la norma subjetiva de determinación. Hay ilicitud sustancial cuando el servidor públicose aparta del cumplimiento de aquellas obligaciones que devienen de la función que se cumple”⁹⁸.

De esta manera, es necesario que además de una trasgresión formal del deber se produzca un quebrantamiento del deber funcional de forma sustancial. Lo anterior justifica el hecho de que no cualquier infracción constituye falta disciplinaria, pues es indispensable la afectación de la correcta función pública, de sus bases y sus principios fundamentales.

Gómez Pavajeau ha indicado que “[...] para entender sustancialmente quebrantado el deber se requiere que la conducta enjuiciada haya desconocido no solo el ropaje jurídico del deber, sino también la razón de ser que este tiene en un Estado social y democrático de derecho”⁹⁹, es decir, debe estructurarse una afectación a la administración pública que efectivamente lesione o viole la función pública.

La Corte Constitucional ha indicado que “el concepto de ilicitud sustancial de la falta disciplinaria concuerda con el criterio de afectación del



deber funcional, antes explicado. Esto quiere decir que, desde la perspectiva constitucional, solamente podrán ser clasificadas como faltas disciplinarias aquellas conductas u omisiones que interfieran en el adecuado ejercicio de la función asignada por el ordenamiento jurídico al servidor público respectivo”¹⁰⁰.

La jurisprudencia de la Alta Corporación¹⁰⁰ también ha decantado lo siguiente:

[...] las conductas que pertenecen al ámbito del derecho disciplinario, en general, son aquellas que comportan quebrantamiento del deber funcional por parte del servidor público. En cuanto al contenido del deber funcional, la jurisprudencia ha señalado que se encuentra integrado por (i) el cumplimiento estricto de las funciones propias del cargo, (ii) la obligación de actuar acorde a la Constitución y a la ley; (iii) garantizando una adecuada representación del Estado en el cumplimiento de los deberes funcionales. Se infringe el deber funcional si se incurre en comportamiento capaz de afectar la función pública en cualquiera de esas dimensiones. El incumplimiento al deber funcional es lo que configura la ilicitud sustancial que circunscribe la libertad configurativa del legislador, al momento de definir las faltas disciplinarias.

Autores como Pinzón Navarrete también se han referido a la ilicitud sustancial en materia disciplinaria de una manera más simple y didáctica, pues asevera que “para responder si una conducta típica disciplinaria es ilícita o si no lo es, bastaría con verificar si dicho comportamiento está o no permitido legalmente, de donde se podría concluir que la ilicitud únicamente se circunscribiría a si se actuó con justificación o no”¹⁰¹.

Sin embargo, la anterior afirmación resulta un poco ambigua, ya que el mismo autor manifiesta que el concepto de ilicitud sustancial cobija otras vicisitudes a tener cuenta y que “según la doctrina y jurisprudencia especializadas en el campo del derecho disciplinario, la ilicitud ha sido entendida como aquella conducta típica que es contraria a derecho (antijurídica), para lo cual se necesita comprobar del comportamiento típico lo siguiente: que se afecte el deber funcional y que ello haya tenido lugar sin justificación alguna”¹⁰².



La infracción disciplinaria siempre presupone la existencia de un deber, no obstante, resulta menester poner de presente qué es lo que se busca salvaguardar con la imposición de sanciones a los servidores públicos por el quebrantamiento de sus deberes. Es decir, si bien resulta claro que el fin fundamental a proteger es la función pública, es necesario determinar, por lo menos a grandes rasgos, el contenido de esta.

De acuerdo con el artículo 209 de la Constitución Política, “la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”.

Ahora bien, de forma más precisa, el artículo 14 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo señala los principios que debentenerse en cuenta en el desarrollo de la función pública, acogidos también por la Ley 80 de 1993. Dicho artículo consagra, entre otras cosas, lo siguiente: “las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad”.

Función pública es, entonces, la actividad que realiza el Estado a través de sus servidores públicos, con el fin de materializar los fines esenciales del mismo y con base en los principios referidos con anterioridad. Son las trasgresiones producidas al interior de este concepto las que pretende sancionar el derecho disciplinario.

La jurisprudencia constitucional¹⁰³ también ha sido enfática en señalar lo siguiente:

Bajo esta misma línea argumentativa, la sentencia en comento aclara que la antijuridicidad del ilícito disciplinario se concentra en la mencionada infracción del deber funcional. En otras palabras, solo podrá adscribirse responsabilidad disciplinaria al servidor público cuando se demuestre, de manera fehaciente, que la acción u omisión afectó el ejercicio de las funciones asignadas por la Constitución y la ley. De allí que se concluya, de manera general, que las faltas disciplinarias no tengan víctimas, consideradas como sujetos particulares y concretos, en tanto la antijuridicidad



en el derecho disciplinario no se predica de bienes jurídicos de los cuales estos sean titulares, sino de la actividad estatal afectada por la falta respectiva.

Siendo así, si bien no se estudian afectaciones concretas a bienes jurídicos en el análisis del ilícito disciplinario, el hecho de que se presente un error en el correcto ejercicio de la función pública y de la administración pública, perjudica, por lo menos indirectamente, a los ciudadanos en general.

Ahora bien, cuando se habla de temas de ilicitud sustancial, no es posible olvidarnos del concepto de *lesión*, entendido como la afectación concreta que se produce por causa de la infracción de un servidor público. Sobre el particular, el Consejo Superior de la Judicatura ha detallado lo siguiente:

Obviamente que ilicitud es una acepción vinculada en forma directa al principio de lesividad, naturalmente cuando se refiere a la consagración expresa de ese principio en punto específico del deber profesional y la sujeción que al mismo deben los abogados en ejercicio de la profesión, como único bien jurídico cuya lesión o puesta en peligro es susceptible de reproche disciplinario.

Quiere decir que este principio de lesividad viene dado como una garantía adicional en favor del sujeto disciplinable, perfectamente diferenciable del principio de lesividad o su equivalente en materia penal como la antijuridicidad material, (...) de donde deviene afirmar que la imputación disciplinaria no precisa de un bien jurídico, entendida tal vulneración como causación de un daño concreto o la producción de un resultado materialmente antijurídico.

Lo anterior, porque no sería afortunado desconocer que el injusto disciplinario se identifica de mejor forma con la norma subjetiva de determinación -diferente al penal que se estructura sobre normas objetivas de valoración-, ya que justamente el derecho disciplinario apunta hacia el establecimiento de directrices o modelos de conducta por vías de la consagración de deberes, cuyo reconocimiento comporta la comisión de falta disciplinaria¹⁰⁴.

Es así que la jurisprudencia disciplinaria ha tratado de zanjar las diferencias y dificultades *ad portas* del análisis de ilicitud sustancial frente al de



antijuridicidad propio del derecho penal, pues si bien en ambos casos se estudia el concepto de lesión, el espectro de aplicación de dicho concepto varía en una y otra rama.

Sobre el detrimento de la función pública, el Consejo Superior de la Judicatura estatuyó lo siguiente:

[...] el juez disciplinario no sólo tendrá que verificar la debida adecuación de la conducta en el tipo disciplinario, establecer que no concurre causal de justificación o ausencia de responsabilidad y que el comportamiento proviene de conducta culposa o dolosa del agente, sino que además deberá establecer con grado de certeza que dicho comportamiento afectó en forma real el deber funcional, esto es, la forma en que la conducta del funcionario -afecta siempre a unos deberes generales y específicos- interacciona con la función pública para el cumplimiento de los fines de dicha función, de forma tal que la distorsión, interrupción, desvío, perversión de tales fines es lo que constituye el objeto de reproche y, por lo mismo, mientras ello no ocurra no puede considerarse la conducta como antijurídica y, por consecuencia necesaria, no puede ser sancionada¹⁰⁵.

De esta manera, queda claro que es la función pública lo que se pretende proteger por parte del derecho disciplinario, la cual debe verse efectivamente vulnerada para que sea procedente la imposición de una sanción como consecuencia a la trasgresión de un deber legal por parte de un servidor público. Así es entonces que se estructura el elemento de la ilicitud sustancial en la materia que nos ocupa.

3.3. CULPABILIDAD DISCIPLINARIA

La culpabilidad hace referencia al juicio de imputación personal que se realiza una vez se determina que la acción u omisión de un sujeto es típica y antijurídica o ilícita sustancialmente. Concretamente, “la culpabilidad disciplinaria se hace recaer, por una parte, en el juicio de reproche que se presenta por la exigibilidad de comportamiento diverso en que podía y debía actuar el agente y, por otra, en la accesibilidad normativa que el disciplinario tenía al momento de cometer el hecho o la posibilidad de conocer la prohibición, y en el dolo y la culpa”¹⁰⁶.



El artículo 13 de la Ley 734 de 2002 dispone lo siguiente:

“Artículo 13. En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa”.

Ahora bien, el nuevo Código General Disciplinario (Ley 1952 de 2019) no varió ni adicionó mucho en lo que atañe a la materia, pues el asunto quedó consagrado de la siguiente manera:

“Artículo 10. En materia disciplinaria solo se podrá imponer sanción por conductas realizadas con culpabilidad. Las conductas sólo son sancionables a título de dolo o culpa. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.

El análisis de la culpabilidad debe tener en cuenta, principalmente, los siguientes supuestos: i) la capacidad de un determinado servidor público para ejercer un cargo o función pública – imputabilidad; ii) su conocimiento frente a la prohibición y respecto al grado en que actúa contra esa prohibición – conciencia de la antijuridicidad; iii) el entendimiento de los hechos que se realizan – conciencia de la realización de los hechos.

Ahora, respecto al conocimiento de la antijuridicidad, es menester anotar que este puede ser actual, potencial o eventual. El actual se refiere al conocimiento del servidor público en un momento preciso sobre la falta en la que incurre; el potencial alude a la posibilidad que tenía el mismo de conocer o de actualizar su conocimiento cuando se comete la infracción, y el eventual, que indica una suerte de dolo eventual, en el sentido de dejar al azar la producción de un resultado con base en la cantidad de conocimiento disponible en cierto momento.

Sobre el particular, la Corte Constitucional¹⁰⁷ ha establecido lo siguiente:

[...] en nuestro sistema jurídico ha sido proscrita la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, la culpabilidad es “Supuesto ineludible y necesario de la responsabilidad y de la imposición de la pena lo que significa que la actividad punitiva del estado tiene lugar tan sólo sobre la base de la responsabilidad subjetiva de aquellos sobre quienes recaiga”. Principio constitucional que recoge el artículo 14 del C.D.U. acusado, al disponer que “en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva y



las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa". Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación al señalar que "el hecho de que el Código establezca que las faltas disciplinarias solo son sancionables a título de dolo o culpa, implica que los servidores públicos solamente pueden ser sancionados disciplinariamente luego de que se haya desarrollado el correspondiente proceso - con las garantías propias del derecho disciplinario y, en general, del debido proceso -, y que dentro de éste se haya establecido la responsabilidad del disciplinado.

Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción de unos deberes, para que se configure violación por su incumplimiento, el servidor público infractor solo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no solo para las conductas de carácter delictivo sino también en las demás expresiones del derecho sancionatorio, entre ellas, el derecho disciplinario de los servidores públicos toda vez que "el derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios de derecho penal se aplican *mutatis mutandi* en este campo pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado"¹⁰⁸.

Resulta imposible afirmar entonces que el derecho disciplinario es una rama del derecho completamente independiente, pese a lo que ya hemos hablado de la autonomía del derecho disciplinario, pues además de lo referido en el anterior pronunciamiento, es evidente que existen múltiples asuntos de otras disciplinas que alimentan la que nos ocupa y, de forma concreta, la culpabilidad es una teoría cuyos desarrollos por parte del derecho penal han sido fundamentales para la estructuración de la misma a la hora de imponer sanciones disciplinarias a servidores públicos.

El Consejo de Estado ha indicado sobre la culpabilidad disciplinaria lo siguiente:

El traslado del principio de culpabilidad del derecho penal a la actuación administrativa supone *per se* que no puede endilgarse responsabilidad alguna sin haberse corroborado el comporta-



miento culposo del servidor público, es decir sin haber realizado un juicio de valor respecto del deber que este se encuentra apremiado a cumplir y la conducta efectivamente realizada, trasgresora del ordenamiento disciplinario.

(...)

En este ámbito la aplicación del principio de culpabilidad conlleva al estudio de las denominadas causales de exoneración de responsabilidad, es decir que en análisis de este principio no solo basta determinar la conducta realizada por el servidor público y el hecho generado por la determinada actuación a la luz de la norma disciplinaria, sino además de ello, establecer que el actor actuó de forma libre en plenas circunstancias de normalidad¹⁰⁹.

3.4. EL ERROR, EL DOLO Y LAS CLASES DE CULPA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO

Por otra parte, en lo que respecta al error, este ha sido entendido como un vicio de la voluntad cuyas acepciones más comunes son ignorancia de algo, concepto equivocado, falsa representación de la realidad, entre otras. El estudio de la teoría del error es importante en este punto, ya que en virtud de esto es que una persona puede no resultar culpable por una infracción.

Son dos tipos de errores los que se consideran en materia disciplinaria, a saber, el error de hecho y el error de derecho. Los errores de hecho o de derecho invencibles excluyen la responsabilidad. Sobre el error vencible, cuando es de derecho, en principio el servidor público responde, sin embargo, cuando es de hecho responde a título de culpa, siempre que la falta admita modalidad culposa.

Estas teorías no debieran tener variaciones sustanciales con la expedición del nuevo régimen disciplinario, de manera que su aplicación continuaría sujeta a las reglas ya decantadas por el derecho disciplinario sobre el conocimiento de los hechos, pero el cambio puede ser más que formal, tal como explicaremos al analizar las normas del nuevo código.

Ahora bien, el dolo en materia disciplinaria se encuentra integrado por los siguientes elementos: i) conocimiento de los hechos; ii) conciencia de la antijuridicidad; iii) voluntad de cometer la infracción, y iv) representación del



resultado. No obstante, lo anterior, tanto la doctrina como la jurisprudencia han entendido que los últimos dos elementos referidos son accidentales, en el sentido de que, si están presentes, con mayor razón se atribuiría la incursión en una falta a título de dolo, pero que, si no están, los dos primeros elementos esbozados son suficientes para endilgar responsabilidad.

La definición de dolo en el nuevo código trata de evitar los cambios de contenido que ha traído la jurisprudencia y la doctrina, y hasta las remisiones a contenidos de carácter penal.

La nueva norma toma partido conceptual y define el dolo así:

“ARTÍCULO 28. DOLO. La conducta es dolosa cuando el sujeto disciplinable conoce los hechos constitutivos de falta disciplinaria, su ilicitud y quiere su realización”.

Sin embargo, creemos fue más allá de los contenidos penales que define el dolo en el Código Penal¹¹⁰:

“ARTÍCULO 22. DOLO. La conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización. También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar”.

De la comparación del articulado transcrita encontramos que irónicamente es más exigente el derecho disciplinario que el derecho penal, lo que es absurdo cuando el derecho penal es última ratio, es decir, que es el último recurso a utilizarse cuando falte otro menos lesivo, es una limitación del poder punitivo y sancionador del Estado y se concreta que la intervención del Derecho Penal en la vida social de los ciudadanos debe reducirse al mínimo de intromisión posible. Recordemos que todo lo que no está prohibido, está permitido, con base en todo el principio de libertad que tiene el Estado de Derecho y por el principio de subsidiariedad del Derecho Penal ha de ser la última ratio.

Como vimos en este trabajo, la ausencia de ilicitud sustancial conlleva a que no se configure la responsabilidad disciplinaria, como quiera que la transgresión debe ir más allá del quebrantamiento formal del deber funcional, este elemento se debería estudiar en sede de tipicidad al momento de imputar la existencia de la falta para reprocharla al funcionario.



Sin embargo, advertimos que la inclusión del conocimiento sobre la ilicitud en la culpabilidad introduce una enorme dificultad para el Estado, y es que se tenga la pasividad demostrativa de ello, comoquiera que se trata de un conocimiento del investigado y este ocurre en su fuero interno y muchas veces no hay actos o expresiones que puedan mostrar dicho conocimiento.

Pero también la definición “súper penalizada” que se incorporó en el nuevo texto legal, va a obligar a un mayor esfuerzo probatorio de los investigadores porque no será suficiente demostrar que el investigado conocía sus deberes y prohibiciones y aun así hizo la conducta con lo que demostraba quería hacerlo, sino que efectiva y materialmente tendrán que demostrar probatoriamente que el investigado “quería la realización”. Como vemos es un concepto estrictamente penal.

En cuanto a la culpa el nuevo Código General Disciplinario señala:

ARTÍCULO 29. CULPA. La conducta es culposa cuando el sujeto disciplinable incurre en los hechos constitutivos de falta disciplinaria, por la infracción al deber objetivo de cuidado funcionalmente exigible y cuando el sujeto disciplinable debió haberla previsto por ser previsible o habiéndola previsto confió en poder evitarla.

La culpa sancionable podrá ser gravísima o grave. La culpa leve no será sancionable en materia disciplinaria.

Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

PARÁGRAFO. Las faltas señaladas en el artículo 65 de este Código podrán ser sancionadas a título de culpa, siempre y cuando la modalidad del comportamiento así lo permita¹¹¹.

Frente a la culpa gravísima, la legislación disciplinaria ha entendido que un servidor público incurre en la misma cuando comete una falta por ig-



norancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento.

Como muchos autores, Esiquio Sánchez asevera que “la culpa disciplinaria presupone la infracción al deber objetivo de cuidado, esto es, existe un parámetro normativizado que impone el estándar de actuación normal por parte de los servidores públicos”¹¹².

Por su parte, la culpa grave alude a un grado de infracción por parte del servidor público un poco más alto, pues lo importante en este caso es analizar si el mismo inobservó un deber de cuidado necesario que cualquier persona del común tiene en cuenta a la hora de actuar.

Ahora, la culpa leve, entendida como un descuido ligero, no es punible en derecho disciplinario de manera que la culpabilidad en la materia en cuestión se circumscribe, como ya se sabe, al dolo, la culpa gravísima y la culpa grave.

Es menester concluir que frente al dolo y las clases de culpa en el derecho disciplinario, el nuevo Código General Disciplinario modifica la forma en que se han venido entendiendo y configurando dichos conceptos por parte de los operadores jurídicos y hasta lo hace de forma taxativa al definir conceptos, y lo único que se puede esperar es que luego de la entrada en vigencia se generen nuevas interpretaciones jurisprudenciales que den forma y precisen los alcances conceptuales de la nueva ley, pero desde ya se advierte la dificultad y polémica.

3.5. FALTAS DISCIPLINARIAS: GENERALIDADES Y NOVEDADES

Desde la expedición de la Ley 734 de 2002, se puede hablar de una verdadera parte especial al interior de dicho código, específicamente gracias a su artículo 48 sobre faltas gravísimas. Ahora, puede observarse que la nueva codificación (Ley 1952 de 2019) inicia con su parte especial también desde la tipificación de las faltas gravísimas, solo que el artículo pasa a ser el 52. Dicha diferencia no afecta sustancialmente el libro especial del código; no obstante, pudo deberse, entre otras cosas, a la inclusión taxativa de ciertos presupuestos del derecho disciplinario que tal vez no se encontraban explícitos, como es el caso de algunos principios.



La Corte Constitucional ha dicho que

[...]aunque el legislador goza de un amplio margen de discrecionalidad al momento de decidir cuáles conductas merecen juicio de reprochabilidad jurídica, dicha autonomía se encuentra restringida por las pautas que imponen la proporcionalidad y la vigencia de los principios de convivencia pacífica y el orden justo. A esto habría que agregar que el legislador está obligado a mantener las garantías mínimas que se ha comprometido proteger en el ámbito internacional en torno a la protección de los derechos de los asociados¹¹³.

El Alto Tribunal también recordó que, conforme a su jurisprudencia, para analizar la proporcionalidad de una falta disciplinaria es necesario evaluar: (i) el grado de la afectación de la falta sobre los deberes del cargo del funcionario y sobre el cumplimiento de los fines del Estado y los principios constitucionales de la función pública; (ii) la gravedad de la sanción impuesta, y (iii) la proporcionalidad entre ambas¹¹⁴.

Teniendo en cuenta lo anterior, los cambios normativos referentes a las faltas disciplinarias podrían dividirse en tres: en primer lugar, en lo relativo a la forma de organización de las faltas, buscando vislumbrar el principio de autonomía del derecho disciplinario; en segundo lugar, se eliminaron determinadas faltas, entre otras cosas, por desuso y modificaciones en los supuestos de hecho, lo que hacía difícil su adecuación típica; en tercer lugar, se incluyeron nuevas faltas disciplinarias.

En lo referente a la forma de organización de las faltas disciplinarias, puede observarse que se realizó una tipificación de estas que resulta, de alguna manera, algo similar a la de los delitos del Código Penal – Ley 599 de 2000. Si bien resulta evidente que el único bien jurídico que tutela del derecho disciplinario hace referencia a los fines de la función pública estatal, también es cierto que los mismos pueden verse menoscabados por la ocurrencia de múltiples conductas.

