

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



**NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA RESPECTO
DE LA PENA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO EN COLOMBIA**

**MARÍA ÁNGELA BURGOS PORTACIO
CARLOS ANDRÉS PINZÓN RIVERA**

ARTICULO

Dr. HÉCTOR FERRER LEAL
Coordinador Especialización en Derecho Sancionatorio

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
BOGOTÁ
2013**

**NATURALEZA Y FINALIDAD DE LA
SANCIÓN DISCIPLINARIA
RESPECTO DE LA PENA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO EN
COLOMBIA**

MARÍA ÁNGELA BURGOS PORTACIO¹
CARLOS ANDRÉS PINZÓN RIVERA²

RESUMEN

Tanto el Derecho Penal como el Disciplinario pueden tener como sujeto pasivo al servidor público, cuando en ejercicio de su deber funcional comete conductas calificadas por el legislador, bien sea como punibles o como faltas disciplinarias.

No obstante contar con la finalidad preventiva y disuasiva, la sanción disciplinaria presenta diferencias en sus efectos con relación a la pena, pues la primera se relaciona con el alejamiento parcial o definitivo de la función pública mientras que la segunda, se refiere al poder coercitivo estatal de privar de derechos y libertades, incluso de la

¹Abogada titulada Universidad del Sinú –
Asesora Jurídica Brigada Móvil No. 5 -
marianbupo@hotmail.com

²Abogado titulado Universidad San Buenaventura
de Cali – Jefe de Oficina Jurídica Disciplinaria
Batallón de Infantería de Marina No. 23 –
carlos.pinzon.ri@armada.mil.co

libertad, por la vulneración de bienes jurídicamente tutelados.

ABSTRAC

Both the disciplinary and criminal law may have taxable person to the public server, when in the exercise of their functional duty commits acts qualified by the legislator, whether as punishable or as disciplinary offences.

However having preventive purpose and deterrent, the disciplinary sanction presents differences in their effects with respect to the penalty, because the first is related to the partial or definitive departure from the public service while the second refers to the coercive State power deprived of rights and freedoms, even of freedom, for the violation of legally protected goods.

PALABRAS CLAVE

Derecho disciplinario, principios, legalidad, defensa, contradicción, bien jurídico tutelado, sanción, pena, falta disciplinaria, delito.

KEYWORDS

Disciplinary law, principles, legality, defense, contradiction, legal well

tutored, sanction, punishment, disciplinary offence, offence.

INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de 1991, ha establecido en el artículo sexto un régimen de responsabilidad especial para los servidores públicos, según el cual, a diferencia de los particulares, éstos responden por la extralimitación u omisión en el ejercicio de su deber funcional; aunado a lo anterior, el artículo 124 constitucional ha ordenado al legislador establecer un régimen de responsabilidad aplicable para tal efecto.

De ahí que sea la misma Carta Política la génesis de la responsabilidad penal y disciplinaria, ambas aplicables a un mismo sujeto pasivo: el servidor público, siendo necesario analizar los ámbitos de aplicación de una y otra, es decir, la pena y la sanción, para establecer el alcance constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinario que permita identificar las características propias de cada acción, para entender las diferencias que existen, en cuanto a la naturaleza y finalidad, entre la sanción disciplinaria y la pena en el ordenamiento jurídico en Colombia, sin desconocer el modelo de Estado Social de Derecho proclamado en la Constitución Política de 1991.

En el presente trabajo de carácter teórico se implementará el método hermenéutico para culminar en un artículo de reflexión, basado en la apreciación cualitativa de la información primaria las leyes cuya aplicación al tema es evidente y constructivo para alcanzar los objetivos que se esperan, nutrida a su vez con información secundaria como la jurisprudencia, la doctrina, las directivas, circulares y lineamientos emitidos por la Procuraduría General de la Nación.

Así, mediante la elaboración de fichas bibliográficas se procederá a copiar textualmente los tratados internacionales y leyes que se invoquen a lo largo del estudio y se realizará un resumen o fraciado de la jurisprudencia, la doctrina, directivas y circulares para llevar a cabo un análisis hermenéutico de la información para llegar a las conclusiones respectivas.