En el siguiente cuadro se realiza una comparación de faltas entre el régimen vigente y el nuevo código que entrará a regir en el año 2021:



Tabla 1. Faltas entre el régimen vigente y el nuevo código.

| FALTA | CONFORME A LEY 734 DE 2002 (CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO) | CONFORME A LEY 1952 DE 2019 (CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO) |
|-------------------------------------|--|---|
| Falta gravísima dolosa | Destitución e inhabilidad de 10 a 20 años | Destitución e inhabilidad de 10 a 20 años |
| Falta gravísima con culpa gravísima | Destitución e inhabilidad de 10 a 20 años | Destitución e inhabilidad de 5 a 10 años |
| Falta gravísima con culpa grave | Inexistente | Suspensión e inhabilidad especial de 3 a 48 meses |
| Falta grave dolosa | Suspensión e inhabilidad especial de 30 días a 12 meses | Suspensión e inhabilidad especial de 3 a 24 meses |
| Falta grave culposa | Suspensión de 1 a 12 meses | Suspensión de 1 a 18 meses |
| Falta leve dolosa | Multa de 10 a 180 días del salario | Multa de 20 a 90 días de salario |
| Falta leve culposa | Amonestación escrita | Multa de 5 a 20 días de salario (desapareció la amonestación escrita) |

Fuente: Tabla hecha por el autor.

En el régimen de la Ley 734 de 2002, las faltas gravísimas, graves o leves cometidas con culpa leve o levísima no son punibles, empero la nueva legislación sanciona la falta gravísima con culpa grave con suspensión e inhabilidad especial de tres (3) a cuarenta y ocho (48) meses, y frente a las faltas leves culposas, cambió la amonestación escrita por multa de cinco (5) a veinte (20) días de salario básico devengado para la época de los hechos.

En sentido similar, la Ley 734 de 2002 incluyó en un solo artículo todas las conductas posibles que pudieran reprocharse a título de falta gravísima. Sin embargo, en el nuevo Código General Disciplinario se busca dar amplitud a los tipos disciplinarios, con el fin de que exista una debida adecuación típica e imputación de faltas, teniendo en cuenta aspectos como los concursos de faltas disciplinarias.

Ahora bien, el nuevo régimen trae por lo menos doce grupos de faltas, divididas entre sí por la afectación especial de determinados factores jurídicos,



que en total arrojan una gran cantidad de conductas posibles de ser sancionadas. De esta manera, la Ley 1952 de 2019 resulta ser más amplia en estos aspectos que la 734 de 2002.

3.6. UN RÉGIMEN DE SANCIONES DIFERENTES

Las sanciones “corresponden a la limitación o afectación de derechos del servidor público inherentes a la relación laboral, o de particulares con funciones públicas como consecuencia de la infracción del deber funcional”¹¹⁵. Ellas se encuentran enmarcadas dentro de los principios de legalidad y de proporcionalidad. El primero ya fue referido con anterioridad cuando se hizo referencia a la tipicidad, sin embargo, resulta pertinente aducir lo establecido por la jurisprudencia constitucional de manera breve:

En sostenida jurisprudencia la Corte ha hecho ver que la prohibición de imponer sanciones, si no es conforme a normas sustanciales previas que las determinen, resulta extensiva a todos los procedimientos administrativos en los que se pretenda dicha imposición. Al respecto, Corporación ha señalado que en el derecho administrativo sancionador son aplicables *mutatis mutandi* las garantías superiores que rigen en materia penal, entre ellas la de legalidad de las infracciones y de las sanciones, conforme a la cual nadie puede ser sancionado administrativamente sino conforme a normas preexistentes que tipifiquen la contravención administrativa y señalen la sanción correspondiente.

[...]

La finalidad del principio de legalidad de las sanciones, que justifica su adopción constitucional, consiste en garantizar la libertad de los administrados y controlarla arbitrariedad judicial y administrativa mediante el señalamiento legal previo de las penas aplicables. Y aunque la doctrina y la jurisprudencia han reconocido que en el derecho administrativo sancionador, y dentro de él el disciplinario, los principios de tipicidad y legalidad no tienen la misma rigurosidad exigible en materia penal, aun así el comportamiento sancionable debe estar precisado inequívocamente, como también la sanción correspondiente, a fin de garantizarel derecho al debido proceso a que alude el artículo 29 superior¹¹⁶.



Ahora bien, frente al principio de proporcionalidad, es menester traer a colación las siguientes consideraciones del Alto Tribunal:

El derecho disciplinario, como modalidad del derecho administrativo sancionador, pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública, y que, para tal cometido, describe mediante ley una serie de conductas que estima contrarias a ese cometido, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses que ellas producen.

[...]

En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad [...]”¹¹⁷.

De esta manera, a la hora de aplicar una sanción, es importante que la misma se encuentre permeada por el principio de legalidad, propio de un Estado Social y Democrático de Derecho, pues “la motivación es imprescindible (...) con el fin de hacer posible un adecuado control de legalidad y poder determinar que se están cumpliendo los fines de las normas. Esta motivación debe ser real y seria, adecuada, suficiente y además íntimamente relacionada con la decisión que se toma, de manera que la justifiquen dentro de la idea de satisfacer el interés general para el cual se otorgan las competencias administrativas”¹¹⁸.

En este punto, es menester hacer una referencia frente a los cambios más importantes en la materia que trae la nueva Ley 1952 de 2019 (Código General Disciplinario). Así, la amonestación con anotación en la hoja de vida deja de existir en el nuevo régimen, mientras que la multa pasa de ser de diez (10) a ciento ochenta (180) días de salario básico devengado para la época de los hechos, para convertirse en: i) cinco (5) a veinte (20) días de salario básico devengado para la época de los hechos, en lo atinente a las



faltas leves culposas, y ii) veinte (20) a noventa (90) días de salario básico devengado para la época de los hechos, en lo que respecta a las faltas leves dolosas.

En cuanto a la suspensión en el ejercicio del cargo, que con la Ley 734 de 2002 es de uno (1) a doce (12) meses, se observa que en el nuevo código quedó de la siguiente manera: en primer lugar, para las faltas graves culposas, será de uno (1) a dieciocho (18) meses; segundo, respecto a las faltas graves dolosas, el margen quedó de tres (3) a veinticuatro (24) meses, y tercero, las faltas gravísimas realizadas con culpa grave cuentan con el mismo mínimo que las anteriores, a saber, tres (3) meses, no obstante, su límite máximo se incrementó a cuarenta y ocho meses (48) meses.

Seguramente, lo que buscó el legislador con el establecimiento de los anteriores rangos fue un mayor grado de certeza y seguridad jurídica a la hora de imponer las sanciones, empero, en la práctica esto puede resultar un poco confuso ya que los rangos dentro de los cuales puede desplazarse el operador judicial a la hora de decidir resultan ser incluso más amplios que los de la legislación anterior, hoy vigente.

En cuanto a la destitución del servidor público, se continúa aplicando a las faltas gravísimas dolosas y faltas gravísimas realizadas con culpa gravísima, sin embargo, en lo concerniente a la inhabilidad, el nuevo código trae algunas modificaciones:

Frente a la inhabilidad especial, el Código Único Disciplinario maneja un margen de entre treinta (30) días y doce (12) meses, mientras que la nueva legislación consagra de tres (3) a veinticuatro (24) meses para las faltas graves dolosas, y de tres (3) a cuarenta y ocho (48) meses para aquellas gravísimas realizadas con culpa grave. Es evidente entonces que se presenta un aumento significativo del corredor punitivo con el que cuenta el funcionario judicial para estructurar y aplicar la sanción.

Así, el dolo, la culpa gravísima y la culpa grave, en lo que atañe a las faltas gravísimas, quedaron con una sanción diferente; y en las faltas graves se sanciona las dolosas y las cometidas con culpa, sin distinguir la culpa gravísima ni la culpa grave, es decir que solo se habló de las culposas. Lo propio ocurrió con las faltas leves.



Ahora bien, en lo atinente a la conversión de la suspensión impuesta al servidor, el parágrafo del artículo 48 del nuevo régimen¹¹⁹ consagró el asunto expresamente de la siguiente forma:

Parágrafo. - Conversión de la suspensión. En el evento en que el disciplinado haya cesado en sus funciones para el momento de la ejecutoria del fallo odurante su ejecución, cuando no fure posible ejecutar la sanción, se convertiráel término de suspensión o el que faltare, según el caso, en salarios de acuerdocon el monto de lo devengado para el momento de la comisión de la falta, sinperjuicio de la inhabilidad especial.

Realmente no existen diferencias en la redacción de tal opción de conversión en uno u otro régimen, no obstante, el nuevo código zanja cualquier discusión posible frente a su procedencia al incluirla expresamente, nombrarla y redactarla en un parágrafo aparte y final del artículo.

3.7. VICISITUDES SOBRE EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: RETROACTIVIDAD Y ULTRAACTIVIDAD DE LA NORMA DISCIPLINARIA

Ahora, es necesario realizar algunas referencias frente a la aplicabilidad y atribución de ciertas faltas y/o sanciones a determinados casos concretos con base en aspectos sustanciales como la retroactividad y ultraactividad de la ley disciplinaria, de forma tal que se genere un espacio propicio para que el principio de favorabilidad sea tratado.

La Ley 1952 de 2019 dispone lo siguiente:

“Artículo 8º. Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, sustancial o procesal de efectos sustanciales, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Constitución Política”.

Por su parte, frente a la aplicación práctica del principio de favorabilidad, el Consejo de Estado sentó lo siguiente:

Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la



retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia”¹²⁰.

Resulta claro que la retroactividad y ultraactividad de la ley son aplicables en el derecho disciplinario, y que tales figuras pueden configurarse tanto en el desarrollo de un proceso judicial como durante la ejecución de una sanción disciplinaria.

En principio, frente a las faltas gravísimas dolosas no habría problemas de aplicación de ley en el tiempo puesto que la sanción de destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años es equivalente en los dos regímenes en cuestión. No obstante, frente a las faltas cometidas con culpa gravísima ocurre algo diferente puesto que la sanción establecida para las mismas en la Ley 734 de 2002 es la de destitución e inhabilidad general de 10 a 20 años, en tanto el nuevo régimen aplica el mismo tipo de sanción, pero de 5 a 10 años. De esta manera, en un escenario en el que un servidor público cometa una falta como la anterior, podría estarse beneficiando de la aplicación retroactiva de la nueva legislación, a pesar de que su conducta se produjera bajo la vigencia de otra ley.

Respecto a las faltas gravísimas con culpa grave ocurre algo similar, pues el régimen vigente¹²¹ las sanciona con inhabilidad y suspensión especial de 1 a 12 meses, y en el nuevo régimen¹²², la sanción puede ir de 3 a 48 meses. Por lo anterior, frente a tal situación, podría aplicarse la ultraactividad de la ley más favorable en este caso, a saber, la 734 de 2002, aun cuando ya estuviera derogada completamente.

En lo que concierne a las faltas graves dolosas, el escenario es igual al descrito con anterioridad, puesto la sanción establecida por el Código Disciplinario Único es de suspensión e inhabilidad especial de 1 a 12 meses, mientras que la estatuida en el Código General Disciplinario es de 3 a 24 meses. Así, en virtud de la favorabilidad, resultaría siendo menos gravoso para un servidor público, en un caso concreto, la aplicación ultra activa del régimen del Código Disciplinario Único.



También se presentaría un escenario de ultraactividad del Código Disciplinario Único en el caso de las faltas graves culposas, cuyo castigo es de suspensión de 1 a 12 meses en dicho régimen y de 1 a 24 meses en la nueva normatividad, siendo más favorable entonces el régimen vigente¹²³ por comparación de los máximos posibles de sanción en una y otra ley.

En lo tocante a las faltas leves dolosas ocurre una situación diferente a las que se han enunciado con anterioridad: la Ley 734 las sanciona con multa de 10 a 180 días de salario, empero la Ley 1952 estableció tal sanción de 20 a 90 días de salario, es decir, aumentó el mínimo y redujo el máximo vigente. Ante tal circunstancia, un operador jurídico podría aplicar, en principio, uno u otro régimen, dependiendo de los criterios tenidos en cuenta para la concreción de la sanción, de manera que operaría una suerte de alternatividad entre las referidas sanciones.

Por último, frente a las faltas leves culposas, si bien es cierto que con el nuevo régimen la amonestación escrita desapareció, ello no obsta para que, en un caso concreto, dicha figura pueda aplicarse ultra activamente, sobreponiéndose a la nueva sanción de multa de 5 a 20 días de salario.

De esta manera, queda esbozado el panorama general de las posibles situaciones a las cuales se verían enfrentados los operadores jurídicos durante el tránsito legislativo y a la hora de elegir una u otra sanción conforme al principio de favorabilidad. Es menester entonces un análisis íntegro de cada caso en concreto, para así poder tomar ciertas determinaciones conforme a los principios constitucionales y máximas legales.

3.8. SOBRE LA IMPORTANCIA DEL ENFOQUE DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La palabra género, aunque no es sinónimo de mujer, tiene su origen principalmente en las luchas y protestas feministas de los siglos pasados, todo esto por causa de la marcada violencia, dominancia y superioridad del hombre respecto de la mujer.

El enfoque de género hace referencia a todas aquellas condiciones y parámetros necesarios para garantizar condiciones reales de igualdad y justicia en cuanto al goce y disfrute de elementos como bienes y servicios en la sociedad. Es un concepto muy amplio ya que puede ser desde un



mandato hasta una prohibición, dependiendo de la perspectiva con la que se analice y del contexto en el cual se presente. Implica entonces marcos normativos, políticos y socioculturales adecuados que garanticen una verdadera igualdad, principalmente entre hombres y mujeres.

En los Estados Sociales y Democráticos de Derecho, la igualdad material es un principio fundamental para su funcionamiento. Resulta necesario hoy en día que todas las políticas públicas y leyes, además de tener en cuenta dicho principio, lo promuevan en sus articulados. Al respecto, el Alto Tribunal ha dicho lo siguiente:

La Sala recuerda que este principio es un mandato complejo en un Estado Social de Derecho. De acuerdo con el artículo 13 Superior, comporta un conjunto de mandatos independientes y no siempre armónicos, entre los que se destacan la igualdad formal o igualdad ante la ley, relacionada con el carácter general y abstracto de las disposiciones normativas dictadas por el Congreso de la República y su aplicación uniforme a todas las personas; (ii) la prohibición de discriminación, que excluye la legitimidad constitucional de cualquier acto (no solo las leyes) que involucre una distinción basada en motivos definidos como prohibidos por la Constitución Política, el derecho internacional de los derechos humanos, o bien, la prohibición de distinciones irrazonables; y (iii) el principio de igualdad material, que ordena la adopción de medidas afirmativas para asegurar la vigencia del principio de igualdad ante circunstancias fácticas desiguales¹²⁴.

Sobre la importancia del enfoque de género en las decisiones judiciales, la Corte Constitucional ha indicado que “los jueces deben ser respetuosos del estándar internacional y adoptar un enfoque de género en el estudio de los casos concretos que permitan administrar justicia de manera efectiva”¹²⁵.

La Constitución Política de 1991 reconoce la igualdad de género entre hombres y mujeres, con un especial énfasis en la protección hacia las mujeres, en virtud de la discriminación histórica a la que han sido sometidas estas. Así entonces, a nivel constitucional pueden citarse algunos artículos que materializan lo anterior tales como el 40 sobre participación de la mujer en los niveles decisarios de la administración pública; el 42 sobre igualdad de derechos y obligaciones en las relaciones familiares; el 43



que refiere a iguales derechos y oportunidades de las mujeres frente a los hombres y la prohibición de discriminación en razón del género; el 53 que trae la protección especial de la mujer en el ámbito laboral.

Ahora bien, la Corte Constitucional indicó que

[...]hombre y mujer gozan de los mismos derechos y prerrogativas y están obligados por sus deberes en igual forma a la luz de la Constitución, pues ninguno de los dos sexos puede ser calificado de débil o subalterno para el ejercicio de los primeros ni para el cumplimiento de los segundos, ni implica "per se" una posición de desventaja frente al otro. La pertenencia al sexo masculino o al femenino tampoco debe implicar, por sí misma, una razón para obtener beneficios de la ley o para hallarse ante sus normas en inferioridad de condiciones. De allí que sean inconstitucionales las disposiciones que plasman distinciones soportadas únicamente y exclusivamente en ese factor.¹²⁶

Por su parte, concretamente sobre la administración de justicia con perspectiva de género, el Alto Tribunal ha sido muy enfático sobre la importancia del asunto desde su creación con la Carta Política de 1991, y en años recientes advirtió lo siguiente:

Son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento. En efecto, es necesario que dichas autoridades apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que parte de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal forma que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad¹²⁷.

A nivel internacional, es menester mencionar algunos instrumentos importantes en virtud de los cuales se ha propendido por la protección de la mujer y, sobre todo, la eliminación real y efectiva de toda forma de discriminación hacia las mismas. Así, algunos de los principales son la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967),



la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW- (1981), la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993), la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995).

Los citados instrumentos han servido de base para el desarrollo legal y jurisprudencial de la cuestión en nuestro país. Y es que este tema no puede resultar, por ningún motivo, un aspecto aislado de las problemáticas actuales, pues con el fin de exemplificar un poco la situación colombiana, en el año 2017¹²⁸ se registraron en contra de las mujeres 51.218 casos de violencia física; 24.457 casos de violencia sexual; 15.861 casos de negligencia y abandono, y 7.420 casos de violencia psicológica. Son entonces cifras un poco alarmantes para un solo año, sin contar los casos que no pudieron registrarse o no llegaron a conocimiento de las autoridades por algún motivo.

El derecho disciplinario no es ajeno a este fenómeno. Por tal motivo, el nuevo Código General Disciplinario debe ser leído con perspectiva de género, y su articulado también contiene elementos importantes que contribuirán con la efectiva materialización de la igualdad de género, cumpliendo así con los desarrollos legales y jurisprudenciales del país en la materia, e incluso con lo establecido por los instrumentos internacionales más importantes sobre el tema.

Por último, es importante tener en cuenta que los hombres también se han visto sometidos a diversos episodios de discriminación por violencia física y sexual, de manera que si bien generalmente se hace énfasis en la protección de las mujeres, que constituyen la mayor cantidad de víctimas en la materia, el sexo opuesto también debe protegerse y tenerse en cuenta en la elaboración de todo tipo de políticas, con el fin de materializar en su integridad conceptos como *enfoque de género* y *equidad de género*.



Ap

Actividades pedagógicas

Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:

1. Entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, ¿cuál categoría considera usted que es la más semejante a las del Derecho Penal?
2. ¿Cómo considera usted que se está entendiendo el ilícito disciplinario? ¿Cree usted que se está entendiendo correctamente?
3. Escriba sobre los puntos más importantes que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar las formas de culpabilidad.
4. ¿Cuáles son los cambios más importantes que trae la nueva legislación en materia de faltas y sanciones disciplinarias? Argumente por qué.
5. Piense en un caso en que puedan vislumbrarse posibles escenarios de aplicación de la ley en el tiempo: retroactividad y ultraactividad. ¿Qué decidiría usted?
6. Establezca el desarrollo de las categorías dogmáticas en el Derecho Disciplinario.

Ae

1- JUAN, guarda del INPEC, coadyuvó a la fuga de unos sujetos detenidos en la cárcel la modelo en el año 2019, por lo que se abrió investigación disciplinaria al respecto, por falta gravísima, artículo 64 numeral 1 de la ley 1952 de 2019, en consecuencia, se encuentra inmerso en un proceso, en el cual él decide confesar al respecto sobre su conducta, y con ello evitar de forma drástica, las costas del proceso.

¿Es factible la aplicación retroactiva de la ley 1952 de 2019 al caso descrito? Justifique su respuesta.



Ae

¿Es factible la aplicación retroactiva de la ley 1952 de 2019 al caso descrito? Justifique su respuesta.

¿Cuál sería la razón para aplicar la ley 1952 de 2019, que es vigente desde el 21 de julio de 2021, y no la ley 734 de 2002, la cual es vigente al momento de la comisión de los hechos?

2- Al celebrar un contrato estatal por parte del director de una entidad como parte contractual, con una sociedad anónima de la cual su mayor accionista es el hijo no reconocido del director de la entidad, ¿se debe tener en cuenta que se sabía del grado de consanguinidad entre las partes contractuales, sin perjuicio de que no haya reconocimiento judicial por parte del director de la entidad hacia el accionista de la sociedad anónima? ¿Cuál es el tratamiento jurídico a esta situación? ¿Se vulnera el principio de transparencia que rige la contratación estatal? ¿Cómo podría analizarse tal situación con base en las categorías dogmáticas expuestas en la presente unidad?

J

- Corte Constitucional, Sentencia C-417 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Demuestra la tipicidad como principio rector del derecho disciplinario.

- Corte Constitucional, Sentencia C-386 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Expone que la tipicidad en materia disciplinaria se puede demostrar, por una parte, estando la ley prestablecida, y sumado a lo anterior que la sanción debe estar también preestablecida.

- Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, rad. No. 2012-00809 del 12 de enero de 2017, M.P. Magda Victoria Acosta Walteros.

Indica un concepto o definición de la tipicidad y su margen de aplicabilidad.



J

- Corte Constitucional, Sentencia C-452 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Ilicitud sustancial concuerda con afectación al deber funcional.

- Corte Constitucional, Sentencia C-452 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencias C- 712 de 20001 y C- 252 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño; Sentencia C- 431 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Parámetros que indican las características de la ilicitud sustancial y su relación directa con la falta del deber funcional.

- Corte Constitucional, Sentencia C-452 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Muestra la relación de la ilicitud sustancial, con la falta a los deberes



UNIDAD 4

4. AVANCES DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN LA LEY 1952 DE 2019

Og

Objetivo general

El principio de favorabilidad es una de las garantías fundamentales de los procesados y, en este caso, de los sujetos disciplinables, pues es propio de los Estados Sociales y Democráticos de Derecho Disciplinario.

Se identificarán los principios y reglas que rigen dicha institución, con sus principales cuestionamientos en el tránsito legislativo del Código Disciplinario Único al Código General

Oe

Objetivos específicos de la unidad:

Tenido en cuenta los temas aquí tratados, los lectores y lectoras concluirán los siguientes puntos:

1. La forma de aplicación del principio en el tránsito legislativo.
2. El principio de favorabilidad como garantía fundamental.
3. Favorabilidad en Derecho Probatorio Disciplinario.
4. La procedencia de figuras como la retroactividad y ultraactividad de la ley, como respeto de los derechos del disciplinado.
5. Las características propias de las reglas de favorabilidad en situaciones y circunstancias propias del Derecho Disciplinario.
6. La aplicación concreta del principio en los regímenes disciplinarios del país.



MAPA CONCEPTUAL UNIDAD 4



4.1. DIGNIDAD HUMANA

Al iniciar este módulo de aprendizaje para operadores judiciales en cuanto al cambio legislativo de la Ley 1952 de 2019 como el nuevo Código General Disciplinario, se debe hacer un análisis sistemático desde el cambio de los principios rectores que rigen la materia disciplinaria y con ello se podrá abarcar de alguna manera, toda la materia.

Uno de los cambios fundantes de la ley anterior a la que se expone en este momento fue la de los principios los cuales se ampliaron de dos formas distintas. Por una parte, se crearon nuevos principios que eran necesarios para poder llevar la actividad disciplinaria de la mejor manera y por otra parte se complementaron los principios que ya se encontraban integrados en la Ley 734 de 2002.

Para comenzar se puede dar una pequeña exposición del principio de la dignidad humana (artículo 1 de la Ley 1952 de 2019), que tiene mayor importancia al referenciarlo constitucionalmente por su conexión con el



estado social de derecho consagrado en la carta magna (artículo 1 C.N.), y por lo tanto debe darse a conocer en todo ámbito en que el estado deba llevar alguna actividad sin importar su naturaleza jurídica, para con ello garantizar el derecho fundamental de la dignidad humana desde todos sus puntos de vista a la sociedad.

La dignidad humana puede llegar a ser tratada como un concepto in-nominado por las diferentes aristas que conectan con este a lo largo de todo el ordenamiento jurídico, siendo la luz orientadora del sistema social y democrático de derecho que fue instaurado en el estado colombiano por medio de la Constitución Política de Colombia. En consecuencia, la definición de dicho derecho fundamental de carácter universal tiene una connotación abstracta y por consiguiente la Corte Constitucional ha identificado algunas características que darán un direccionamiento para su concepto, de la siguiente forma:

La Corporación ha identificado tres lineamientos claros y diferenciables: (i) la dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características; (ii) la dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia; y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral o, en otras palabras, que los ciudadanos puedan vivir sin ser sometidos a cualquier forma de humillación o tortura. Frente a la funcionalidad de la norma, este Tribunal ha puntualizado tres expresiones de la dignidad humana entendida como: (i) principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor; (ii) principio constitucional; y (iii) derecho fundamental autónomo.

Y adicionalmente a concretizado su característica de derecho fundamental autónomo:

“Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se



erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado”¹²⁹.

En ese orden de ideas, la importancia de la dignidad humana en el derecho disciplinario puede explicarse por múltiples pronunciamientos de los altos tribunales judiciales¹³⁰, en cuanto a que los disciplinados se remitían al uso de acciones ante la jurisdicción contencioso administrativa y adicionalmente, la acción de tutela para proteger este derecho fundamental, debido a que en toda actividad disciplinaria se realizaban un sin número de actuaciones que perturbaban la dignidad humana de las personas disciplinadas, y estas eventualmente podían ocurrir desde una investigación desueta e incompleta, hasta el uso de material probatorio que atentaba contra de los derechos mínimos.

Citando el artículo que se analiza: “Artículo 1º. Reconocimiento de la dignidad humana. Quien Intervenga en la actuación disciplinaria será tratado con el respeto debido a la dignidad humana”¹³¹.

Leyendo el precepto normativo citado, se pueden dar algunos argumentos del porqué y para qué se incluyó este derecho fundamental en el nuevo Código General Disciplinario. Se explica que se buscaba un trato digno entre las personas que estaban inmersas en el proceso disciplinario, que si bien, en un principio va dirigido a personas que son objeto de la acción disciplinaria o mejor aún al sujeto disciplinado, no se debe dejar por fuera a los funcionarios titulares de la acción disciplinaria, es decir, procuradores, personeros y los funcionarios de las oficinas del control interno disciplinario, ya que debe haber un proceso disciplinario armonioso, en el cual prime el respeto por sus actores y con ello se reverencien los altos principios constitucionales relacionados con la dignidad humana.

De igual manera, se debe analizar que la actividad procesal en materia disciplinaria esté en total coherencia con el principio de la dignidad humana, que es transversal al proceso disciplinario desde su fase de indagación previa (en el código único disciplinario se llamaba indagación preliminar), hasta el fallo de única o de segunda instancia dependiendo el caso en concreto.

Pues bien, lo que se quiere transmitir es que en cada una de las etapas del proceso disciplinario unificado se debe respetar el derecho de la dignidad humana, pues pueden presentarse situaciones procesales en las



cuales este sea eventualmente afectado de manera significativa, llegándose a pensar, por ejemplo, en un determinado proceso disciplinario a un funcionario público más concretamente un docente perteneciente al magisterio el cual se vincula a la secretaría de educación del respectivo lugar en donde esté laborando , al que se le señale de cometer una falta disciplinaria gravísima por tener encuentros clandestinos con un(a) estudiante, y que al imputarle la falta respectiva y consecuentemente se emitira en su contra un fallo sancionador.

Desde el momento de su vinculación este funcionario disciplinado será afectado en su credibilidad y reputación por los disciplinarios, pero paralelamente también recibirá reproches de carácter social, familiar, económico y cultural.

El caso mencionado busca poner de presente que los procedimientos disciplinarios, aunque contengan reserva legal, únicamente se manifiesta de carácter formal, en el sentido en que en la praxis a veces se da un prejuicamiento extraprocesal con una severa afectación a la dignidad del sujeto llegando a veces, en los casos que trascienden a los medios de comunicación, a una condena social antes de la definición judicial del proceso; en estos se requiere de jueces que con inmenso carácter puedan poner límites a los sujetos externos al proceso y eviten la contaminación del entorno procesal.

Cuando el director del proceso no se empodera en control del mismo, nos podríamos encontrar conductas contrarias al principio de dignidad humana y en consecuencia, al sujeto disciplinado se le afectarían sus derechos fundamentales al buen nombre, la honra y especialmente la dignidad humana, ya que este tendría una afectación directa sus relaciones sociales y laborales, también verse afectado sus propias credenciales profesionales, reputación, y cuestionamientos de su ética y moral. En consecuencia, se ve de alguna forma afectada su situación personal con la sola vinculación al proceso, y ni qué decir cuando se abren de manera simultánea procesos disciplinarios, fiscales, penales, etc., y los órganos de control parecen competir en la exhibición de resultados con decisiones apresuradas que no se sostendrán en las providencias de fondo, pero con las que se hace un evidente atropello a la presunción de inocencia¹³².



Lo más atormentador de este tipo de situaciones, no es que se ponga en entredicho la reputación del investigado y hasta de su familia, para luego absolverlo de cualquier responsabilidad, sino que por la fuerza de la cadena de las decisiones antecedentes se impulsen situaciones injustas que no se reviertan oportunamente y que lleguen a generar un fallo sancionador, sin tener como pilar fundante una adecuada investigación, carencia de un acervo probatorio suficiente para llegar a imputar esta clase de faltas, que transcienden el espectro laboral y afecten de manera directa las distintas órbitas del sujeto disciplinado.

Para quienes piensen que se exagera con respecto a los daños reputacionales por la instrumentalización del derecho disciplinario para fines espurios distintos a lo previsto legalmente tan solo remito a la jurisprudencia del honorable Consejo de Estado¹³³, en la que se reconoció que la disciplinada terminó convertida paradójicamente en víctima de la Procuraduría General de la Nación y por lo que se declaró la nulidad de los actos administrativos sancionatorios proferidos en el expediente disciplinario IUS 2009-348049 y a título de restablecimiento del derecho se ordenó a la Procuraduría General de la Nación: elimine el dato negativo como antecedente disciplinario y consecuente inhabilidad automática, a título de reparación del daño se ordena a la Procuraduría General de la Nación: a. Pague a la demandante. b. Rectifique la información publicada en el Boletín 745 de 16 de septiembre de 2013 de la Procuraduría General de la Nación, mediante acto público de perdón y excusas presidido por el Procurador General de la Nación, con la asistencia de la Demandante y su publicación por medio de la divulgación del mencionado boletín y el pago de una suma dineraria a título de daño moral, como víctima directa del mismo.

Todo lo anteriormente descrito ha sido únicamente un ejemplo para poder trasmitir la gravedad de la vulneración de los derechos fundamentales en un proceso disciplinario mal guiado, a su vez las altas corporaciones judiciales han recopilado un sin número de circunstancias en donde la dignidad humana se vulnera de manera tajante y por acción de tutela, se busca la protección del derecho fundamental alterado¹³⁴.

La situación antes descrita conlleva gran relevancia para los operadores disciplinarios, en el sentido de que el sujeto al que se le impuso la falta sin sustento jurídico fáctico suficiente desembocaría en una posible demanda de responsabilidad estatal, imputable por el hecho del juez o por la



autoridad administrativa, además de una investigación penal por delitos atentatorios contra la administración de justicia y como es obvio una falta disciplinaria.

Ahora bien, al exponer de forma simple el principio de la dignidad humana se debe entender como el velo que abriga a todo el proceso disciplinario, en todas las actuaciones que se lleven a cabo, sin importar su incidencia, ya que se debe entender y tratar el derecho disciplinario como una unidad que, si no se analiza de manera universal y respetando los principios constitucionales, no se conseguirán los fines del proceso.

Por lo anterior parece de importancia alta encauzar la aplicación del principio de la dignidad humana a un marco terrenal del derecho disciplinario, enfocándose en una concepción clara y precisa, a su vez del aprovechamiento que se le puede dar en diferentes instituciones tanto de carácter sustancial como procesal.

En ese mismo sentido y como ya se había mencionado, se pueden dar aplicaciones de corte integrador o de amplitud y por otra parte complementarios o de corte reformador¹³⁵. Los primeros son principios o derivaciones de estos que, si bien contienen un tinte novedoso en materia disciplinaria, buscan incorporar a la Ley 1952 de 2019, y toman como base para estos diferentes aspectos jurisprudenciales que fueron génesis de la reforma que se está analizando. Los principios de los que se tratan son el principio de investigación integral (artículo 13 del Código General Disciplinario), cláusula de exclusión (artículo 21 del CGD), la congruencia (artículo 20 del CGD), y la oralidad como piedra angular a la modificación del proveimiento disciplinario en general¹³⁶.

Por otro lado, se encuentran los principios complementarios o de corte reformador que son el principio de legalidad de razonabilidad, favorabilidad y de ilicitud sustancial. Estos ya incluidos en la ley precedente pero que, sin embargo, se ha buscado potenciar su aplicación e interpretación y que serán explicados más adelante.

En lo relativo a los principios de amplitud o de integración, en el Código General Disciplinario se puede destacar el principio de investigación integral que tiene una conexión directa con el principio de la dignidad humana ya que busca evitar esas situaciones en las cuales se impone una falta disciplinaria con falencias en la base jurídico-fáctica que se usa



de soporte para la falta que se imputa. Pero también busca que se evita marginar aquellas investigaciones sesgadas en las que por olvido de este principio se descuida aportar elementos probatorios que terminarán al final demostrando la ausencia de responsabilidad del disciplinado y que habiendo sido practicados en tiempo hubiesen significado un ahorro inmenso del tiempo de la administración de justicia.

Pues bien, lo que se busca con la implementación de esta norma (artículo 13 CGD) es reducir los defectos en la investigación que puedan generar cargas y afectaciones a los derechos fundamentales del sujeto disciplinable y en otra medida concretar un buen funcionamiento, además de preservar la seguridad jurídica en el sistema sancionador disciplinario.

“Artículo 13. Investigación integral. Las autoridades disciplinarias tienen la obligación de investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad”.

Al realizar un análisis sintáctico del artículo citado, se evidencia que el sentido de este principio no es únicamente la preservación de la dignidad humana, sino a su vez el de la interpretación a favor del investigado, es decir, que al realizar la investigación pertinente para esclarecer los hechos en los cuales está el fundamento probatorio, en cuanto a si un sujeto disciplinable cometió o no una conducta merecedora de falta disciplinaria, se debe investigar con igual rigor y continuidad si hay acervo probatorio tanto para culpar como para exonerar y no únicamente enfocarse en encontrar alguna clase de responsabilidad de carácter disciplinario ya que este no es el fin esencial del derecho disciplinario.

Si bien es claro en demostrarse que este principio actúa como garantía fundamental para el investigado, pues sería una falacia negar que él es la parte débil del proceso disciplinario, por lo cual el operador disciplinario debe obtener la materialidad probatoria no solo para imputar la falta investigada, sino para exonerar si el caso así lo permite.

Todo lo anterior va ligado a la finalidad intrínseca del proceso disciplinario en búsqueda de justicia y de la verdad de los hechos que se están investigando que hayan afectado de alguna manera la funcionalidad estatal (artículo 11 CGD), por lo que es preciso mencionar que obviamente, no es



un fin del proceso disciplinario, imputar faltas disciplinarias a todo sujeto objeto de acción disciplinaria, sino esclarecer los hechos que han afectado la funcionalidad de la administración y si hubiere lugar imputar la sanción disciplinaria correspondiente al funcionario previo cumplimiento del debido proceso con todo lo que esto amerita.

Un comentario final podría traducirse en que el funcionario titular de la acción debe realizar la investigación integral enmarcada dentro de la finalidad del proceso disciplinario y tiene igualmente el deber de hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales, precisamente la dignidad humana que hace tensión con la necesidad del esclarecimiento de los hechos y con ello la responsabilidad del sujeto investigado pero también los eximentes de responsabilidad, y en caso de no lograr demostrar la responsabilidad, operará el principio de *indubio pro disciplinando*.

Por otra parte, la cláusula de exclusión, un principio que conserva la legalidad de la actuación del estado en la búsqueda de las pruebas y le advierte al operador que no todo vale en búsqueda de la verdad procesal sino que se fomenta la práctica probatoria sana, es decir lícito¹³⁷, desde todo punto de vista procesal y probatorio, iniciando por la forma de obtención hasta la aplicación que se le dé a la prueba correspondiente, siempre respetando el marco constitucional y legal respectivamente.

Aunque se esté en el acápite de principios integradores del nuevo Código General Disciplinario, la cláusula de exclusión es un caso particular ya que si se analiza el Código Único Disciplinario se encuentra que estaba consagrada implícitamente porque en un sentido propio había normas procesales que excluían, prohibían o simplemente no podían ser tomadas en consideración estas pruebas a la hora de proferir fallo disciplinario. A modo de reseña me permito citar las normas antes descritas:

“Artículo 128. Necesidad y carga de la prueba. Toda decisión interlocutoria y el fallo disciplinario deben fundarse en pruebas legalmente producidas y aportadas al proceso por petición de cualquier sujeto procesal o en forma oficiosa. La carga de la prueba corresponde al Estado”.

Artículo 140. Inexistencia de la prueba. La prueba recaudada sin el lleno de las formalidades sustanciales o con desconocimiento de los derechos fundamentales del investigado, se tendrá como inexistente.



Artículo 132. Petición y rechazo de pruebas. Los sujetos procesales pueden aportar y solicitar la práctica de las pruebas que estimen conducentes y pertinentes. Serán rechazadas las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente. (Ley 1952 de 2019)

Por todo lo anterior es obvio que la cláusula de exclusión ya estaba contenida implícitamente en la normativa precedente y a su vez tenía un desarrollo en las diferentes ramas del derecho como penal, la cual torna importancia mayúscula ya que se aplicaba por remisión la Ley 600 del año 2000 , que como muchos doctrinantes, juristas y abogados mencionan como *la aplicación de una norma derogada* por la Ley 906 del 2004 , es algo equivocado ya que esta normativa se aplicaba al Código Único Disciplinario, por su compatibilidad de sistema inquisitivo y a su vez se aplicaba a sujetos especiales de derecho como son los aforados.¹³⁸

Dejando de un lado la discusión al respecto el sistema probatorio penal, sí se tenía clara la regulación de la cláusula de exclusión, por lo que se podía aplicar en materia disciplinaria, además de esto, y con mayor importancia, se puede acudir a la Constitución Política la cual también regula el tema que está siendo tratado:

“Artículo 29 Constitución Política: “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”.

Haciendo especial intromisión en el precepto constitucional se origina una clara protección al debido proceso, el cual contiene en sí el respeto a los derechos fundamentales, que se pueden traducir en derecho procesal a verdaderas garantías constitucionales.

Todo lo anterior sirve para ratificar sin dubitación que en el régimen anterior se predicaba la inexistencia de las pruebas que se obtenían, practicaban, o usaban como base probatoria de un fallo disciplinario, siendo estas nulas de pleno derecho lo que materializa el principio de exclusión.

Sin embargo, parte de la doctrina criticaba que no se evidenciara de manera clara la cláusula de exclusión y que se aplicara por remisión a otras ramas del derecho para poder solventar esta clase de supuesta deficiencia normativa, que además irrespetaba el principio de autonomía del derecho disciplinario aun cuando se acudía directamente a la Constitución



Política. Otra crítica se originaba por la interpretación en su sentido literal, y como estas hacían referencia a las pruebas que afectaban únicamente derechos fundamentales y *per se dejaba de lado los preceptos legales*, desembocando en una protección incompleta, irrazonable y en consecuencia susceptible de adición por el resto del ordenamiento jurídico.

Vale la pena en este punto citar la diferenciación entre prueba ilegal y prueba inconstitucional en el entendido de que la primera hace referencia al debido proceso con todos sus acápite que en lo conforman esto es los principios del proceso en general, y en segundo la prueba inconstitucional como la que afecta de manera directa e indirecta los derechos fundamentales consagradas en la carta magna.

De forma reiterada lo ha dispuesto la Corte Constitucional:

“[...] ha dispuesto una distinción entre la prueba ilegal, entendida como aquella que afecta el debido proceso desde el punto de vista procesal formal (incompatibilidad con las formas propias de cada juicio), y la prueba inconstitucional, que es aquella que transgrede igualmente el debido proceso, pero desde una perspectiva sustancial, en tanto es obtenida vulnerando derechos fundamentales”¹³⁹.

El Código Único Disciplinario según una interpretación bastante exegética podía dar a entender que la aplicación únicamente era dirigida a las pruebas ilegales, dejando por fuera las pruebas que se relacionaban con fundamentos constitucionales.

Aterrizando en la Ley 1952 del año 2019 se indica que en su redacción suscita unas reformas en su normativa trascrita, en cuanto a la protección de derechos fundamentales y derechos legales, y en consecuencia, como ha sido aclarado abundantemente, queda resuelto el problema de la interpretación literal y restrictiva del código antecesor, ya que da una protección de contenido general.

Artículo 21. Cláusula de exclusión. Toda prueba' 'obtenida con violación de los derechos y garantías fundamentales nula de pleno derecho, por lo que deberá excluirse de la actuación procesal.

Igual tratamiento recibirán las pruebas sean consecuencia las pruebas excluidas o las que solo puedan explicarse debido a su



existencia. Deben considerar, respecto, las siguientes excepciones: fuente independiente, vínculo atenuado, el descubrimiento inevitable y los demás que la ley. (Ley 1952 de 2019)

Se agrega que hoy el Código General Disciplinario está permeado de manifestaciones del principio de la dignidad , solo por citar un ejemplo, el punto de la congruencia en toda actuación procesal disciplinaria, en el entendido de que se debe emitir fallo sancionador que tenga intrínseca relación con el pliego de cargos, con las pruebas practicadas en el proceso, o lo que es lo mismo, en relación a que se emite pliego de cargos que busca una determinada sanción y en el fallo sancionador, se le imputa la sanción y adicionalmente una multa o se le imputa una sanción más gravosa . En sí lo que se busca trasmitir es que la coherencia debe ser total ya que esto vulnera el debido proceso del sujeto pasivo del derecho disciplinario.

Por una parte, vale la pena recalcar que la prueba inconstitucional-ilegal da el entendido de que se debe utilizar la nulidad de pleno derecho, es decir, no se necesitará pronunciamiento expreso en el entendido de que debe ser excluida del acervo probatorio, y en caso de que haya aportado la misma con el defecto sustancial, se deberá expulsar de manera inmediata del ordenamiento jurídico, incluyendo todo elemento probatorio que se esté intrínsecamente relacionado con dicha prueba viciada, en virtud de la teoría del árbol envenenado.

En congruencia con lo previamente descrito la dignidad humana como principio fundante del sistema social y democrático de derecho, modelo de Estado acogido por la constitución de 1991, se relaciona de manera directa con el principio de favorabilidad legal.

4.2. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN EL CÓDIGO GENERAL DISCIPLINARIO

El principio de favorabilidad en sentido estricto no tuvo un cambio sustancial del Código Único Disciplinario al Código General Disciplinario, sino que se trae a colación porque se trata de un elemento jurídico fundamental que direcciona el tránsito legislativo de la materia que nos atiende, ya que se debe tener de presente para diferentes situaciones que en la práctica se van a generar como cuál será la ley aplicable para procesos que ini-



ciaron con la Ley 734 de 2002 y que seguirán su curso al momento de que entre en vigencia la Ley 1952 de 2019. Esta situación es apremiante, pues la suspensión temporal se dio dentro del plan nacional de desarrollo y este podría tener la misma suerte que tuvo la reforma tributaria o ley de financiamiento que fue declarada inconstitucional, así la entrada en vigencia podría ser inmediata al declararse inconstitucional su aplazamiento.