El presente estudio iniciará con el análisis del concepto de *lus puniendi* y sus implicaciones en los aspectos punitivo y sancionador dentro del Estado Social de Derecho colombiano, teniendo en cuenta que el mismo se fundamenta en el concepto de Dignidad Humana.

Posteriormente, se identificará al derecho disciplinario como herramienta administrativa de autotutela, en razón a su carácter y al concepto de las relaciones

especiales de sujeción, para finalmente concretar la independencia de la acción disciplinaria respecto de la penal

A continuación se estudiará la finalidad de la sanción disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano, así como las consecuencias que en la materia se imponen actualmente en Colombia; a la vez que se recordará el concepto general de la pena, su propósito dentro en el marco del Estado Social de Derecho en Colombia y las penas que hoy son aplicables en el orden interno.

Una vez estudiado lo anterior, se procederá finalmente a identificar las diferencias entre la sanción disciplinaria y la pena en el orden interno colombiano en cuanto a su naturaleza y teniendo en cuenta su finalidad.

1. IUS PUNIENDI DENTRO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO

1.1 DEFINICIÓN DEL IUS PUNIENDI

En términos generales, se puede señalar que el Derecho se clasifica en objetivo - aquel conformado por las normas que apuntan hacia la sana convivencia social- y en subjetivo, relacionado con sus efectos jurídicos, labor que le compete al

Estado por ser la institución pública establecida mediante el contrato social para velar por los bienes jurídicamente tutelados y procurar una igualdad bajo parámetros justos.

El Estado, ha ostentado a través de la historia la potestad de verter castigo hacia sus coasociados por ser un tercero de naturaleza pública, siendo a la vez interviniente en la solución de sus conflictos para resolverlos pacífica e institucionalmente, dentro de un marco racional, previsible, formal, eficaz e igualitario; a medida que evolucionó jurídicamente, se vio obligado a implementar y respetar las denominadas garantías individuales, convirtiéndose por ende en la única herramienta para velar por la tutela de los bienes jurídicos. Proscribe la justicia violenta privada así como la propia del Estado Absolutista, donde el castigo era la principal manifestación de poder sin mayor legitimación que la designación divina del monarca, dando paso al Estado Liberal, custodio y celador de las libertades públicas y posteriormente al Estado social, intervencionista activo de las garantías subjetivas, adquiriendo entonces un papel importante dentro de la política criminal tendiente hacia la prevención y la resocialización. Existen dos características del *ius puniendi*, una, el derecho estatal de consagrar normatividad penal y sancionatoria que le corresponde al legislador y

otra, el derecho del Estado a exigir su cumplimiento e imponer la correspondiente consecuencia jurídica³.

La historia moderna permite llegar a la conclusión acerca de la necesidad de limitar esa facultad castigadora y sancionadora del Estado para que no se desborde y desconozca los derechos y libertades que le corresponde defender, pues supone una intervención con importantes costos sociales, y debe por tanto someterse al ordenamiento jurídico, como lo expresa el aforismo “nullum crimen, sine lege”.

Dentro de los límites formales, se encuentra el principio de legalidad como la principal demarcación propia del Estado de Derecho para ejercer la potestad punitiva elevando una serie de garantías para los ciudadanos, y su esencia radica en que no puede imponerse pena o sanción que no haya sido señalada como tal por el legislador, originado en el Estado liberal, aceptado por la comunidad internacional y proclamado en instrumentos universales; pero como la sola expresión formal no garantiza su cumplimiento, se hace necesario que la ley reúna requisitos como la escritura, es decir, que tanto el derecho penal como el disciplinario debe ser exclusivamente positivo, de reserva estrictamente legal.

³GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. Introducción al Derecho Penal, Ed. Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2005.

Otra, que exige que las disposiciones que expida el legislador tengan un carácter previo a las situaciones que son objeto de reproche, por ello su característica general es la irretroactividad con la excepción de la aplicación del principio de favorabilidad; a la vez ha de ser estricta redacción, pues la vaguedad de las definiciones en las faltas y los delitos como las sanciones y las penas, disminuyen la seguridad jurídica⁴.

Dentro de los límites materiales, se encuentra el de la intervención mínima, es decir, que el reproche estatal solo debe intervenir frente a afecciones a bienes jurídicos que revistan mayor gravedad; por lo tanto, la acción estatal es de carácter subsidiario, es decir, que si hay medios menos lesivos, se preferirá su utilización a la del medio represor estatal, coexistiendo las medidas penales con otras sanciones previstas por las otras ramas del derecho que tendrán una finalidad diferente, sin embargo, de todas las consecuencias jurídicas por infringir bienes jurídicamente tutelados, solamente el Derecho Penal permitirá la privación de la libertad.

Otro límite material a la fuerza represora estatal, es la exigencia de lesividad, pues el ordenamiento jurídico está orientado a evitar

⁴MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal, Parte General, Sexta Ed. Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 2000.

lesiones a los bienes jurídicos de mayor trascendencia, por cuanto en virtud del contrato social, los cohabitantes reclaman su protección y la imposición de medidas disuasivas cuando son vulnerados, por lo tanto, la exclusiva protección de éstos, es el punto de partida de la antijuridicidad material, lo que impide que en virtud del *ius puniendi* se castiguen conductas que afecten intereses meramente morales, sino que se aplicará frente a procederes que afecten la participación de los individuos en el sistema social y jurídico propios de un Estado democrático⁵.

La culpabilidad supone otro límite material al ejercicio del *ius puniendi* estatal que exige la existencia de una serie de elementos como son la capacidad, el conocimiento de la antijuridicidad y la exigibilidad de otra conducta distinta, lo que implica a que si alguno de ellos falta, no podrá imponerse una pena o una sanción por parte del agente represor. También adquiere relevancia al ser un elemento de graduación de la pena o la sanción a efectos de determinar la medida a imponer, su gravedad y duración.

Como se señalará posteriormente, uno de los fuertes más importante frente al poder represor del Estado lo comporta el principio de humanidad, pues el hombre es el protagonista

⁵MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General, 8ª Ed. Reppertor, Barcelona, 2008.

central del derecho penal y sancionatorio en general y eje, por ende de la política criminal, originando la transición de un sistema que respaldaba la pena capital y los maltratos físicos a un sistema que impone el deber a los agentes estatales de respetar al responsable y protegerle de vejámenes y padecimientos que no van acorde con su dignidad humana y que contempla además, unas consecuencias jurídicas tendientes a buscar que el infractor reconozca su error y se reubique de nuevo en el conjunto social, pues la resocialización, como otro límite material, obedece a la exigencia democrática de permitir la participación de todos los ciudadanos en la vida social, buscando que las penas y sanciones no cercenen a la persona del seno común y en caso que sea necesario, se deben desechar medidas desocializadoras⁶.

Además de humana y resocializadora, la pena y la sanción han de ser proporcionales a la entidad del delito o falta cometidas, pues la represión no puede ser aplicada con mayor gravedad a la dimensión del daño que ha causado la conducta; así limita tanto las medidas a imponer como la graduación de las mismas; el operador jurídico deberá elevar juicio para ponderar la importancia del bien jurídico afectado, la forma en que se produjo su vulneración, entre otros.

⁶ Ibíd.

Finalmente, el principio denominado in dubio pro disciplinado, limita el ius puniendi en un Estado Social de Derecho, cuando impide la aplicación de medidas represivas cuando no se tiene certeza de la responsabilidad del presunto infractor, pues precisa que toda duda razonable se resolverá en favor del investigado cuando no haya modo de eliminarla.

Al respecto, ha manifestado el Ministerio Público:

[...] El in dubio pro disciplinado, al igual que el in dubio pro reo, emana de la presunción de inocencia, pues ésta implica un juicio en lo que atañe a las pruebas y a la obligación de dar un tratamiento especial al procesado.

Así las cosas, si hecha la valoración de la prueba, el juez instructor se encuentra con medios probatorios que demuestran hechos que se confrontan entre sí, tiene el deber de ordenar la práctica de nuevas pruebas tendiente a eliminar dicha contradicción, para buscar de esa manera la verdad, si practicadas las nuevas pruebas, persiste la duda de lo realmente sucedido, pues se tienen varias hipótesis respecto de la ejecución de la conducta, deberá tenerse en

cuenta la prueba que favorece al disciplinado [...] ⁷.

1.2. LA DIGNIDAD HUMANA EN EL ESTADO SOCIAL DE DERECHO COLOMBIANO, CONCEPTO E IMPLICACIONES EN LOS ASPECTOS PUNITIVO Y SANCIONADOR.