Hay diferentes eventos en los que la ley posterior, es decir, el Código General Disciplinario ha sido más permisivo, favorable y benefactor en comparación con el código antecesor, Código Único Disciplinario. En dichos eventos se deben analizar qué instrumentos jurídicos existen para poder aplicar el principio de favorabilidad en los casos que si lo ameriten y que cumplan de igual manera los requisitos establecidos legalmente. Esto lo analizaremos de manera detallada en otra unidad de este módulo.

Por consiguiente, son diferentes cuestiones de índole sustancial y procesal que se ven permeadas por el principio de favorabilidad, y que se deben estudiar con el fin de dar una aplicación congruente con el orden constitucional, siempre buscando el respeto de los derechos fundamentales y en igual medida de un proceso libre de cualquier vicio jurídico fáctico, que pueda desembocar en controversias judiciales no convenientes para una correcta impartición de justicia.

Es obvio que el principio de favorabilidad es trasversal a todas las especialidades que en el derecho existen, no obstante que en materia disciplinaria como en todas las especialidades que tienen carácter sancionador, es prevalente su aplicación, ya que se ve más categorizada la institución jurídica de favorecimiento hacia el sujeto de derechos, en la imposición de una eventual sanción, sin importar su naturaleza, buscando la menor afectación a las partes del proceso disciplinario.

El principio de favorabilidad como regla jurídica se ha regulado desde la Ley 153 de 1887, más directamente en la vigencia temporal de las leyes, lo que indica su importancia en el ordenamiento jurídico del cualquier estado sin importar el sistema de derecho que se acoja. En consecuencia, el tránsito legislativo ha generado la necesidad de regular y categorizar los denominados conflictos de leyes, en cuanto a qué ley se debe aplicar al respecto. Primando unas reglas generales entre las cuales se encuentra, la preponderancia de aplicabilidad de la ley que sea más beneficiosa, favorable a los destinatarios de la norma¹⁴⁰.



Concretizando en la normativa disciplinaria, es pertinente recordar que el Código Único Disciplinario, tenía dispuesto el principio de favorabilidad en su normativa, no obstante, tendrá algunos cambios en el nuevo Código General Disciplinario, por lo que serán objeto de este módulo.

Así bien en la Ley 734 de 2002 se estipulaba el principio de favorabilidad como un precepto guía, para las aristas tanto prácticas como sustanciales del derecho disciplinario. Por consiguiente, hay alguna normativa que es correcto citar:

Artículo 14. Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Carta Política.

Precepto cuestionado en diferentes ocasiones, en lo referente a su constitucionalidad, en cuanto a su interpretación y su aplicación, muchas de las veces por el desconocimiento de este, y por consiguiente tutelado en diferentes ocasiones por la justicia constitucional¹⁴¹.

4.3. TRÁNSITO LEGISLATIVO Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

Ahora bien, hay algunas controversias de carácter jurídico que deben ser solucionadas a la luz de la entrada en vigencia del Código General Disciplinario. Una de estas es el tema de la culpabilidad que, sin ahondar en el tema, (ya que se trató en su respectivo momento) se denota más gravoso en la Ley 734 de 2002 que en la nueva ley disciplinaria, sobre todo por la forma en la cual se trascibió los preceptos referentes a ello.

Por otro lado, se encuentra la vigencia temporal, la cual es en donde irradia más el principio de favorabilidad y en consecuencia se debe analizar a profundidad el conflicto de leyes que se puede llegar a dar en relación con ambos códigos, es decir tanto el Código Único Disciplinario como el Código General Disciplinario.

La temporalidad de las leyes es un aspecto que muchas de las veces los operadores jurídicos, no saben cómo resolver con claridad, en consecuencia,



el principio de favorabilidad ocupa un papel muy importante en el denominado tránsito legislativo.

Pueden suceder muchas situaciones relacionadas con lo antes expresado, ya que, por un lado, se puede dar que la norma anterior sea más favorable para los intereses de los sujetos disciplinados de dicha norma. O también se puede dar la situación en la cual la norma anterior vulnere en mayor medida los intereses del sujeto disciplinado que la norma vigente la cual como regla general es la que debería ser aplicada.

Así bien es correcto detallar que puede haber aplicación en el tiempo de las leyes de la siguiente forma: efecto inmediato de la ley, la cual expone que el precepto una vez haya culminado el proceso de creación legislativa entrara en vigencia, por consiguiente, desde ese momento debe aplicarse la norma a las conductas que esta disciplina, teniendo de presente los derechos adquiridos y las meras expectativas. Así bien la corte lo explica de la siguiente manera:

[...] el legislador ha desarrollado una reglamentación general sobre el efecto de las leyes en el tiempo, contenida en la Ley 153 de 1887, según la cual en principio las leyes rigen hacia el futuro, pero pueden tener efecto inmediato sobre situaciones jurídicas en curso. Tal es el caso de las leyes procesales, pues ellas regulan actuaciones que en sí mismas no constituyen derechos adquiridos, sino formas para reclamar aquellos.

No obstante lo anterior, la regla general que se acaba de exponer según la cual las leyes procesales son de efecto general inmediato, si bien es la acogida como norma general por la legislación y también por la doctrina contemporánea, no emana de la Constitución, la cual, respecto de la regulación de los efectos de la ley en el tiempo, lo único que dispone categóricamente, como antes se dijo, es la garantía de los derechos adquiridos conforme a las leyes anteriores, los mencionados principios de legalidad y favorabilidad de la ley penal, y la constitucionalidad de la retroactividad de la ley expedida por razones de utilidad pública o interés social. Por lo tanto, en relación con los efectos del tránsito de legislación procesal, el legislador puede adoptar una fórmula diferente a la del efecto general inmediato y prescribir para algunas situaciones especiales la aplicación ultra



activa de la ley antigua a todos los procesos en curso, pues, salvo los límites comentados, ninguna disposición superior se lo impide. Así como el legislador tiene competencia para mantener en el ordenamiento las leyes hasta el momento en que encuentra conveniente derogarlas, modificarlas o subrogarlas, de igual manera puede determinar el momento hasta el cual va a producir efectos una disposición legal antigua, a pesar de haber proferido otra nueva que regula de manera diferente la misma materia. La aplicación ultra activa, entendida como la determinación legal según la cual una ley antigua debe surtir efectos después de su derogación, tiene fundamento constitucional en la cláusula general de competencia del legislador para mantener la legislación, modificarla o subrogarla por los motivos de conveniencia que estime razonables. Ahora bien, a pesar de lo anterior, la competencia aludida del legislador no puede ejercerse desconociendo las normas superiores relativas a los derechos a la igualdad y al debido proceso, pues ellos en sí mismos constituyen límites generales a la libertad de configuración legislativa¹⁴².

Así como lo indica la alta corporación, se expone en ese breve párrafo la teoría de la aplicación de la ley en el tiempo y por consiguiente la forma en que se debe tener en cuenta para aplicar el principio de favorabilidad.

Es preciso adelantar que en las principales situaciones una norma que regula un hecho, aspecto, social, cultural político o de cualquier factor existente, deroga, la normativa anterior a su expedición que haya regulado un aspecto de igual o similar temática.

Al respecto se denota que muchas veces se entiende que, en cuanto a la actividad del legislador, al derogar una normativa que regulaba un aspecto determinado con otra ley más novedosa lo hace con el fin de hacer más favorable y beneficiosa la ley posterior, es decir, más garantista.

Lo anterior fundamentado en la búsqueda de una progresión legal, que a su vez genere un avance social en beneficio de los receptores de la norma. No obstante, y como regla de excepción, puede darse que se presenten normas de carácter retrograda. Esto significa que generan un retroceso al planteamiento social y democrático del derecho que invoca la constitución nacional y por consiguiente se incluyen en el ordenamiento jurídico normas un poco más vulneradoras o restrictivas para la sociedad receptora de la misma.



En conexión con el último caso, al cual se hizo mención, se pone de presente la prohibición general de irretroactividad general de la ley que la corte constitucional expone de la siguiente forma:

Con fundamento en las normas constitucionales transcritas, puede afirmarse que en relación con los efectos de la ley en el tiempo la regla general es la irretroactividad, entendida como el fenómeno según el cual la ley nueva rige todos los hechos y actos que se produzcan a partir de su vigencia. Obviamente, si una situación jurídica se ha consolidado completamente bajo la ley antigua, no existe propiamente un conflicto de leyes, como tampoco se da el mismo cuando los hechos o situaciones que deben ser regulados se generan durante la vigencia de la ley nueva. La necesidad de establecer cuál es la ley que debe regir un determinado asunto, se presenta cuando un hecho tiene nacimiento bajo la ley antigua pero sus efectos o consecuencias se producen bajo la nueva, o cuando se realiza un hecho jurídico bajo la ley antigua, pero la ley nueva señala nuevas condiciones para el reconocimiento de sus efectos.

La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social. Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua¹⁴³.

Por consiguiente, la irretroactividad de la ley tiene una excepción y el mismo órgano lo expone de la siguiente manera:

“Vale la pena también anotar que en la C.P. sólo existe una excepción al principio de la irretroactividad en materia penal, por la prevalencia de la ley permisiva o favorable, según lo dispone el artículo 58 en concordancia con el 29 de la C.P”.



Pues es correcto recalcar que la irretroactividad de la ley únicamente es aplicable cuando esta es más beneficiosa al caso en concreto que disciplina que la ley posterior que la deroga. Siempre y cuando le haya sido aplicable en cualquier momento cumplimiento los requisitos legales ya mencionados.

Ahora bien, se precisa que doctrinariamente el doctor Pinzón Navarrete ilustra unos acápite que expresan de forma clara y concreta los pilares del principio de favorabilidad en el siguiente orden:

- a. el principio de favorabilidad tiene la categoría de derecho legal y este no puede tener el mismo alcance que en el derecho penal. Por ende, en su aplicación este principio debe tener límites, admitiendo entonces cierta flexibilidad.
- b. En algunos casos, el principio de favorabilidad entra en colisión con otro principio, esto es el de legalidad.
- c. El principio de legalidad supone, entre muchas otras cuestiones, que en una ley que se expida regule únicamente las conductas que se hayan cometido durante su vigencia, pues aquí debe operar primariamente la no retroactividad.
- d. El postulado de la no retroactividad de la ley tiene una excepción, la cual se fundamenta en el principio de favorabilidad, el cual establece que si los nuevos enunciados son favorables ellos podrán ser aplicados a las conductas que fueron cometidas antes de la entrada en vigencia de la nueva ley.
- e. El principio de favorabilidad significa, entonces, un conflicto entre dos leyes: una anterior y otra posterior. En tal medida, esta ley posterior debe ser más favorable para que pueda aplicarse, rompiéndose con ello la regla general de la no retroactividad de la ley fundada en el principio de legalidad.¹⁴⁴

Por lo antes citado, se encuentran los elementos explícitos en la búsqueda de la categorización del principio de favorabilidad y su correcta aplicación, teniendo de presente las reglas técnicas, de hermenéutica jurídica, para que no haya fallos y por consiguiente se generen afectaciones al orden jurídico.



Es correcto mencionar que el principio de favorabilidad puede llegar a ser antagónico de la irretroactividad de la ley, esta última como manifestación del principio de legalidad, ya que el primero es aplicable por encima de la legalidad de las normas en el entendido de que se busque la mejor situación a los destinatarios de la norma, o lo que es lo mismo, el principio de favorabilidad se aplica preferente en contraste con el principio de legalidad en su vigencia en el tiempo. Esto último buscando la flexibilización del sistema jurídico de derecho, no teniendo únicamente en cuenta el precepto trascrito sino indagar más allá, sobre todo en lo relativo a las situaciones jurídicas disciplinadas y buscando la mejor posición para los destinatarios normativos.

Así bien, el esquema conceptual se plantea en que una ley puede llegar a disciplinar y por consiguiente a ser aplicable a un hecho anterior a su propia vigencia, siempre y cuando sea más favorable a los receptores de la norma que la ley que esté vigente en el momento que se comete la conducta.

Adicionalmente se demuestra que hay también rezagos del principio de favorabilidad en materia procedural en diferentes aspectos que se trataron a continuación.

4.4. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PROBATORIO

Como bien se expone en una unidad distinta sobre aspectos probatorios del derecho disciplinario en la Ley 1952 de 2019, se expresa la inclusión normativa enriquecedora sobre dichos medios probatorios aplicables haciendo prevalecer el principio de autonomía del derecho disciplinario en pugna con las diferentes especialidades del derecho, como el derecho penal o derecho administrativo, para llenar algunos aparentes vacíos que existían en materia probatoria, la Ley 734 de 2002.

En consecuencia, se han reglado diferentes cuestiones que pueden llegar a tenerse en consideración sobre el principio de favorabilidad, tales como por ejemplo el tema de la confesión en la cual se dio un beneficio por confesar dando prevalencia al proceso, hasta en una tercera parte del total de la sanción impuesta.



Así bien, es importante mencionar que dicho beneficio de confesión a la luz de la Ley 734 de 2002 no existía y en consecuencia se dispone un tránsito legislativo que dispone correctamente la aplicación del principio de favorabilidad, por lo que podría aplicársele a una situación en concreto, en la cual el funcionario cometió un hecho el cual es reconocido como una falta adecuada típicamente y por consiguiente, el sujeto disciplinable confiesa sobre la comisión del hecho merecedor de tratamiento disciplinario. En este punto no se le aplicó el beneficio por confesión que estipula la Ley 1952 de 2019, por lo tanto, y dando aplicación al principio de favorabilidad retroactivamente, el funcionario podrá peticionar el beneficio legal al cual tiene derecho.

Un punto de especial controversia es el tendiente a cómo será aplicable dicho beneficio de confesión hasta en una tercera parte en relación con que, por ejemplo, en el caso de las sanciones disciplinarias, se hará la reducción en el tiempo por el cual estará inhabilitado, a su vez si es aplicable en alguna medida a sanciones como son las de indeterminación en la temporalidad, como separación total de las fuerzas militares.

Es más clara la aplicación del principio de favorabilidad en temas relacionados con la inexistencia de sanciones, las cuales fueron eliminadas en la Ley 1952 de 2019. Sin embargo, parece controversial este punto en la medida de que se evidencia que perdería el objetivo central el derecho disciplinario y así mismo lo ha dispuesto Pinzón Navarrete:

[...] quedó claro que la aplicación del principio de favorabilidad si es posible en otros aspectos, como lo sería en la regulación de las nuevas sanciones que sean más favorables o en aquellos eventos en que desaparezca lo injusto de alguna determinada conducta, como para citar dos ejemplos.

No obstante, seria irrazonable que por el simple hecho de que una ley fije de mejor manera los elementos de una forma de imputación subjetiva los servidores que merecidamente hayan sido sancionados por su dolo o por su culpa sean acreedores a una decisión que les revoque dicha decisión, todo por cuanto el legislador consideró precisar estos conceptos en un nuevo estatuto. Esta situación no solo sería incorrecta por las consideraciones que aquí han sido expuestas, sino que ello supondría un beneficio injustificado y desmedido



para aquel que se comportó de forma irregular y un correlativo perjuicio al valor de la justicia, el cual debe, al igual que en otras materias, prevalecer en el derecho disciplinario.¹⁴⁵

En consecuencia, la aplicación del principio de favorabilidad según el autor citado no es aplicable porque no tendría razón de ser el derecho disciplinario, y se estaría premiando al funcionario que cometió conductas que denotaban en faltas disciplinarias, que estaban siendo imputadas con anterioridad y en vigencia de la ley en pro del principio de legalidad y la máxima de que *Ignorantia juris non excusat*, por lo tanto, se presume el conocimiento de las faltas adecuadas típicamente en el Código Único Disciplinario el cual se encontraba vigente al momento de la aplicación legal.

En ese orden de ideas, se denota que el principio de favorabilidad tiene una aparente pugna con el principio de legalidad constitucional, ya que al aplicarse el primero, se está desconociendo a cabalidad el segundo, ya que no se aplica al pie de la letra la norma jurídica, sino que se modifica, en beneficio al sujeto disciplinado.

Otras cuestiones pueden ser las resultantes de principios protecciónistas tales como la cláusula de exclusión en la recolección de elementos probatorios, la investigación integral, entre otros puntos novedosos del Código General Disciplinario.

Por otra parte, esto se ve en la redacción literaria de los preceptos legales los cuales son más descriptivos y por consiguiente tienen un ámbito de aplicación más extensivo, por lo que pueden abarcar más hechos o hipótesis que con las descripciones de la normativa del Código General Disciplinario.

Este último punto parece correcto la aplicación de la retroactividad de la ley en el entendido de seguir aplicando la Ley 734 de 2002 si al ser menos descriptiva acapara menos circunstancias y por lo tanto muchos de los sujetos que cometan conductas merecedoras de las faltas disciplinarias a la luz de la Ley 1952 de 2019, pero que en el código anterior, es decir, la Ley 734 de 2002, no se encuentre adecuación típica al respecto, teniendo en cuenta el momento de la comisión del hecho o si este fue de carácter permanente durante el tránsito legislativo, respetando la vigencia de la Ley en el tiempo.



4.5. EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD Y SU RELACIÓN CON LA JEP

El principio de favorabilidad se puede exponer en diferentes puntos a lo largo de la Ley 1952 de 2019. Por ende, se recalca que hay otros factores que se pueden derivar de susodicho principio, como por ejemplo la jurisdicción especial para la paz creada con el propósito de dar el tránsito a la culminación del conflicto armado interno por medio del acuerdo de paz firmado en la Habana.

Es pertinente aclarar qué puntos son de vital importancia a la luz de JEP y su relación con el principio de favorabilidad. Así bien, la jurisdicción especial para la paz da tratamiento diferenciado a los actores del conflicto armado desde todos los puntos de vista jurídicos, es decir, todas las cuentas pendientes que dichos sujetos tengan con el sistema judicial serán acogidas por la jurisdicción especial para la paz. Estos son de carácter administrativo, penal, fiscal y disciplinario. En lo ateniente al último punto se dará una breve explicación al respecto:

Es correcto afirmar que la JEP es una jurisdicción creada por parte del gobierno colombiano con el fin de llevar los procesos tendientes, a los sujetos que haya cometido directa o indirectamente actuaciones que sean merecedoras de tratamiento penal, disciplinario, administrativo o fiscal y que se relacionen en alguna medida con el conflicto armado en el estado colombiano.

Es así pertinente mencionar la normativa que le da competencia procesal a la jurisdicción especial para la paz, a tratar procesos que tengan relación directa y/o indirecta con el conflicto armado.

La JEP tiene una clase de competencias las cuales son tomadas como pilares fundamentales para el ejercicio del conocimiento de procesos que tengan relación con el conflicto armado. La clasificación es la siguiente:

- * Competencia temporal: La JEP tendrá competencia respecto de conductas cometidas en el contexto y debido al conflicto armado, cometidas con anterioridad a la firma del Acuerdo Final.
- * Competencia material: El Tribunal para la Paz se ocupará de los delitos no amnistiables ni indultables, como los delitos de lesa humanidad, el genocidio, los graves crímenes de guerra, la toma de rehenes u otra privación grave de la libertad, la tortura, las ejecuciones extra-



judiciales, la desaparición forzada, el acceso carnal violento y otras formas de violencia sexual, la sustracción de menores, el desplazamiento forzado, además del reclutamiento de menores conforme a lo establecido en el Estatuto de Roma, en especial de los casos más graves y representativos.

- * Competencia personal: La JEP se aplicará, de forma diferenciada, otorgando un tratamiento equitativo, equilibrado, simultáneo y simétrico, a todos quienes, habiendo participado de manera directa o indirecta en el conflicto armado, cometieron delitos en el contexto y debido a este, siempre que cumplan con las condiciones del SIVJRNR.

Respecto de los combatientes de los grupos armados al margen de la ley, la JEP solo se aplicará a los grupos que suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno y la participación en el SIVJRNR estará sujeta a la dejación de armas.

Respecto de los agentes del Estado, la JEP se aplicará a quienes hayan cometido delitos en el contexto y debido al conflicto armado.

Los miembros de los grupos paramilitares que se desmovilizaron vienen rindiendo cuentas ante la justicia en los procesos de Justicia y Paz y en la justicia ordinaria, y en esa medida sus casos no serán competencia de la JEP. Sin embargo, el Gobierno se comprometió a tomar medidas para fortalecer el esclarecimiento del fenómeno en los procesos de Justicia y Paz y de la Ley 1424 de 2010. Serán de competencia de la JEP las conductas de financiación o colaboración con los grupos paramilitares, que no sean resultado de coacciones, respecto de aquellas personas que tuvieron una participación determinante en los crímenes más graves y representativos.

Los terceros que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados hayan participado de manera indirecta en el conflicto armado y hayan cometido delitos en el contexto y debido a este podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen. La JEP sólo podrá obligar a comparecer a aquellas personas frente a quienes existan bases suficientes para entender que la conducta existió y que la persona mencionada en efecto hubiera tenido una participación determinante en la comisión de los crímenes más graves y representativos.



Las personas que sin formar parte de las organizaciones o grupos armados hayan contribuido de manera directa o indirecta a la comisión de delitos en el marco del conflicto podrán acogerse a la JEP y recibir el tratamiento especial que las normas determinen.¹⁴⁶

La jurisdicción especial para la paz tiene unos principios orientadores para la realización de sus funciones, entre los que se encuentra la prevalencia en términos de competencia que indica:

“Prevalencia: La JEP prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas en el contexto y debido al conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas. Lo anterior no obsta para que la justicia ordinaria continúe investigando, juzgando y sancionando los hechos y conductas que no sean competencia de la JEP”.¹⁴⁷

Lo anterior demuestra que la jurisdicción especial para la paz tiene competencia prevalente sobre procesos de carácter penal, disciplinario o administrativo que tengan origen en actuaciones relacionadas con el conflicto armado, o lo que es lo mismo, se da el fenómeno jurídico de anabolismo o absorción de la competencia, ya que esta tendrá competencia exclusiva sobre los asuntos antes descritos.

El artículo 36 de la Ley 1957 de 2019, reafirma los argumentos anteriormente dados de la siguiente manera:

“Artículo: 36. PREVALENCIA. La JEP conforme a lo establecido en el Acto Legislativo: 01 de 2017, prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias, fiscales o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa y, en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas”.

Se pone de presente que la norma citada menciona el acto legislativo 01 de 2017, el cual da la creación a la jurisdicción especial para la paz y por consiguiente también impone unos parámetros legales en lo concerniente a la competencia de susodicha jurisdicción en los siguientes términos:

Artículo transitorio 6°. Competencia prevalente. El componente de justicia del SIVJRNR, conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, prevalecerá sobre las actuaciones penales, disciplinarias o



administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas. Respecto a sanciones o investigaciones disciplinarias o administrativas, incluidas las pecuniarias impuestas a personas naturales en cualquier jurisdicción, la competencia de la Jurisdicción Especial para la paz se limitará bien a anular o extinguir la responsabilidad o la sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, o bien a revisar dichas sanciones, todo ello a solicitud del sancionado o investigado. Todo caso la solicitud no podrá llevar aparejada la reapertura de una investigación penal por los mismos hechos caso de que se solicite la revisión de la sanción impuesta o la extinción de la sanción y responsabilidad, competente la Sección de Revisión Tribunal para la Respeto a los investigados, será competente la Sala de definición de situaciones jurídicas.

Se expone que la jurisdicción especial para la paz tiene las facultades revisar y anular, en el caso en concreto las sanciones disciplinarias impuestas por la jurisdicción competente, por razones legislativas, ya que lo que se busca es conocer la verdad de las conductas cometidas por el conflicto armado, en conexión con la protección de los derechos de las víctimas.

Se suma que:

Artículo transitorio 5°. Jurisdicción Especial para la Paz. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 10 de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los Derechos Humanos.



Adicionalmente se regula los requisitos necesarios para que los sujetos que así lo prefieran sean tratados por la JEP y se estipula que los actores del conflicto armado que tengan derechos a la participación política con ocasión de los acuerdos de paz firmados en la Habana.

A dichos sujetos se les suspenderán todas sus condenas de carácter penal, disciplinario y administrativo hasta que se absorba la competencia por parte de la Jurisdicción especial para la paz y le dé el tratamiento respectivo. Así lo expresa el artículo 20 del acto legislativo 01 de 2017:

Artículo transitorio 20°. Participación en política. La imposición de cualquier sanción en la, JEP no inhabilitará para la participación política ni limitará el ejercicio de ningún derecho, activo o pasivo, de participación política.

Parágrafo. Respecto a aquellas personas que pertenezcan a organizaciones rebeldes que hayan firmado un acuerdo de paz con el Gobierno, a efectos de reincorporación, quedarán en efecto suspensivo las condenas derivadas de delitos de competencia del Tribunal para la Paz impuestas por la justicia ordinaria o disciplinaria, hasta que estas condenas hayan sido tratadas por la Jurisdicción Especial para la Paz para lo de su competencia.

Por otra parte, las sanciones disciplinarias que se fallen al interior de la JEP podrán discernir de las ya impuestas por la jurisdicción ordinaria competente y así lo expresa el artículo 23 de la Ley 1957 de 2019:

[...] La calificación resultante podrá ser diferente a la efectuada con anterioridad por las autoridades judiciales, disciplinarias o administrativas para la calificación de esas conductas, por entenderse aplicable como marco jurídico de referencia el Derecho Internacional.

[...]Respecto del tratamiento a los miembros de la Fuerza Pública, se aplicarán las disposiciones contenidas en el capítulo VII del Título transitorio creado mediante el acto legislativo 01 de 2017.

Es correcto en este punto analizar la especial relevancia de todos los beneficios que implican a los servidores públicos quienes cumplen con los requisitos para que le sea aplicable el capítulo siete del acto legislativo 01 de 2017, que en palabras cortas indica la regulación a la situación de



los miembros de la fuerza pública que cometieron conductas de carácter penal , disciplinario o administrativo , refiriéndose a los grados de responsabilidad de mando, y a las sanciones especiales a las cuales serán sometidos, como por ejemplo esclarecimiento de la verdad hacia las víctimas del conflicto. Adicionalmente se imponen prohibiciones tales como el llamamiento en garantía y la acción de repetición regulados en el artículo 90 de la constitución nacional, ya que el objetivo del acto legislativo 01 de 2017 es recalcar el esclarecimiento de los hechos, la protección y satisfacción de los derechos de las víctimas.

Punto de especial relevancia es la competencia de la JEP para actores de conductas ilícitas en cabeza de miembros de la fuerza pública, por lo que se indica:

Artículo transitorio 23°. Competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz.

La Jurisdicción Especial para la Paz tendrá competencia sobre los delitos cometidos por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado y sin ánimo de obtener enriquecimiento personal ilícito, o en caso de que existiera, sin ser este la causa determinante de la conducta delictiva. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- a. Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible o,
- b. Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a:
- c. Su capacidad para cometerla, es decir, a que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta.
- d. Su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla.
- e. La manera en que fue cometida, es decir, a que, producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla.



- f. La selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito.

Lo previamente descrito indica los criterios legales que debe tener en cuenta la jurisdicción especial para la paz para aplicar el fero de atracción, o lo que es lo mismo, absorber la competencia de los miembros de la fuerza pública que hayan cometido conductas que tengan relación directa o indirecta con el conflicto armado, sin importar que ya haya iniciado su juzgamiento o no, dentro de la jurisdicción que al caso en específico corresponda.

Es de vital importancia describir la manera en la cual se puede acoger un funcionario público a la jurisdicción especial para la paz, más concretamente los miembros de las fuerzas militares, los cuales la función que realizan pueden estar inmersos en susodicha jurisdicción especial para la paz, sin perjuicio que se de en cabeza de un servidor público de cualquier carácter y que cumpla cualquier función siempre y cuando sus actuaciones por las cuales se le imputa un proceso fiscal, administrativo, penal o disciplinario tenga relación directa o indirecta con los hechos del conflicto armado interno.

De primera mano se anota que, para acogerse a la JEP, se debe pasar por la sala de reconocimiento de verdad, responsabilidad y determinación de hechos y conductas, en la cual por parte del sujeto disciplinable debe contar con exactitud la ocurrencia de los hechos, con todos los matices y a su vez aceptar toda clase de responsabilidad que sobre este recaiga. Después de ello se pasará a la sala de definición de situaciones jurídicas, en la cual se expone dicha situación, en ella se estudiará el caso en concreto, analizando las conductas cometidas y a su vez los efectos jurídicos de las mismas y teniendo presente las pruebas ya practicadas y las narraciones encausadas en la etapa anterior.

En la sala de definición de situaciones jurídicas, es en donde se realizan los juicios de valor pertinentes para extinguir o anular todas las decisiones judiciales expedidas con ocasión de los hechos cometidos por el conflicto armado.

Después sigue el debido proceso dentro de la jurisdicción especial para la paz, con el fin de llegar a un pronunciamiento de carácter judicial para los actores del conflicto armado que se hayan acogido a la jurisdicción especial para la paz.



Figura 1. Acto Legislativo 01 de 2017



Nota: Universidad del Norte. Acto Legislativo 01 de 2017. Ubicación (https://www.uninorte.edu.co/web/caribevisible/noticias/-/asset_publisher/Ht5ZbKHDRRMy/content/acto-legislativo-01-de-2017-jurisdiccion-especial-para-la-paz-jep-?inheritRedirect=true).

Finalmente, y después de ser acogido por la jurisdicción especial para la paz, en el ámbito disciplinario se generan unos efectos jurídicos tales como a anulación o supresión de todos los fallos en contra del sujeto procesable en la JEP.



Ap

Actividades pedagógicas

Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:

1. ¿Es ciertamente la favorabilidad un principio que siempre beneficia al disciplinado? Argumente su respuesta.
2. Determine cuáles serían las repercusiones probatorias del principio de favorabilidad.
3. Piense en las similitudes y/o diferencias (si las hay) del principio de favorabilidad en la ley 734 de 2002 y en la ley 1952 de 2019, y responda qué interpretación estaría más acorde con el contexto jurídico y social actual.
4. ¿Cuáles serían los elementos que usted tendría en cuenta para identificar o saber identificar la norma más benévolas?
5. ¿Qué ocurre cuando dos normas contienen supuestos más favorables al mismo tiempo? Estructure un caso y piense en una posible solución.

Ae

1. En el año 2018 un servidor judicial vinculado por medio de carrera administrativa, comete falta gravísima, tipificada por el Código Único Disciplinario, ley 734 de 2002. Se impone como sanción inhabilidad, por 10 años para ejercer cargos públicos. Por mediode fallo totalmente ejecutoriado.

El 1 de julio de 2021 entra en vigencia el Código General Disciplinario, le 1952 de 2019, en el cual la falta que se cometió con anterioridad fue eliminada en el nuevo estatuto disciplinario. En consecuencia, se encuentra un caso de falta de adecuación típica.



Ae

¿Usted como operador judicial, que conoce el caso anteriormente descrito, aplicaría el principio de favorabilidad? y si es así, ¿por qué razones lo haría, y que figuras jurídicas disciplinarias usaría para justificar su decisión?

2. Con base a la sentencia del 8 de agosto de 2019, radicado 050011102000201201779 02, ¿cuál es el método correcto para difuminar un conflicto de leyes en el tiempo, teniendo de presente el principio de favorabilidad, especialmente los términos de prescripción de la Ley 734 de 2002, en contraste con la Ley 1474 de 2011?

¿Habría un caso en concreto en el que la Ley 1952 de 2019 se pueda aplicar retroactivamente?

J

- Consejo de Estado, radicado 11001-03-25-000-2013-01092-00(2 552-13), Bogotá, 17 de mayo de 2018, magistrado ponente: William Hernández Gómez. Dignidad humana protegida por parte del alto tribunal en un tema relacionado con tratos discriminatorios y vulneratorios de derechos fundamentales, buscando la protección en particular de la dignidad humana.

- Corte Constitucional, Sentencia T- 291 de 2016.

Características y puntos de aplicabilidad de la dignidad humana.

- Corte Constitucional, Sentencia C481 de 1998, punto en cuestión referido a la pugna entre los derechos de los estudiantes y su supuesta vulneración por tener docentes homosexuales. A lo cual se responde por parte de la corporación de la siguiente manera: "La Corte considera más plausible la tesis, según la cual, la presencia de profesores con distintas orientaciones sexuales, en vez de afectar el desarrollo Psicológico y moral de los educandos, tendería



J

a formarlos en un mayor espíritu de tolerancia y de aceptación del pluralismo, lo cual es no sólo compatible con la Carta sino que puede ser considerado un desarrollo de los propios mandatos constitucionales, que establecen que la educación deberá formar al colombiano en el respeto de los derechos humanos, la paz y la democracia." y se adiciona: No existe ninguna justificación para que se consagre como falta disciplinaria



UNIDAD 5

5. PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DISCIPLINARIA EN LA LEY 1952 DE 2019

Og

Objetivo general

La autonomía funcional de los jueces es propia del constitucionalismo y la democracia. Sin embargo, la misma tiene límites y también fundamento constitucional que podrían desdibujar un poco su apariencia, pero que podrían resultar siendo necesarios para el correcto funcionamiento de la administración de justicia y, en general, del Estado Social y Democrático de Derecho.

La presente unidad pretende establecer una amplia estructura de dicho principio, con sus vicisitudes y desmembraciones respecto a la nueva Ley 1952 de 2019.

Oe

Objetivos específicos de la unidad:

Tenido en cuenta los temas aquí tratados, los lectores y lectoras concluirán los siguientes puntos:

1. El Derecho Disciplinario es autónomo, a pesar de sus relaciones y aportes por parte del Derecho Penal y el Derecho Administrativo.
2. El régimen de inhabilidades e incompatibilidad en materia disciplinaria guarda algunas relaciones con el del Derecho Penal.
3. La importancia de algunas pruebas durante la etapa de investigación disciplinaria.
4. La aplicación de los principios de proporcionalidad y subsidiariedad en el ámbito disciplinario.



Oe

5. Las actuaciones de los jueces y las interpretaciones que los mismos hagan respecto del principio de autonomía, deben respetar los postulados constitucionales fundamentales.
6. Es necesario que cada juez actúe con base en derecho y no en sus consideraciones subjetivas

MAPA CONCEPTUAL UNIDAD 5



El capítulo referente al principio de autonomía en la Ley 1952 de 2019, destaca unos temas que se trataran en el siguiente orden:

1. Independencia del derecho disciplinaria hacia el derecho administrativo y derecho penal.
2. Régimen de inhabilidades e incompatibilidades y su relación en materia penal.
3. Petición de elementos probatorios que estén custodiados por la fiscalía General de la Nación.



4. Prueba documental, intrínseca relación con la investigación en materia de derecho penal.
5. Derecho penal de última ratio y mínima intervención en un procedimiento disciplinario de prima ratio. aplicabilidad del principio de subsidiariedad y proporcionalidad.

5.1. INDEPENDENCIA DEL DERECHO DISCIPLINARIO

El principio de autonomía en materia disciplinaria se entiende como uno de los puntos de mayor controversia a lo largo de la creación doctrinaria y jurídica de la especialidad disciplinaria ya que en un principio al aplicar el derecho disciplinario como una manifestación de la potestad sancionadora por parte del ente estatal trataba de remitirse a otra especie de los derechos sancionadores.

La Corte Constitucional ha referido unas características indispensables para que el poder sancionatorio por parte del estado esté acorde a los preceptos de orden constitucional, de la siguiente forma:

Para el ejercicio de la potestad sancionatoria a cargo de la administración se requiere:

(i) una ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma, -sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio-, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley impone; (ii) que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista, de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente, un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto, y (iii) que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente, en procura de garantizar el debido proceso.¹⁴⁸

Se manifiesta la intrínseca relación entre la potestad sancionadora de la administración de la cual una de sus manifestaciones es el derecho disciplinario, con el principio de legalidad constitucional. Este punto es trasversal al sistema judicial en particular y no es la excepción en el proceso disciplinario.



Es correcto en relacionar lo descrito con que algunas de las instituciones jurídicas que instruyen el derecho disciplinario a veces dan aplicación de diferentes elementos y conceptos prestados, tanto del derecho administrativo sancionador como con el derecho penal propiamente dicho; todo esto en especial sobre el último evento en mención, porque si se analizan los elementos que conforman tanto la dogmática penal como la dogmática disciplinaria, estos son muy similares y en algunos casos de naturaleza jurídica relacionada, tal es el caso del principio de tipicidad, el principio de legalidad, entre otros.

Por consiguiente, desde su etapa inicial el derecho disciplinario ha tenido elementos que ha tomado como guía para la creación de su propia teoría, de su propia dogmática, sin embargo, esto ha ido evolucionando progresivamente con la construcción dogmática de la especialidad y al estudiar enfáticamente la naturaleza de las conductas que son tratadas por parte del derecho disciplinario, se encuentra que existe una llamada autonomía del derecho disciplinario, que va creciendo y alejándose de su pariente el derecho penal .

El principio de autonomía aplicado al derecho disciplinario tiene su propia categorización y naturaleza jurídica, que está encuadrada en unos lineamientos que buscan la independencia, la individualización y una identidad de naturaleza jurídica en contraste con las ramas que sirvieron para su fundamentación jurídica, tales como son el derecho penal y el derecho administrativo.

Lo expresado con anterioridad se ha ido depurando, o mejor aun desarrollando, en consecuencia con la investigación académica y la práctica judicial del derecho disciplinario. Así mismo lo ha reconocido el Consejo de Estado en los siguientes términos:

Tanto la jurisprudencia constitucional como la de esta Corporación ha dejado claro que, si bien los diferentes regímenes punitivos comparten elementos comunes, cada uno de ellos tiene su peculiaridad, en especial, el penal y el disciplinario, dado que la misma conducta puede ser sancionada en estos ámbitos sin que haya violación al principio non bis in ídem. En armonía con lo expuesto, la conclusión no puede ser otra diferente a la independencia del proceso disciplinario del penal, eso sí con la advertencia de que comparten entre



otros aspectos, los principios rectores de tipicidad y legalidad, integrando el debido proceso, dado que como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional el principio de legalidad: (i) otorga certidumbre normativa sobre la conducta y la sanción a imponer; (ii) exige que el texto predeterminado tenga fundamento directamente en la ley, sin que sea posible transferir tal facultad al Gobierno o a las autoridades administrativas, por ser una competencia privativa del legislador (iii) constituye una salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos; (iv) protege la libertad individual; (v) controla la arbitrariedad judicial y administrativa; y (vi) asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionador del Estado.¹⁴⁹

En coherencia con lo previamente citado, varios elementos de especial interés para el módulo se desarrollan en este momento ya que se expresa que el derecho disciplinario es autónomo, teniendo de presente que hay puntos en los cuales concuerda con especialidades como el derecho penal o el derecho administrativo, tales como el principio de legalidad, y como subprincipio de este la tipicidad, la cual es la piedra angular del derecho disciplinario, que rige como conexión constitucional directa.

Hay que tener claridad en diferentes cuestiones relacionadas con la autonomía del proceso disciplinario, en especial su diferenciación con el derecho penal, ya que se indica en primera medida que se ha dado una autonomía progresiva porque en un inicio de la evolución del derecho disciplinario no se notaba muy bien la diferenciación. Hasta hubo afirmaciones por parte de la doctrina que el derecho disciplinario se trataba como una subespecie del derecho penal, y en consecuencia el primero se regía sobre las reglas del segundo. Existían pocos atisbos del principio de autonomía que logró posteriormente la especialidad. Este logro correspondió a la evolución dogmática del derecho disciplinario impulsado por otro sector de la doctrina y la jurisprudencia, que fue reflexionando sobre la naturaleza jurídica de esta disciplina y en consecuencia se fue apartando en aspectos fundamentales del derecho penal en especial, sin dejar de alejarse del derecho administrativo sancionador para trazar su propia senda interpretativa.

Es correcto también indicar que el principio de autonomía del derecho disciplinario tiene connotación en la práctica ya que, como lo han expresado las altas corporaciones judiciales, demuestra que el derecho discipli-



nario tiene un fin en sí mismo, lo que indica que no comparte finalidades con el derecho administrativo o el derecho penal.

Así bien, la finalidad del derecho disciplinario es la siguiente según palabras del Consejo de Estado:

El derecho disciplinario valora la inobservancia del ordenamiento superior y legal vigente, así como la omisión o extralimitación en el ejercicio de funciones; con lo que la ley disciplinaria se orienta entonces a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le asisten al servidor público o al particular que cumple funciones públicas, cuando sus faltas interfieran con las funciones estipuladas. 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 no puede ser otra que la necesidad del castigo de las conductas que atenten contra los deberes que le asisten.¹⁵⁰

Al respecto en cuanto a la finalidad del proceso disciplinario la Corte Constitucional reseña:

El derecho disciplinario puede concebirse como la forma jurídica de regular el servicio público, entendido éste como la organización política y de servicio, y el comportamiento disciplinario del servidor público, estableciendo los derechos, deberes, obligaciones, mandatos, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, así como las sanciones y procedimientos, respecto de quienes ocupan cargos públicos. El derecho disciplinario constituye un derecho-deber que comprende el conjunto de normas, sustanciales y procedimentales, en virtud de las cuales el Estado asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo. Su finalidad, en consecuencia, es la de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos, y es precisamente allí, en la realización del citado fin, en donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcio-



nales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables¹⁵¹.

En ese orden de ideas se identificó al derecho disciplinario con una relación intrínseca a un derecho administrativo sancionador, pero que varía en su objeto, ya que el derecho disciplinario en sí lo que busca es el buen funcionamiento de la administración estatal, para con ello se preserven los fines del estado, y en consecuencia se pueda llegar a generar una mejora de toda la actividad institucional, acorde a lo estipulado en el ordenamiento jurídico como luz orientadora de la función pública.

Es por ello que, por ejemplo, en la contratación estatal, que como bien se sabe es el medio idóneo para la gestión de los fines de la administración pública y que implica el uso de cuantiosos recursos económicos del Estado, aquí cobra una especial importancia en el derecho disciplinario, en calidad de corrector y regulador de las diferentes actividades a las cuales se encuentra en disputa los fines de la administración, pero también como mecanismo preventivo que advierte la necesidad de las buenas prácticas en la contratación pública so pena de ser sancionado por su incumplimiento. La consecuencia es la preservación del patrimonio estatal, el buen funcionamiento de la administración y por sobre todo transparencia ante la ciudadanía general, para el logro de una eficiencia para la concreción de los fines del Estado.