La dignidad humana ha sido genéricamente contemplada como un valor fundamental y así lo ha consagrado el constituyente primario a través de los delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, cuando en el artículo primero constitucional declara Colombia como un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana ⁸.

Tal concepción por parte del poder constituyente, se asienta en el reconocimiento de la inteligencia y la grandeza de la libertad que representa y caracteriza a la naturaleza humana que le ha permitido trascenderse y transformar el ambiente que le rodea, adquiriendo por lo tanto un valor de orden superior con respecto al de los

⁷COLOMBIA. PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. IUS 2007-309625, IUC 01-168627-07. 19 de agosto de 2010.

⁸COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, art.1.

demás seres que coexisten en la naturaleza, valor que ha sido denominado como "dignidad humana"⁹, que no puede ser otorgado ni suprimido, por cuanto es inherente a la condición de ser humano, es implícito al concepto de persona natural, anterior a su capacidad volitiva por lo que no es de libre disposición y exige de otros, incluso del Estado o de la sociedad, un respeto absoluto e incondicional, pues la persona deberá ser concebida como un fin y no como un medio.

Por ello, la Constitución Política expedida por el pueblo colombiano en el año 1991, se ha caracterizado por diseñar un aparte dogmático enfocado en la persona, en brindarle una serie de garantías reconocidas como derechos fundamentales y de mecanismos que permitan hacerlas efectivas y exigibles a las autoridades, sin tener en cuenta nacionalidad, sexo, raza, u otra condición de carácter discriminatorio, *verbi gracia* la acción de tutela, con la cual se pretendió dotar al ciudadano común de un mecanismo expedito y efectivo para hacer valer sus derechos fundamentales, siendo su base el artículo 8 de la Declaración Universal de Derechos Humanos proclamada en el año 1948, donde establece que [...] Toda persona

⁹. VIDAL-BOTA, J. Valores y principios. La dignidad humana y sus implicaciones éticas. En: <http://www.aceb.org>.

tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley[...]¹⁰.

El reconocimiento de la dignidad humana como valor superior, según la jurisprudencia constitucional:

[...]exige un trato especial para el individuo, de tal forma que la persona se constituye en un fin para el Estado que vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico. De lo expuesto fluye que cuando el Estado, independientemente de cualquier consideración histórica, cultural, política o social, establece normas sustanciales o procedimentales dirigidas a regular las libertades, derechos o deberes del individuo, sin tener presente el valor superior de la dignidad humana, serán regulaciones lógicas y sociológicamente inadecuadas a la índole de la condición personal del ser humano y, por contera, contrarias a la Constitución, en la medida en que se afectarían igualmente los derechos

¹⁰DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS. 1948, art. 8.

fundamentales, dado que éstos constituyen condiciones mínimas para la "vida digna" del ser humano; en efecto, cuando se alude a los derechos fundamentales se hace referencia a aquéllos valores que son anejos a la dignidad humana [...]¹¹.

Entonces, en el orden interno colombiano ha de entenderse al valor denominado "dignidad humana" como el primer fundamento del Estado Social de Derecho que conlleva la imposición de deberes positivos y de abstención para el Estado, el cual debe propender porque la persona cuente con las condiciones inmateriales de carácter ético, moral, axiológico, emocional e incluso espiritual y materiales, como son los bienes y servicios, todas ellas necesarias para permitir el desarrollo de su proyecto de vida¹² y que deben ser tenidas en cuenta aun cuando el Estado, en razón del poder represor que ostenta, imponga una pena o una sanción.

Si bien el constituyente primario ha dotado al Estado del *ius puniendi* como un medio para resolver

¹¹COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-521 de 1998. MP. Antonio Barrera Carbonell.

¹²COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336 de 2008. MP. Clara Inés Vargas Hernández.

conflictos y lograr el ejercicio de derechos y libertades de los asociados que se someten al rigor jurídico, también lo es que la misma Carta ha establecido como límite, a la hora de imponer penas y sanciones, el valor de la dignidad humana; en este orden, a pesar que un individuo, bien sea particular o servidor público, infrinja manifiestamente el orden normativo y con ello afecte bienes jurídicos, debe ser sometido a una consecuencia jurídica respetándose siempre su condición como ser humano.