Puntualizando, se encuentra que, en el ámbito de la contratación estatal, su estatuto orgánico, Ley 80 de 1993, busca el correcto funcionamiento de la administración como contratante. Y aquí se genera la pregunta ¿cuál es el medio más idóneo para la ejecución de los recursos estatales para la consecución de bienes, servicios y obras para la sociedad? A lo que se puede contestar sin duda alguna que es el contrato estatal, siempre que ello implique que el contrato cuente con una correcta planeación, su negociabilidad y posteriormente su estricta ejecución. Por lo tanto, teniendo en cuenta la altísima importancia de la actividad contractual estatal y se fijan unos parámetros de trasparencia como presupuesto para la protección de los dineros públicos ejecutados por esta vía. Esto también busca que el contratista tome mayor responsabilidad e imparcialidad en su papel de colaborador de la administración. Al ser una actuación de alto impacto para la administración tanto del ámbito presupuestal, es que también se



ha creado un estricto, de inhabilidades e incompatibilidades relacionadas con todos los intervenientes públicos y privados que participan aún para sus familiares, todo para conservar la transparencia y la moralidad en la contratación pública.

En consecuencia se encuentra muchas de las veces el régimen de inhabilidades e incompatibilidades sobre las partes contractuales que actúen directa o indirectamente en los contratos celebrados, en donde una de las partes tenga carácter de sujeto reglado por el derecho público, sin dejar de un lado que el contratista privado, que es el de mayor importancia en este momento, como ejecutor deba cumplir los diferentes requisitos para la celebración y ejecución del contrato con la administración pública.

En todas las etapas de la contratación, precontractual, ejecución y postcontractual, el derecho disciplinario está presente y se conjuga con las reglas contractuales del derecho administrativo, sin que ninguna de las dos áreas pierda su autonomía.

Aunque el derecho administrativo sancionador tiene elementos similares al derecho disciplinario, tiene una diferencia sustancial que aparta abruptamente uno del otro y es la relacionada con el objeto de estos.

Es preciso citar cual es la finalidad u objeto del derecho administrativo sancionador y desde ese punto de vista, catalogar las diferencias con el derecho disciplinario.

Es innegable que a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no solo repreube, sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades.¹⁵²

Esa finalidad es muy amplia y en consecuencia el derecho administrativo sancionador se puede entender como el género de la potestad sancionadora por parte de la administración, y como ya se había indicado, el derecho disciplinario únicamente es una subespecie de la potestad sancionadora,



sin embargo, este último por su misma naturaleza jurídica ha sido aún más aproximado al derecho penal.

Es tanto la relación género-especie entre el derecho administrativo sancionador y el derecho disciplinario, que se puede dar una explicación al encontrar, otras subespecies del primero tales como el derecho policivo de la administración, el derecho de responsabilidad fiscal, entre otros.

Se denota la relación entre el derecho disciplinario y las otras manifestaciones del derecho sancionador administrativo, que muchas de las veces se confunden, y por ende se encuentra que por una única acción el sujeto pueda merecer una pluralidad de investigaciones, cada una con su respectiva sanción; ejemplo es cuando se imputa responsabilidad fiscal, disciplinaria y penal que por finalidades distintas no dan aplicación al *non bis in idem*, confirmando la autonomía ya predicada.

El derecho administrativo sancionador se relaciona intrínsecamente con las facultades de la policía administrativa, el principio de legalidad y el principio de reserva legal. Por esto es por lo que el derecho administrativo sancionador, en otros estados se entienda como un sinónimo del derecho disciplinario. Así bien, se da una confusión conceptual en el derecho comparado, y en especial en los países latinoamericanos ya que se expresa el derecho administrativo sancionador como derecho disciplinario, esto es que tiene la misma denominación jurídica, pero no el alcance del derecho disciplinario colombiano.

Tanto así que en México se emiten múltiples artículos académicos, en búsqueda de la diferenciación del derecho administrativo sancionador, con el derecho penal, por tener una naturaleza jurídica similar. Así se refieren al respecto:

El ejercicio del ius puniendi del Estado, a través de la capacidad de imponer sanciones administrativas, implica una de las actuaciones más incisivas de la Administración en la esfera jurídica de los particulares. La Administración ordena y protege el interés público a través de la aplicación de una sanción y esta actividad cobra particular importancia cuando se dirige al buen funcionamiento de la organización y el servicio público. Esta cuestión no es baladí, pues la resolución va dirigida a alguien que está dentro de su propia esfera y se sujetta al principio de legalidad. De



la sanción a un servidor público se espera que imponga disciplina a quienes gestionan los intereses y los recursos públicos en el marco de un derecho especial, de carácter estatutario, propio de un ente de derecho público, la Administración. A partir de este presupuesto, la teoría de las relaciones de sujeción especial ha opacado los espacios de discusión en torno a la depuración de la naturaleza y otros aspectos específicos del derecho disciplinario.

Desde otra perspectiva, el derecho disciplinario se ha estudiado a partir del análisis de la capacidad del Estado para castigar en el ámbito penal y, en esta medida, se han asimilado los principios penalistas a la aplicación de las sanciones administrativas.

[...] la doctrina judicial ha centrado el análisis del derecho administrativo sancionador a partir de sus similitudes con el derecho penal, como expresiones del ius puniendi del Estado, al grado de conseguir que esto constituya un lugar común en la lectura de las sentencias más representativas. Si bien es cierto que comparten naturaleza, se debe considerar que el objeto de tutela es distinto, lo que exige ser cautelosos en las comparaciones entre los principios aplicables. Finalmente, la comparación no radica en el origen punitivo de la actividad penal y disciplinaria sino en la protección de los derechos procesales de los particulares sujetos a ella¹⁵³.

Lo citado previamente indica que, la verdadera afectación al principio de autonomía del derecho disciplinario ha sido la confusión reñente por parte tanto de los académicos y operadores, con el derecho penal.

Sin embargo y pese a permanente remisión a las interpretaciones penales, se sigue sosteniendo que el ejercicio simultáneo de las acciones penales y disciplinarias no afecta la garantía procesal fundamental del non bis in ídem, es decir, que por una misma conducta no se puede juzgar dos o más veces. Es un principio que busca la protección del sujeto que comete la conducta o hecho fáctico merecedor tanto de sanción penal como de sanción disciplinaria. A lo anterior se adiciona el concepto referido por la Corte Constitucional:

El principio non bis in ídem no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y absuelta vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por



la misma conducta. También es un derecho fundamental que el legislador debe respetar. Una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos. Dicha permisión puede materializarse de diferentes formas, todas contrarias a la Constitución. De tal manera que la única forma en que el legislador viola dicho principio no se contrae a la autorización grosera de que quien hubiere sido absuelto en un juicio penal puede volver a ser juzgado exactamente por la misma conducta ante otro juez nacional cuando un fiscal así lo solicite, mediante una acusación fundada en el mismo expediente. El principio non bis in ídem, por lo menos, también prohíbe al legislador permitir que una misma persona sea objeto de múltiples sanciones, o juicios sucesivos, por los mismos hechos ante una misma jurisdicción.¹⁵⁴

Pues bien, la principal razón de la no afectación al *non bis in ídem* consiste en que el derecho penal y el derecho disciplinario, persiguen fines distintos, esto es por consiguiente idóneo, para que se pueda aplicar a un mismo sujeto las conductas de una y de otra parte. Es correcto mencionar que antes se aplicaba el principio del *non bis in ídem* únicamente al derecho penal, sin embargo, se encuentra que ha sido extendido jurisprudencialmente hacia las otras formas de derecho sancionador y más especialmente hacia el derecho disciplinario:

La aplicación del principio *non bis in ídem* no está restringida al derecho penal, sino, como lo ha dicho esta Corporación, “se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correcional, el derecho de punición por indignidad política (*impeachment*) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)”. El principio analizado hace parte de las garantías a las que tiene derecho el sindicado, en sentido amplio, por procesos disciplinarios.¹⁵⁵

Así es correcto diferenciar que el derecho disciplinario tiene una función más correctiva hacia los funcionarios judiciales y públicos que perturban en alguna medida la funcionalidad del Estado en todos sus aspectos relacionados con la concreción de los fines de la administración pública.



Pues bien, el derecho penal por su parte lo que busca es llegar a producir la teoría de la prevención especial, hacia la sociedad receptora de la norma, buscando prevenir la comisión de delitos y llegar a generar herramientas suficientes para la reinserción social de los sujetos titulares de acciones penales en su contra luego del cumplimiento de la pena o sanción.

Es coherente recordar que este trabajo no tiene relación directa con el derecho penal propiamente dicho, y esta referencia no es para persistir en la habitual referencia a este último, sino todo lo contrario, busca demostrar la autonomía del derecho disciplinario hacia esta rama.

Así bien, la Corte Constitucional ha dicho que en el derecho disciplinario se aplican como garantías los mismos principios constitucionales que se aplican al derecho penal derecho penal, pero en su utilización se será más laxo:

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que el derecho administrativo sancionador, se encuentra, igual que el derecho penal, sujeto a los principios constitucionales de legalidad, tipicidad y reserva de ley, principios rectores del debido proceso consagrado en el artículo 29 Superior, pero que no obstante lo anterior, tales principios consagrados en la Carta Política adquieren matices de flexibilidad y menor rigurosidad para el caso del derecho sancionador disciplinario.¹⁵⁶

Concretizando en la diferenciación, se debe poner de presente que el derecho disciplinario usa la teoría de la adecuación típica, referida a la técnica de los números *apertus* o tipicidad abierta, en contra del derecho penal que se refiere a la técnica números *clausus*, o tipicidad cerrada. En la primera técnica, o sistema expresado, se desafía el principio de legalidad cuando se entiende de manera escrupulosa, ya que son tipos disciplinarios que se complementan con los deberes y obligaciones y por eso requieren de una labor interpretativa del operador judicial encargado de imputar la respectiva falta, y en alguna medida tiene cierta flexibilidad, lo que no puede confundirse con discrecionalidad en enmarcar determinados hechos a la adecuación típica de la falta.

En contraste, se encuentra la tipicidad cerrada sistema de números *clausus*, la cual no permite en ninguna medida la interpretación del juez penal, ya que, si este encuentra en la conducta los elementos relacionados



con determinado tipo penal, deberá imponer la respectiva sanción penal. Lo anterior, sin perjuicio de los denominados tipos penales en blanco que rigen tanto en materia disciplinaria como en materia penal y que se relacionan con normas indeterminadas, y en consecuencia no se pueden aplicar a un caso en concreto, por lo que se debe complementar o mejor aún llenar el vacío legal que se encuentra en el precepto con otra norma del ordenamiento jurídico.

Así bien, es pertinente citar a la Corte Constitucional para dar un mejor direccionamiento a estas teorías que demuestran la diferenciación en la forma de adecuación normativa con relación al derecho disciplinario y el sistema de *numerus apertus*, en contraste con el derecho penal y su aplicación del sistema de *numerus clausus*.

En cuanto al sistema de *numerus apertus* se expone:

Teniendo en cuenta que como mediante la ley disciplinaria se pretende la buena marcha de la administración pública asegurando que los servidores del Estado cumplan fielmente con sus deberes oficiales, para lo cual se tipifican las conductas constitutivas de falta disciplinaria en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación en cabeza del fallador, el legislador en ejercicio de su facultad de configuración también ha adoptado un sistema amplio y genérico de incriminación que ha sido denominado *numerus apertus*, en virtud del cual no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente como cuando en el tipo se utilizan expresiones tales como "a sabiendas", "de mala fe", "con la intención de" etc. Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.¹⁵⁷

Se agrega:



El sistema de *numerus apertus*, acogido por el derecho disciplinario, admite la posibilidad de castigar las conductas disciplinarias en que se ha incurrido a título de culpa, no obstante, la ley se abstenga de reconocerlo exprofeso. La consecuencia de mayor realce en el sistema acogido por el derecho disciplinario es que generalmente la determinación de si una conducta puede ser sancionada a título de dolo o culpa corresponde a la autoridad encargada de imponer la sanción, no a la ley, y viene impuesta, fundamentalmente, por ese elemento, referido anteriormente: la naturaleza de la conducta sancionable.¹⁵⁸

En oposición a lo anterior, el derecho penal utiliza la teoría de los tipos cerrados, esto es una de las mayores manifestaciones del principio de legalidad en su forma más rígida y con menor margen de discrecionalidad del juez penal, buscando una rigurosa imputación penal, atendiendo una superior garantía procesal y con especial relevancia al principio de tipicidad.

Pues bien, es de importancia mayúscula demostrar la diferenciación entre la tipicidad del derecho disciplinario en contraste con el derecho penal, por ello dispuso la Corte Constitucional:

El proceso penal y el disciplinario atienden a naturaleza, materia y finalidades diferentes. Así, mientras en el proceso penal el sujeto activo de la conducta puede ser toda persona considerada imputable, en el disciplinario el destinatario de la ley únicamente es el servidor público, aunque se encuentre retirado del servicio o el particular contemplado en el artículo 53 de la ley 734 de 2002; el trasgresor de la ley penal puede ser una persona indeterminada, al paso que el destinatario de la ley disciplinaria siempre será una persona subordinada a la administración pública o vinculada a ella; mientras en el proceso penal el legislador prevé distintos bienes jurídicos objeto de protección, en el disciplinario el único bien jurídico protegido está representado por la buena marcha de la administración, su eficiencia, su buen nombre, la moralidad pública, como también la eficacia y la honradez de la administración pública; además, mientras en el proceso penal la pena tiene una función de prevención general y especial, de retribución justa, de reinserción social y de protección al condenado, en el proceso disciplinario la sanción tiene una función preventiva y correctiva. En cuanto a la



autoridad pública encargada de adelantar el proceso penal es evidente que se trata de funcionarios investidos de poder jurisdiccional cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada, mientras, por regla general, el proceso disciplinario está a cargo de autoridades administrativas cuyas decisiones pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso administrativa; además, en materia de tipicidad la descripción de la conducta señalada en la legislación penal no atiende a los mismos parámetros de aquella descrita por la legislación disciplinaria, pues en ésta última el operador jurídico cuenta con un margen mayor de apreciación.¹⁵⁹

A ese respecto se evidencia, como lo hemos manifestado, que no hay ninguna clase de violación al principio del *non bis ídem* en conexión con el principio de presunción de inocencia del sujeto que se le impute una falta disciplinaria, y se le sancione previamente penal o disciplinariamente, dependiendo el caso en concreto, ya que existe la diversidad de finalidades en los sistemas de derecho mencionados y por consiguiente no afectan el *non bis in ídem*, y ello es loable o coherente, a la luz de la constitución Política; así lo ha referido la Corte Constitucional:

En todo caso, no se vulnera el *non bis in ídem* con la posibilidad de que un servidor público o un particular, en los casos previstos en la ley, sean procesados penal y disciplinariamente por una misma conducta, pues se trata de dos juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta.¹⁶⁰

Y en concreto a la problemática que se citó:

La posibilidad de que un servidor público o un particular, en los casos previstos en la ley, sean procesados penal y disciplinariamente por una misma conducta no implica violación al principio *non bis in ídem*, pues, como lo ha explicado la Corte, se trata de dos juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta. La norma demandada tampoco implica violación al principio de presunción de inocencia, pues el proceso disciplinario constituye el instrumento



jurídico idóneo para que el investigado presente los argumentos y las pruebas para su defensa, controvierta las que obran en su contra y, en general, desvirtúe los cargos que le puedan ser imputados, mediando en todo caso la presunción consagrada en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política y reiterada en el artículo 9º de la Ley 734 de 2002¹⁶¹

Pues bien, concretizando todo lo anteriormente mencionado, se indica que la autonomía del derecho disciplinario se refiere a la separación total del derecho penal, y no hay una forma más clara de demostrarlo que por medio del principio estudiado de no aplicabilidad del non bis in ídem entre las dos áreas, en consecuencia, son ramas totalmente diferentes que sin embargo pueden llegar a tener una conexidad como por ejemplo en que en ellas está proscrita la imputación objetiva.

Por otra parte, es manifiesto expresar que la autonomía del derecho disciplinario también se ve referida en el Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, en él se indicaba que se debía llenar algunos vacíos de acuerdo con las normas penales de la Ley 600 del año 2000, de naturaleza inquisitiva, ya que el proceso disciplinario en principio funciona de esta forma, la Ley 1952 de 2019, trata de evitar las referencias a aquella legislación penal, adicionando materias que antes se aplicaban por remisión normativa. Dicha aplicación daba lugar a diferentes discusiones en el ámbito doctrinario, por ejemplo, en lo referente al régimen aplicable al proceso disciplinario en materia probatoria.

El problema radicaba, por una parte, en la aplicación de una supuesta ley derogada como era la Ley 600 del año 2000, que fue sustituida por la Ley 906 de 2004, y que algunos creían que su aplicación se configuraba como un exabrupto jurídico el aplicar dicha ley únicamente porque coincidía con sistema inquisitivo del derecho disciplinario.

Habían varias imprecisiones en lo antes mencionado, como quiera que la citada ley procedural penal, sigue vigente a procesos penales especiales y que se lleven en contra de personas aforadas, que son competencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, es más, en este año el trámite de una derogatoria general de varias normas, más de 10000 se derogaban por una ley de depuración legislativa¹⁶², por ser desuetas, anacrónicas, obsoletas o incompatibles con la Constitución, en el



que curiosamente se había incluido la Ley 600 de 2000 y la advertencia de la propia Corte Suprema evitó el caos y llevó al Gobierno Nacional y al Congreso a impedir su derogatoria.

En relación con la autonomía del derecho disciplinario sí se pueden traer a colación diferentes razones que afectan susodicho principio, y es sobre todo en materia probatoria lo cual se mencionara en una unidad respectiva de este trabajo que sin embargo adelantamos, y se criticaba como una afectación al principio de la autonomía del derecho disciplinario, que el Código Único Disciplinario, por su a la Ley 600 del año 2000. También, se discutía si se aplicaba el régimen del derecho procesal administrativo, es decir, actuaciones de carácter contencioso administrativo, regulados en la Ley 1137 del año 2011. Por interpretación y a través de interpretación realizada por el Procurador General de la Nación, se el régimen más cercano al derecho disciplinario era el estatuto penal inquisitivo, para evitar que por interpretación algún operador pudiese aplicar ante el vacío normativo, hasta a aplicar el Código General del Proceso, Ley 1264 de 2012, normativa que por regla general es aplicable a materia de derecho civil y comercial. Esta remisión, aunque puede dificultar la aplicabilidad, creemos no afectaba sustancialmente el principio de autonomía.

Todo lo anterior fue subsanado¹⁶³ por el Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, ya que agregó un régimen probatorio el cual expresa qué pruebas pueden practicarse, cómo se puede solicitar, el decreto de oficio por parte del operador judicial, su contradicción, práctica, valoración, entre otras cuestiones atendidas en el respectivo capítulo del presente módulo. En consecuencia, se superó ese supuesto argumento de falta de autonomía del derecho disciplinario y se expuso con mayor fervor la especialidad, en búsqueda de una unidad de materia y en un correcto funcionamiento del proceso disciplinario en búsqueda de todas las garantías constitucionales que se encuentran en juego.

5.2. RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES, Y SU RELACIÓN EN MATERIA PENAL

Teniendo de referente lo antes mencionado, se pregunta qué tanta independencia hay del proceso disciplinario al proceso penal, ya que para nadie es un secreto que muchas de las veces que se imputa una sanción



penal, viene con esta una inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos en cabeza del sujeto como pena accesoria.

Esta inhabilidad- incompatibilidad generada por la comisión de una conducta penal, tiene connotaciones disciplinarias, es decir, se busca es evitar el acceso a la administración o contratación pública de las personas que hayan cometido diferentes conductas penales y que tengan en principio que ver con graves afectaciones al patrimonio del estado como consecuencia de delitos contra la administración pública y contra la fe pública.

Los académicos especializados en derecho penal sostienen que la inhabilidad tiene naturaleza jurídica de pena accesoria en principio del delito que se le sancionó, sin embargo, tiene las mismas características y consecuencias de la inhabilidad que se impone por la comisión de determinada falta disciplinaria.

Todo lo anterior se complementa en cuanto a que la inhabilidad, además de ser accesoria de una sanción penal, también puede serlo de una sanción disciplinaria, tal como es la destitución de su cargo dentro de la función pública por la comisión de una falta gravísima como regla general en la que la inhabilidad es inescindible de la destitución o en otros casos la inhabilidad especial es adicional a la suspensión.

Así se encuentra un punto de conexión entre el derecho disciplinario y el derecho penal, ya que ambas especialidades tienen la inhabilidad como pena accesoria, la cual persigue un fin y es apartar de los cargos en las entidades estatales con la intención de perseverar la transparencia y a su vez el respeto a los fines que busca la administración pública en general. Pero, además de lo anterior, el acceder a un cargo estando inhabilitado también constituye una falta disciplinaria.

Es importante indicar que no siempre la inhabilidad va como una pena accesoria, ya que esta puede ser también una sanción principal tanto en proceso disciplinario como en proceso penal, por lo que se debe indicar cuál es el término de la sanción en el respectivo fallo disciplinario, o sentencia debidamente ejecutoriada.

A lo previamente descrito la corte se ha pronunciado al respecto:

“Observa la Corte, que ciertas inhabilidades, como se vio antes, sólo pueden surgir como consecuencia de condenas impuestas a través



de sentencias judiciales, o bien de decisiones adoptadas en procesos disciplinarios, en virtud de las cuales se deduce la responsabilidad por un hecho ilícito o por la comisión de una falta disciplinaria”.

Agrega:

Para declarar o determinar la responsabilidad penal o disciplinaria, es necesario que se observe el debido proceso dentro de la correspondiente actuación procesal de carácter penal disciplinaria.

(..)La sanción consistente en la inhabilitación mencionada, constituye una pena accesoria, que es consecuencia de la responsabilidad deducida dentro del correspondiente proceso penal o disciplinario, y que comporta naturalmente la imposición de una pena principal.

Y juzgada la conducta penal o disciplinaria y, establecida por consiguiente la correspondiente responsabilidad, se ha asegurado dentro de la respectiva actuación procesal el derecho al debido proceso, que cobija tanto a la imposición de la pena principal como la de la accesoria [...]¹⁶⁴

Una dificultad práctica en esta materia es que las inhabilidades e incompatibilidades, no están unificadas en un único cuerpo normativo y, por consiguiente, se analizan normas especiales para poder identificarlas inhabilidades, están dispersas en todo el ordenamiento, por ejemplo, una parte se encuentra en el Código General Disciplinario en el artículo 42 y siguientes, en la Constitución Política, Estatuto de Contratación Estatal, Ley 80 de 1993, el Código Penal, Ley 599 del 2000, entre otras.

En lo referente el Código General Disciplinario, trae una cláusula de atracción sobre las demás inhabilidades que se encuentren en la Constitución y en leyes especiales con base al artículo 40 de la Ley 1952 de 2019.

Adicionalmente el Código General Disciplinario, trae unas inhabilidades especiales al respecto las cuales son las siguientes:

ARTÍCULO 42. OTRAS INHABILIDADES. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

1. Además de la descrita en el inciso final del artículo 122 de la Constitución



tución Política, haber sido condenado a pena privativa de la libertad mayor de cuatro años por delito doloso dentro de los diez años anteriores, salvo que se trate de delito político.

2. Haber sido sancionado disciplinariamente tres o más veces en los últimos cinco (5) años por faltas graves o leves dolosas o por ambas. Esta inhabilidad tendrá una duración de tres años contados a partir de la ejecutoria de la última sanción.
3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitada por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.
4. Haber sido declarado responsable fiscalmente.

PARÁGRAFO 1o. Quien haya sido declarado responsable fiscalmente será inhábil para el ejercicio de cargos públicos y para contratar con el Estado durante los cinco (5) años siguientes a la ejecutoria del fallo correspondiente. Esta inhabilidad cesará cuando la Contraloría competente declare haber recibido el pago o, si este no fuere procedente, cuando la Contraloría General de la República excluya al responsable del boletín de responsables fiscales.

Si pasados cinco años desde la ejecutoria de la providencia, quien haya sido declarado responsable fiscalmente no hubiere pagado la suma establecida en el fallo ni hubiere sido excluido del boletín de responsables fiscales, continuará siendo inhábil por cinco años si la cuantía, al momento de la declaración de responsabilidad fiscal, fuere superior a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por dos años si la cuantía fuere superior a 50 sin exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; por un año si la cuantía fuere superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes sin exceder de 50, y por tres meses si la cuantía fuere igual o inferior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PARÁGRAFO 2o. Para los fines previstos en el inciso final del artículo 122 de la Constitución Política a que se refiere el numeral 1 de este artículo, se entenderá por delitos que afecten el patrimonio del Estado aquellos que produzcan de manera directa lesión



del patrimonio público, representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida, uso indebido o deterioro de los bienes o recursos públicos, producida por una conducta dolosa, cometida por un servidor público.

Para estos efectos la sentencia condenatoria deberá especificar si la conducta objeto de esta constituye un delito que afecte el patrimonio del Estado.¹⁶⁵

Es de especial relevancia para el estudio que se está realizando, lo relacionado con el primer numeral, el cual tiene una relación directa entre la comisión de determinados delitos y las inhabilidades.

5.3. LA PRUEBA COMO PUNTO CONTROVERSIAL A LA HORA DE APLICAR EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA

Por otra parte, se hace referencia al sistema probatorio en materia disciplinaria, que como ya se indicó es una novedad en claridad y buscando potenciar el principio de autonomía, ya que la Ley 1952 de 2019, trajo una inclusión de un capítulo completo de los temas probatorios.

Sin embargo, en la práctica del proceso disciplinario, se puede presentar que su impulso a veces obedece a la querella, denuncia de parte o informe de oficio que se relaciona con una acción penal y este material se convierte en un material probatorio que no se tiene como prueba en el derecho penal, pero que en materia disciplinaria en el nuevo código evitaría la fase de indagación previa. Al ya estar individualizado el sujeto y la presunta falta, se entraría formalmente en la etapa de Investigación.

Pero también puede presentarse la hipótesis contraria y es la deficiencia probatoria porque el fiscal, pese a la insistente solicitud del operador disciplinario, no autorice el traslado de los materiales probatorios para evitar la afectación de la causa penal por descubrimiento anticipado.

Esta clase de situaciones se dan por la interdependencia entre el derecho disciplinario y el derecho penal, investigando conductas que constituyen falta y delito.

Así bien es correcto mostrar el tratamiento que introdujo el Código General Disciplinario, en cuanto a la denominada prueba trasladada:



ARTÍCULO 154. PRUEBA TRASLADADA. Las pruebas practicadas válidamente en una actuación judicial o administrativa, dentro o fuera del país, podrán trasladarse a la actuación disciplinaria mediante copias autorizadas por el respectivo funcionario y serán apreciadas conforme a las reglas previstas en este código.

También podrán trasladarse los elementos materiales de prueba o evidencias físicas que la Fiscalía General de la Nación haya descubierto con la presentación del escrito de acusación en el proceso penal, aun cuando ellos no hayan sido introducidos y controvertidos en la audiencia del juicio y no tengan por consiguiente la calidad de pruebas. Estos elementos materiales de prueba o evidencias físicas deberán ser sometidos a contradicción dentro del proceso disciplinario.

Cuando la autoridad disciplinaria necesite información acerca de una investigación penal en curso, o requiera trasladar a la actuación disciplinaria elementos materiales de prueba o evidencias físicas que no hayan sido descubiertos, así lo solicitará al Fiscal del caso, quien evaluará la solicitud y determinará qué información o elementos materiales de prueba o evidencias físicas puede entregar, sin afectar la investigación penal ni poner en riesgo el éxito de la misma¹⁶⁶.

Así bien al realizar el respectivo análisis exegético del artículo citado se encuentra que el nuevo Código General Disciplinario se ha encargado de imponer las reglas sobre todo a las normas que devienen del derecho penal, y que están en poder de la fiscalía. Pues bien, lo que sucede en este aspecto es que tiene relevancia en el punto si se han descubierto o no las pruebas en el respectivo proceso penal por parte de la Fiscalía General de la Nación. Si ha ocurrido el descubrimiento de los elementos probatorios, no hay problema alguno en que sean trasladadas al proceso disciplinario; pero si aún no han sido descubiertas las pruebas, el fiscal competente deberá analizar si es conveniente o prudente para su teoría del caso penal trasladar dichos elementos probatorios al proceso disciplinario.

El cambio normativo también hace referencia en la obligatoriedad de volver a ejercer la contradicción de las respectivas pruebas trasladadas al



proceso disciplinario, aunque estas ya hubieran sido practicadas en los procesos de las cuales fueron receptadas y allí se hubiese ejercido el derecho de contradicción. Y es que antes no existía total claridad al respecto y en consecuencia muchas veces se adoptaban al proceso disciplinarios pruebas trasladadas, las cuales violaban de manera congrua el derecho de defensa del sujeto disciplinable, por la ausencia de oportunidad para controvertirlas en el proceso disciplinario y, en consecuencia, se encontraba en desigualdad de armas para afrontar el proceso. El ejemplo práctico es el de los materiales encontrados en la diligencia de allanamiento en materia penal, el cual tenía los mismos efectos y el mismo valor probatorio en materia disciplinaria.

Sobre lo anterior el Consejo de Estado relata:

Lo fundamental en materia de prueba trasladada, es que ella haya sido autenticada en el despacho de origen, y de modo singular que se haya producido con audiencia de la parte contra quien se utiliza, exigencia que está llamada a la posibilidad de contradicción. De este modo, una sentencia penal, originada en el allanamiento de los cargos hecho de manera soberana y libre por el implicado, debidamente trasladada desde el proceso penal, es suficiente como demostración de que el hecho que debe ser disciplinado sí existió y que el sujeto disciplinado sí lo cometió, pues no otra cosa se deduce de su acogimiento a la sentencia anticipada fruto del allanamiento a los cargos hechos.

[...] En efecto, es evidente que el demandante se allanó a los cargos imputados en el proceso penal, lo que hizo de manera libre, a salvo de todo apremio y de manera voluntaria, conducta especialmente valorada por la jurisprudencia, como que tiene efectos probatorios de confesión. Así las cosas, en tanto actuación disciplinaria se sirvió de las pruebas producidas en el proceso penal que se adelantó en contra del hoy demandante y en el que éste se allanó a los cargos, los reparos contra los informes de policía judicial y las entrevistas, resultan intrascendentes si se toma en cuenta que, entre las pruebas trasladadas desde el proceso penal seguido contra el demandante, obra su confesión, medio idóneo y suficiente para acreditar la ocurrencia de la conducta reprochable y de la responsabilidad del disciplinado [...]¹⁶⁷



En consecuencia, el allanamiento y el material probatorio, con las aristas antes indicadas, demuestran la aplicabilidad de pruebas que se surtían en un proceso penal podían ser utilizadas en el proceso disciplinario, con la precisión de que deberían ser sometidas a contradicción por las partes procesales, sin importar si antes lo hubieren sido en su proceso de origen.

Adicionalmente, si se analiza el Código Único Disciplinario, el acápite relacionado con las faltas gravísimas se da que la primera causal era la referente a la comisión de delitos.

“1. Realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometía en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando del mismo”¹⁶⁸

Esto puede generar un mensaje al operador judicial o disciplinario si es que existe una falta de autonomía en relación con lo penal, pero además se predisponía a que la adecuación típica se dirigiera primero a las normas penales antes de agotar las faltas enunciadas dentro del propio código disciplinario. El cambio de orden en la nueva legislación de alguna forma recuerda al operador que deberá acudir al ordenamiento penal cuando no exista un tipo disciplinario en el que se pueda subsumir la conducta.

5.4. DERECHO PENAL DE ÚLTIMA RATIO Y MÍNIMA INTERVENCIÓN EN UN PROCEDIMIENTO DE PRIMA RATIO. APLICABILIDAD DE LOS PRINCIPIOS DE SUBSIDIARIEDAD Y PROPORCIONALIDAD

En relación con la autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal, también es importante el momento en que inician las acciones y cual se impulsó primero, porque ello afectará sin duda a la que quede rezagada, pues tendrá el sesgo o la orientación inicial y a veces continuará la misma trayectoria. Esto significaría que se realizaría la imputación disciplinaria de manera totalmente contraria a lo que los principios de subsidiariedad y especialidad al que se refieren.

Es tanto así que el derecho penal se aplicaría en materia disciplinaria como prima ratio y no como última ratio, esto es constitucionalmente inaceptable ya que se toma la medida penal como la primera herramienta para buscar responsabilidad disciplinaria, lo que es obvio un tratamiento errado a la luz de la coherencia jurídica que contempla todo el sistema



normativo colombiano, en relación con un estado social y democrático de derecho.

Sin embargo, como ya dijimos la Ley 1952 de 2019, hizo una nueva reorganización de faltas y sanciones que, si bien es cierto tomó como ejemplo la organización del derecho penal la cual se organiza por bienes jurídicos tutelados, y que, aunque inapropiada en el disciplinario donde el bien es único, la correcta administración pública sí sirve como catálogo ordenado. Pero también se dejó al final y así subsidiariamente la remisión a la ley penal.

“ARTÍCULO 65. FALTAS QUE COINCIDEN CON DESCRIPCIONES TÍPICAS DE LA LEY PENAL. Cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las anteriores faltas, en virtud de los principios de especialidad y subsidiariedad, constituirá falta gravísima realizar objetivamente una descripción típica consagrada en la ley como delito sancionable a título de dolo, cuando se cometa en razón, con ocasión o como consecuencia de la función o cargo, o abusando de él”.¹⁶⁹

Al analizar el artículo que se trae a colación, se ve claramente que se aplica el principio de proporcionalidad y especialidad al que se hace referencia y se repite “cuando la conducta no pueda adecuarse a ninguna de las faltas anteriores”, estas son todas las faltas que fueron agrupadas en el Código Disciplinario, ahí sí se utilizará el derecho penal para imputar la falta disciplinaria gravísima.

Así bien, se deslumbra el cambio del Código General Disciplinario, en pro al principio de la autonomía, sobre todo del derecho penal, ya que no se podrá abusar de la comisión de los delitos penales, sino que se deberá realizar la búsqueda en el catálogo propio de las faltas disciplinarias en el que se pueda subsumir la conducta con trascendencia disciplinaria y luego sí subsidiariamente acudir a la legislación penal.

Es decir antes de mirar el estatuto penal, se deberá revisar si la conducta es infracción del derecho internacional humanitario, la libertad y otros derechos fundamentales; contra la contratación pública; contra el servicio y la función pública; el régimen de incompatibilidades e inhabilidades; la hacienda pública; salud pública; recursos naturales y ambientes; la intervención en política; servicio, función y trámite de asuntos a oficiales;



moralidad pública; faltas que se atribuyen contra funcionarios judiciales y jueces de paz.

Como se ve aquí, hay un extenso catálogo de posibles faltas disciplinarias que se tipifican en el Código General Disciplinario, y en consecuencia se busca que, por parte del operador disciplinario, las aplique oportunamente y, en consecuencia, aplicando el principio de última ratio en materia penal, se dirija al penal solo cuando no pueda encontrar el tipo especial disciplinario.

Por último, es loable dar una mención a los principios de proporcionalidad y especialidad que permean en su totalidad a las actuaciones disciplinarias a la luz de la Ley 1952 de 2019.

Pues bien, estos principios han sido estipulados en la normativa, desde el mismo artículo que da preferencia al principio de autonomía del cual se derivan los principios en mención:

ARTÍCULO 22. PREVALENCIA DE LOS PRINCIPIOS RECTORES E INTEGRACIÓN NORMATIVA. En la interpretación y aplicación del régimen disciplinario prevalecerán los principios rectores contenidos en la Constitución Política y en esta ley, además de los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia. En lo no previsto en esta ley se aplicará lo dispuesto en los Códigos de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, General del Proceso, Penal y de Procedimiento Penal en lo que no contravengan a la naturaleza del derecho disciplinario.¹⁷⁰

Así bien, se entiende que el principio de especialidad es el que se debe aplicar de manera exhaustiva a toda actuación disciplinaria en búsqueda de la protección del principio de autonomía, es decir, se debe promover la prelación de aplicación de las normas de carácter disciplinario, en primera medida y obviamente si estas no fueren suficientes aplicar por analogía leyes de otras especiales del derecho.

Adicionalmente, se debe promover la aplicación del derecho disciplinario de forma proporcional, ya que en ese mismo sentido se busca la comprobación de que están bien estipuladas las normas de adecuación de las sanciones, esta vez se presentan de forma más escalonada.



Esto obedece a que la sanción debe ser proporcional a la falta cometida, y es que se debe tener en cuenta esto, que eventualmente la sanción de una falta gravísima puede ser objetivamente más gravosa que la misma sanción penal, pues imaginemos cuando penalmente operó el principio de oportunidad y sin embargo disciplinariamente existió una destitución por una falta gravísima.

En complemento con el principio de proporcionalidad se encuentra el principio de especialidad, relacionado este último con el principio de autonomía de manera directa, tanto así que se podría afirmar que el primero es derivado del segundo, el principio de especialidad se trata como un principio que es intrínsecamente relacionado con el principio de autonomía.

Así las cosas, el principio de especialidad recalca la importancia de aplicación de toda clase de normativa que tiene relación directa con la competencia del derecho disciplinario. Esto no es nada distinto a lo anteriormente comentado a lo largo del módulo con relación a la aplicación prevalente del régimen disciplinario sobre todo el ordenamiento jurídico, claro está, haciendo aclaración en lo referente al orden constitucional con todo lo que este significase.

El principio de especialidad evita que, por ejemplo, so pretexto de ser garantista, se llenara el proceso con actos, usos y términos penales que terminen desfigurando el procedimiento especial disciplinario, pero además el operador con estas malas prácticas usurpaba la tarea reservada al legislador, lo que obviamente estropeaba el debido proceso.



Ap

Actividades pedagógicas

Reflexione y argumente sobre los siguientes temas:

1. ¿Puede haber alguna rama del derecho que sea completamente autónoma? Justifique su respuesta.
2. Identifique las principales relaciones del Derecho Disciplinario con el Derecho Penal.
3. Establezca cuál es la importancia de la prueba documental durante la investigación. ¿Considera usted que tiene una importancia mayor en comparación a su uso en otro tipo de procesos? Justifique su respuesta.
4. ¿Cómo se puede inmiscuir el Derecho Penal en materia disciplinaria? ¿En qué etapa podría ser esto más notorio?
5. Reflexione sobre la autonomía de los jueces al momento de tomar sus decisiones y proponga, en lo posible, aspectos que podrían tenerse en cuenta para la maximización de dicho principio.

Ae

1. JUAN por medio de concurso de méritos, es nombrado juez penal de control de garantías de la ciudad de Bogotá. En el ejercicio de sus funciones conoce de un proceso, en el cual el indiciado, es su enemigo CARLOS. En el medio del proceso se realizan las actuaciones procesales pertinentes, y se pone de presente que la captura de CARLOS se hizo de manera inadecuada a la luz de la ley penal. Adicionalmente, se evidencia la falta de material fáctico probatorio de la comisión del delito de daño en bien ajeno. Porúltimo, haciendo el análisis correspondiente es obvio que no representa un peligro para la sociedad.

Sin embargo, JUAN, en medio del proceso, dicta medida de aseguramiento intramural y prohibición de salida del país.



Ae

¿Con base de la ley 1952 de 2019, que faltas disciplinarias cometió JUAN?

Es posible la comisión de diferentes tipos penales, ¿con base al Código General Disciplinario es aplicable el principio del *non bis in idem*?

¿La sentencia en materia penal, es un elemento probatorio suficiente para individualizar al sujeto, en este caso JUAN, y no llevar a cabo la etapa de indagación previa?

2. Acorde a la sentencia de radicado

410011102000201300604 01 del 22 de agosto de 2019, responda la siguiente pregunta: ¿qué responsabilidad tiene un funcionario para el cual las carpetas investigativas están a disposición del despacho, pero cuya vigilancia y cuidado no son de su resorte exclusivo? ¿Puede aplicársele para el presente caso la confianza legítima? ¿Cómo se entendería

J

- Corte Constitucional, Sentencia C-412 de 2015.

Requisitos previos para poder ejercer por parte de la administración su potestad sancionadora.

- Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, radicado 11001-03-25-000-2010-00127-00(0977-10), 26 de septiembre de 2012, M.P. GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN.

Puntos en los cuales se asimilan el derecho penal con el derecho disciplinario.

- Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, magistrado ponente, GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARANGUREN, 7 de febrero de 2007, radicado: 11001-03-25-000-2009-00139-00(2037-09). Ilustra las finalidades del derecho disciplinario y todos los medios que tiene para ello.



J

- Corte Constitucional, Sentencia C030 de 2012.

El derecho disciplinario como una forma de regular el servicio público.

- Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005.

Se explica que la finalidad del derecho administrativo sancionador es la de preservar y restaurar el ordenamiento jurídico.

- Corte Constitucional, Sentencia T-081 de 2018.

El principio non bis in ídem no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y



6. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

ARENAS SALAZAR, Jorge y VALDÉZ MORENO, Carlos Eduardo. La prueba testimonial y técnica., Bogotá: Ediprime, 2006.

AZULA CAMACHO, J. Manual de derecho procesal, Tomo VI,Pruebas judiciales. Bogotá: Editorial Temis, 2015.

DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría general de la prueba Bogotá: EditorialTemis, 1961.

DEVIS ECHANDÍA, H., Compendio de derecho procesal, tomoll, pruebas judiciales, 10 ediciones, Bogotá: Biblioteca Jurídica Dike, 2012.

DEVIS ECHANDIA, H., Teoría general de la prueba judicial,Tomo II, sexta edición, Pontificia, Universidad Javeriana, Bogotá: Editorial Temis, 2012.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y T.R. FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo, 4. Ed. T.II., Madrid: Ed. Civitas, 1993.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A. y otros, Colección jurídicadisciplinaria ICDD, Volumen XI. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, 2017.

-----, Dogmática del Derecho Disciplinario, 6^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

GORPHE, François, Apreciación judicial de las pruebas,tercera edición. Bogotá: Editorial Temis, 2004.

LUCH, Abel Xavier y otros, Empresa y prueba informática, Barcelona: editorial BOSCH. , 2006.

MEJÍA OSMANN, Jaime y otros. Estudios jurídicos sobre el CódigoGeneral Disciplinario, aspectos problemáticos. Bogotá: Editorial Imprenta Nacional de Colombia, 2016.



NISIMBLAT MURILLO, Nattan. Derecho probatorio técnicas de juicio oral, cuarta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2018.

SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio M. Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas, 2^a ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007.

PINZÓN NAVARRETE, John H. La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario: Concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2018.

VALENCIA ZEA, Arturo. Tratado de derecho civil, tomo I, parte general y personas., Bogotá: Temis, 1955



NOTAS AL PIE

1 Sin embargo, en el derecho disciplinario se aplicaba el procedimiento penal de la Ley 600 de 2000 tal como se explicará más adelante.

2 AZULA CAMACHO, J. Manual de derecho procesal. Tomo VI. Pruebas judiciales. Bogotá: Temis, 2015, p.166.

3 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 13 de febrero de 2002, “por la cual se expide el Código Disciplinario Único”. Artículo 130.

4 GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de derecho administrativo, 4. Ed. T.II. Madrid: Ed. Civitas, 1993, p 163.

5 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 358 de 5 de agosto de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 298 de 3 de abril de 2008. M.P. Jaime Córdoba.

7 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 125 de 18 de febrero de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

8 Directiva 010 del 12 de mayo de 2010. “Los medios de prueba a los que se refiere el artículo 130 del Código Disciplinario único, se practicarán conforme a lo establecido en la Ley 600 de 2000, en cuanto sea compatible con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario, ello en atención a lo dispuesto por el artículo 533 de la Ley 906 de 2004 por medio de la cual se expidió (en) el Código de Procedimiento Penal” SIC. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Tesauro. [En línea].

<https://www.procuraduria.gov.co/relatoria/index.jsp?option=co.gov.pgn.relatoria.frontend.component.pagefactory.PirelTesauroPageFactory>

9 PROCURADURÍA SEGUNDA DELEGADA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO. Concepto N° 558 – 2015, Siaf 2015 – 428448, diciembre 1 de 2015.



10 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A., y REYES CUARTAS, José F. Estudios de Derecho Disciplinario. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2017, p. 163.

11 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1952 de 28 de enero de 2019, “por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario”. Artículo 161.

12 Ibid., artículo 162.

13 Ibid., artículo 163.

14 AZULA CAMACHO, J. Manual de derecho procesal. Tomo VI. Pruebas judiciales. Bogotá: Temis, 2015, p.294.

15 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 1034 de 5 de diciembre de 2006. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

16 Op. Cit., CGD. Artículo 168.

17 Op. Cit., CGD. Artículo 179.

18 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-274 de 11 de abril de 2012. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

19 Ibid.

20 Op. Cit., CGD. artículo 183.

21 Ibid., artículo 181.

22 Ibid., artículo 182.

23 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 830 de 8 de octubre de 2002. M.P. Jaime Araujo Rentería.

24 DELLEPIANE, Antonio. Nueva teoría general de la prueba. Bogotá: Temis, 1961, p. 54.

25 Op. Cit., CGD. artículo 184.

26 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 18 de septiembre de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

27 ¿Quién es el testigo técnico? Esta especie de testigo ofrece valiosas herramientas en la apreciación de la prueba. Se entiende por testigo



técnico una persona que presencia unos hechos y, además, debido a su habilitación, entrenamientos, capacidades, adiestramientos, formación profesional o por su oficio, tiene la posibilidad de conocer mejor el hecho, la cosa o el fenómeno de que se trata. Esta capacidad especial le da ventajas especiales tanto para conocer como para recordar y para declarar (ARENAS SALAZAR, Jorge y VALDÉZ MORENO, Carlos Eduardo. La prueba testimonial y técnica. Bogotá: Ediprime, 2006, p. 35).

28 NISIMBLAT, Nattan. Derecho probatorio: técnicas de juicio oral. Cuarta edición. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2018, p. 474.

29 Tuvo un pequeño desarrollo legal en la Ley 1123 de 2007 en el artículo 86, los medios de prueba. Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección judicial y los documentos, o cualquier otro medio técnico o científico los cuales se practicarán conforme a las normas del Código de Procedimiento Penal en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

Los indicios se tendrán en cuenta al momento de apreciar las pruebas, siguiendo los principios de la sanacrística.

30 DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Tomo II, sexta edición, Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá: Editorial Temis S.A, 2012, p. 403.

31 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 de 12 de julio de 2012, “por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”.

32 Op. Cit., CGD. Artículo 186.

33 Ibid.

34 GORPHE, François. Apreciación judicial de las pruebas, tercera edición. Bogotá: Temis, p. 288.

35 NISIMBLAT, Nattan. Derecho Probatorio, técnicas de juicio oral. Bogotá: Ediciones Doctrinaria y Ley, 2018, p. 371.

36 Op. Cit., CGD. Artículo 164.

37 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 258 de 6 de abril de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



- 38 Ibid.
- 39 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C -301 de 25 de abril de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- 40 Op. Cit., CGD. Artículo 165.
- 41 Ibid.
- 42 Ibid., artículo 168.
- 43 Ibid., artículo 169.
- 44 Op. Cit., CGD. Artículo 170.
- 45 Op. Cit., CGD. Artículo 171.
- 46 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de casación civil, 3 de diciembre de 1954.
- 47 DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de derecho procesal, tomo II, pruebas judiciales. Caracas: Biblioteca Jurídica DIKE, 1994, p. 505.
- 48 Op. Cit., CGD. Artículo 197.
- 49 Ibid., artículo 198.
- 50 Ibid., artículo 199.
- 51 Op. Cit., CGP. Artículo 243.
- 52 Op. Cit., CGD. Artículo 189.
- 53 Ibid., artículo 188.
- 54 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU -774 de 16 de octubre de 2014.
- 55 Op. Cit., CGD. Artículo 189.
- 56 Ibid., artículo 190.
- 57 Op. Cit., CGD. Artículos 193 y 195.
- 58 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU 159 de 6 de marzo de 2002.



59 COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala Civil Sentencia de junio 29 de 2007.

60 LUCH, Abel Xavier y otros. Empresa y prueba informática. Barcelona: editorial BOSCH, 2006, p. 43.

61 Ibid., p. 37.

62 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 5 de febrero de 2002, "por la cual se expide el Código Disciplinario Único". Artículo 175.

63 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 242 de 7 de abril 2010. M.P. Mauricio González Cuervo.

64 ARTÍCULO 239 CGD. Alcance de la función jurisdiccional disciplinaria. Mediante el ejercicio de la función jurisdiccional disciplinaria, se traman y resuelven los procesos que, por infracción al régimen disciplinario contenido en el presente estatuto, se adelanten contra quienes ejerzan funciones jurisdiccionales de manera permanente, transitoria u ocasional, excepto quienes tengan fuero especial.

65 ARTÍCULO 240 CGD. Titularidad de la acción disciplinaria. La acción disciplinaria contra los

funcionarios judiciales corresponde al Estado y se ejerce por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial; o quienes hagan sus veces.

66 CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 257. Modificado por Acto Legislativo 2/2015. 7 de Julio de 1991.

"La Comisión Nacional de Disciplina Judicial ejercerá la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama Judicial.

Estará conformada por siete Magistrados, cuatro de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Consejo de Gobierno Judicial previa convocatoria pública reglada adelantada por la Gerencia de la Rama Judicial, y tres de los cuales serán elegidos por el Congreso en Pleno de ternas enviadas por el Presidente de la República, previa convocatoria pública reglada. Tendrán períodos personales de ocho años, y deberán cumplir con los mismos requisitos exigidos para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.



Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no podrán ser reelegidos. Podrá haber Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial integradas como lo señale la ley.

La Comisión Nacional de Disciplina Judicial será la encargada de examinar la conducta y sancionar las faltas de los abogados en ejercicio de su profesión, en la instancia que señale la ley, salvo que esta función se atribuya por la ley a un Colegio de Abogados.

PARÁGRAFO. La Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial no serán competentes para conocer de acciones de tutela.

PARÁGRAFO TRANSITORIO 1o. Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez posesionados, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura serán transformadas en Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial. Se garantizarán los derechos de carrera de los Magistrados y empleados de las salas disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura quienes continuarán conociendo de los procesos a su cargo, sin solución de continuidad".

67 ARTÍCULO 241. CGD. Integración normativa. En la aplicación del régimen disciplinario para los funcionarios judiciales prevalecerán los principios rectores de la Constitución Política, los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, las normas aquí contenidas y las consagradas en el Código General del Proceso, Código Penal y de Procedimiento Penal, en lo que no contravenga a la naturaleza del derecho disciplinario jurisdiccional.

68 Op. Cit., CGD. Artículo 281 (contenido también en el artículo 305 del CPC).

69 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-455 de 25 de agosto de 2016. M.P. Alejandro Linares Castillo.



70 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia 00296 de 2018, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A, consejero ponente: Dr. William Hernández Gómez, Bogotá, D. C., ocho (08) de febrero de dos mil dieciocho (2018), Rad. No.: 110010325000201300296 00 (0644-2013)

71 CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección A, M.P. Dr. William Hernández Gómez, Sentencia del 10 de noviembre de 2016. Expediente 11001-03-25-000-2011-00651-00(2542-11). Actor: Beatriz Alicia Noguera Parday. Demandado: Procuraduría General de la Nación.

72 Op. Cit., CGD. Artículo 212, inciso tercero.

73 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 127 2008. M.P. Rodrigo Escobar.

74 Procesos disciplinarios contra los hermanos Samuel e Iván Moreno Rojas, quienes fueron disciplinados en calidad de alcalde de Bogotá y senador de la república, en procesos ordinario y verbal respectivamente.

75 Autosolicitud de nulidad de la Sentencia T-212 de 22 de febrero de 2001. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

76 Todo ello consta en el proyecto de Ley que terminó siendo la Ley 734 de 2002 y en las actas que constan las modificaciones a las que fue sometido el proyecto en su trámite legislativo tanto en la Cámara como en el Senado.

77 ARTÍCULO 150. Procedencia, fines y trámite de la indagación preliminar. En caso de duda sobre la procedencia de la investigación disciplinaria se ordenará una indagación preliminar.

La indagación preliminar tendrá como fines verificar la ocurrencia de la conducta, determinar si es constitutiva de falta disciplinaria o si se ha actuado al amparo de una causal de exclusión de la responsabilidad.

En caso de duda sobre la identificación o individualización del autor de una falta disciplinaria se adelantará indagación preliminar.

En los demás casos la indagación preliminar tendrá una duración de seis (6) meses y culminará con el archivo definitivo o auto de apertura. Cuando se trate de investigaciones por violación a los Derechos Humanos o al Derecho Internacional Humanitario, el término de indagación preliminar podrá extenderse otros seis meses.



Para el cumplimiento de éste, el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá oír en exposición libre al disciplinado que considere necesario para determinar la individualización o identificación de los intervenientes en los hechos investigados. (...)

Nota: (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-036 de 2003)

78 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-036 de 28 de enero de 2003. M.P. Alfredo Bernal Sierra.

79 MEJÍA OSMANN, Jaime y otros. Estudios Jurídicos sobre el Código General Disciplinario: Aspectos Problemáticos. Bogotá: Editorial Imprenta Nacional de Colombia, 2016. p. 153.

80 Op. Cit., CGD. Artículo 208.

81 Op Cit., CGD. Parágrafo artículo 208.

82 ARTÍCULO 224 CGD. Archivo definitivo. En los casos de terminación del proceso disciplinario,

previstos en el artículo 90 y en el evento consagrado en el artículo 213 de ese código, procederá el archivo definitivo de la investigación. Tal decisión hará tránsito a cosa juzgada. Cuando no haya sido posible identificar e individualizar al presunto autor, el archivo hará tránsito a cosa juzgada formal.

83 Es curiosa la redacción del artículo 212 CGD en la que dice que “para el adelantamiento de la investigación el funcionario competente hará uso de los medios de prueba legalmente reconocidos y podrá, a solicitud del vinculado, oírlo en versión libre.” Lo que tal vez quiso el legislador era enfatizar la liberalidad de la versión, pero no faltará la discusión de su validez cuando la versión sea promovida por solicitud del investigador a través de un auto y no una espontánea solicitud del propio investigado.

84 Op. Cit., CGD. Artículo 213 y CDU artículo 156.

85 Este era el término de investigación para todas las faltas gravísimas previsto en el artículo 156 de la Ley 734 de 2002.

86 ARTÍCULO 50. MEDIOS DE PRUEBA. El inciso primero del artículo 130 de la Ley 734 quedará así:



Son medios de prueba la confesión, el testimonio, la peritación, la inspección o visita especial, y los documentos, y cualquier otro medio técnico científico que no viole el ordenamiento jurídico, los cuales se practicarán de acuerdo con las reglas previstas en la Ley 600 de 2000, en cuanto sean compatibles con la naturaleza y reglas del derecho disciplinario.

87 Artículo 280. Requisitos. La confesión deberá reunir los siguientes requisitos:

Que sea hecha ante funcionario judicial.

Que la persona esté asistida por defensor.

Que la persona haya sido informada del derecho a no declarar contra sí misma.

Que se haga en forma consciente y libre.

88 Hasta una tercera parte de la sanción a imponer de acuerdo con el artículo 162 del CGD.

89 Op. Cit., CDU. Artículo 163. Tenía en diferente orden los requisitos excepto el del hoy numeral 5.

90 Ibid., artículo 98.

91 El plazo de entrada en vigor original era de forma gradual iniciando a mediados del año 2019, la vigencia de la ley 1952 de 2019 se prorrogó hasta el 1 de julio de 2021 por el artículo 140 de la Ley 1955 de 2019, 'por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022. "Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad"', publicada en el Diario Oficial No. 50.964 de 25 de mayo 2019.

Fue admitida demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 140 de la Ley 1955 de 2019, expediente No D-13345 de la Corte Constitucional, publicado en el estado No. 119 de 22 de julio de 2019.

92 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A., Dogmática del derecho disciplinario, 6^a ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017, p. 423.

93 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A. y otros. Op. Cit., p. 387.

94 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A. y otros. Op. Cit., p. 387.



95 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-417 de 4 de octubre 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

96 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-386 de 22 de agosto de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

97 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Disciplinaria, rad. No. 2012-00809 del 12 de enero de 2017,

M.P. Magda Victoria Acosta Walteros.

98 SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio M. Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y

respuestas, 2^a ed. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2007, p. 48.

99 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos A. Op. Cit., p. 379.

100 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 24 de agosto de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

101 PINZÓN NAVARRETE, John H. La ilicitud sustancial en el derecho disciplinario: Concepto, evolución y criterios teórico-prácticos para su correcto entendimiento. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2018, p. 39.

102 Ibid., p. 39.

103 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-452 de 24 de agosto de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

104 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Disciplinaria, rad. No. 25000110200020120074201 del 2 de mayo de 2013. M.P. María Mercedes López Mora.

105 CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, Sala Disciplinaria, rad. No. 20001416 01/992-F del 24 de septiembre de 2003. M.P. Guillermo Bueno Miranda.

106 SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio M. Op.Cit., p. 51.

107 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-155 de 5 de marzo de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

108 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-195 de 20 de mayo de 1993, C-280 de 25 de junio de 1996. M.P Alejandro Martínez



Caballero., C-306 de 11 de julio de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz., C-310 de 25 de junio de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz., entre otras.

109 CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia de tutela No. 11001031500020080109100 del 6 de noviembre de 2008, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

110 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 24 de julio de 2000, "por la cual se expide el Código Penal".

111 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-720 de 23 de agosto de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

112 SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio M. Op.Cit. p. 57.

113 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 de 12 de marzo de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

114 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-721 de 25 de noviembre de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

115 SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio M. Op. Cit., p. 65.

116 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-475 de 18 de mayo de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

117 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-125 de 18 de febrero de 2003. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

118 CONSEJO DE ESTADO, Sección Cuarta, Sentencia rad. No. 12396 del 16 de noviembre de 2001. M.P. Ligia López Díaz.

119 Op. Cit., CGD.

120 CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Sentencia rad. No. 85001-23-31-000-2005-00582-01(2558-08) del 7 de junio de 2012, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

121 Op. Cit., CDU.

122 Op. Cit., CGD.

123 Op. Cit., CDU.

124 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-178 de 26 de marzo de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.



125 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-241 de 16 de mayo de 2016. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

126 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-588 de 12 de noviembre de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

127 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-338 de 22 de agosto de 2018. M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

128 MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL. Oficina de Promoción Social, Sala situacional Mujeres víctimas de violencia de género. {En línea}. Fecha de consulta {19 de octubre de 2019} Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/PS/sala-situacion-violencia-genero.pdf>.

129 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 291 de 2 de junio de 2016. M.P. Alberto Rojas Ríos.

130 CONSEJO DE ESTADO. Radicado 11001-03-25-000-2013-01092-00(2552-13), Bogotá, 17 de mayo de 2018. M.P. William Hernández Gómez. Dignidad humana protegida por parte del alto tribunal en un tema relacionado con tratos discriminatorios y vulneratorios de derechos fundamentales, buscando la protección en particular de la dignidad humana.

131 Op. Cit., CGD. Artículo 1.

132 Op. Cit., CGD. Artículo 14.

133 CONSEJO DE ESTADO, Sección Segunda, Subsección “B”, Rad N° 11001-03-25-000-2014-00400-00 del 14 de marzo de 2019, M.P. César Palomino Cortés.

134 Corte Constitucional, Sentencia C 481 de 1998, punto en cuestión referido a la pugna entre los derechos de los estudiantes y su supuesta vulneración por tener docentes homosexuales. A lo cual se responde por parte de la corporación de la siguiente manera: “

La Corte considera más plausible la tesis, según la cual, la presencia de profesores con distintas orientaciones sexuales, en vez de afectar el desarrollo sicológico y moral de los educandos, tendería a formarlos en un mayor espíritu de tolerancia y de aceptación del pluralismo, lo cual es no sólo compatible con la Carta sino que puede ser considerado un desarrollo de



los propios mandatos constitucionales, que establecen que la educación deberá formar al colombiano en el respeto de los derechos humanos, la paz y la democracia." y se adiciona: No existe ninguna justificación para que se consagre como falta disciplinaria de los docentes la homosexualidad. La exclusión de los homosexuales de la actividad docente es totalmente injustificada, pues no existe ninguna evidencia de que estas personas sean más proclives al abuso sexual que el resto de la población, ni que su presencia en las aulas afecte el libre desarrollo de la personalidad de los educandos. Además, el propio ordenamiento prevé sanciones contra los comportamientos indebidos de los docentes, sean ellos homosexuales o heterosexuales. Normas como la acusada derivan entonces de la existencia de viejos y arraigados prejuicios contra la homosexualidad, que obstaculizan el desarrollo de una democracia pluralista y tolerante en nuestro país. Por ello, la Constitución de 1991 pretende construir una sociedad fundada en el respeto de los derechos fundamentales de las personas y en donde la diversidad de formas de vida no sean un factor de violencia y de exclusión sino una fuente insustituible de riqueza social. La diferencia y la igualdad encuentran sus lugares respectivos en esta Constitución que pretende así ofrecer las más amplias oportunidades vitales a todas las personas.

135 MEJIA OSMANN, Jaime y otros. Op.Cit., p.4.

136 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 242 de 7 de abril 2010. M. P. Mauricio González Cuervo.

137 Hay diferencia jurisprudencial y doctrinal entre prueba ilícita e ilegal, la primera afecta a nivel constitucional, por lo que su vulneración es insubsanable y la segunda más relacionada con las formas legales, por tanto, de menor jerarquía.

138 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-496 de 5 de agosto de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

139 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-916 de 18 de septiembre de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

140 VALENCIA ZEA, Arturo. Tratado de derecho civil, tomo I, parte general y personas. Bogotá: Temis, 1955.

141 Entre diversas posturas interpretativas, no se puede acoger la que haga más gravosa la situación del sujeto disciplinable. Prohibición de



interpretación extensiva ver Sentencia de la Corte Constitucional Sala Séptima de Revisión, 5 de diciembre de 2006. M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. T-1039-06.

142 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 619 de 14 de junio de 2001. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

143 Ibid.

144 PINZON NAVARRETE, John Harvey y otros. Estudios sobre el Código General Disciplinario, aspectos problemáticos. Instituto de estudios del ministerio públicos. Bogotá: Procuraduría General de la Nación, 2016, p. 96.

145 Ibid., p.94.

146 Presidencia de la República de Colombia. Oficina del Alto Comisionado para la paz. [en línea]. Ubicación (<http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co>).

147 Ibid.

148 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-412 de 1.o de julio de 2015. M.S. Alberto Rojas Ríos.

149 CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección A, radicado 11001-03-25-000-2010-00127-00(0977-10), 26 de septiembre de 2012, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

150 CONSEJO DE ESTADO. sección segunda, subsección A. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, 7 de febrero de 2007, radicado: 11001-03-25-000-2009-00139-00(2037-09).

151 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 030 de 1.o de febrero de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

152 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

153 Revista Misión Jurídica. [En línea] Ubicación (<http://www.revistamisionjuridica.com>). Consultado el 19 de octubre de 2019.

154 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-081 de 2 de marzo de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.



155 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C - 870 de 15 de octubre de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

156 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-030 de 1.o de febrero de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

157 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-155 de 5 de marzo de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

158 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 181 de 12 de marzo de 2002. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

159 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-720 de 23 de marzo de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

160 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C 721 de 25 de noviembre de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

161 Op. Cit., Sentencia C-720.

162 COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Proyecto de Ley número 169 de 2018 Cámara, 199 de octubre de 2018.

163 Como lo explicaremos más adelante, en gran parte se evitó la remisión a la Ley 600 transcribiendo las normas de este código.

164 COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-631 de 21 de noviembre de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

165 Op. Cit., CGD.

166 Op. Cit. CGD.

167 CONSEJO DE ESTADO. Sentencia del 26 de agosto de 2010, sección segunda, subsección A, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicado: 11001-03-25-000-2008-00078-00(2429-08).

168 Op. Cit. CDU.

169 Op. Cit. CGD.

170 Op. Cit. CGD.