El principal límite que se asoma en la Carta Política que respeta la condición humana lo constituye la garantía denominada como debido proceso, pues si bien es cierto el Estado está facultado para imponer penas o sanciones, no puede hacerlo de cualquier modo, sino que debe someter al inculcado a un juicio regido por leyes preexistentes al acto imputado, donde previamente se ha designado un juez, tribunal o autoridad competente, que en ejercicio de su labor debe observar plenamente las formas propias que en forma anticipada se han constituido como reglas del juego.

Otras garantías para la imposición de una pena o sanción¹³, son:

¹³COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, art. 29

- Aplicación preferente de la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, a la restrictiva o desfavorable.
- Presunción de inocencia mientras la persona no se declare judicialmente culpable.
- Derecho a la defensa y a la asistencia técnica escogida por él, o de oficio en las fases de investigación y juzgamiento
- Celeridad en el proceso público sin dilaciones injustificadas
- Solicitud, presentación y contradicción de pruebas.
- Impugnación de sentencia condenatoria o fallo sancionatorio
- No ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
 - No emitir sentencia condenatoria o fallo sancionatorio teniendo como fundamento prueba obtenida con violación del debido proceso o violando el principio de no auto incriminación¹⁴.

¹⁴Previsto en el artículo 33 constitucional, según el cual [...]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 [...].

Por otra parte, la carta prohíbe penas de destierro, prisión perpetua y confiscación, no obstante permitir la extinción de dominio sobre bienes que hubiesen sido adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social¹⁵.

Así, el ejercicio de la potestad castigadora que ostenta el Estado se encuentra delimitado dentro de aquellos parámetros delineados por el mismo constituyente para salvaguardar la dignidad de los infractores debido a su condición humana, la cual prevalece, aun cuando en virtud de una pena impuesta legítimamente, se encuentre privado de la libertad:

[...] El Estado está en la obligación de procurar la función resocializadora de las personas condenadas a penas privativas de la libertad. Por tal motivo, quienes se encuentran purgando una pena cuentan con las garantías constitucionales de cualquier ciudadano y, en el evento de creer vulnerados sus derechos fundamentales, están legitimados para accionar ante los organismos judiciales en busca de la protección de los mismos. Por esta razón, los penados podrán exigir un trato

¹⁵Ibíd., art. 34.

que respete su dignidad humana, la cual va ligada inequívocamente con el derecho fundamental a la vida digna. Lo expuesto, implica que los sujetos sometidos a una relación de sujeción especial con el Estado podrán hacer valer sus derechos en pro de obtener las oportunidades necesarias y los medios precisos para el desarrollo de su personalidad humana, con el fin de que se les garantice una vía para la resocialización [...]¹⁶.

Es claro entonces, que la salvaguarda de la dignidad humana debe ser protegida sin importar la condición de investigada, sancionada y/o condenada que pueda presentar una persona, bien sea particular o servidora pública, siendo una obligación estatal procurar la realización de sus derechos fundamentales.

2. EL DERECHO DISCIPLINARIO COMO HERRAMIENTA ADMINISTRATIVA DE AUTOTUTELA

¹⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-286 de 2011. MP. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

La potestad sancionadora de la administración tiene asidero en su mismo propósito, esto es, la consecución de los fines del Estado, lo que permite [...] otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal [...]¹⁷.

En efecto se puede apreciar que en algunos numerales del artículo 34 de la Ley 734 de 2002, donde se consagran los deberes exigibles para todos los servidores públicos, se exige el cumplimiento del servicio confiado bajo los parámetros de diligencia, eficiencia e imparcialidad, así como la obligación de abstenerse de realizar cualquier clase de acto u omisión que suspenda o perturbe injustificada un servicio esencial o que implique el abuso indebido del cargo, además de comportarse con respeto, imparcialidad y rectitud en las relaciones interpersonales por razón del servicio público, entre otros¹⁸.

¹⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-030 de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 2002, art. 34.

En consecuencia, el ejercicio del *ius Puniendi* en el campo disciplinario, se concreta entonces en la facultad de las autoridades competentes para sancionar a sus propios funcionarios, en virtud de lo previsto en los artículos 1º, 2º, 6º, 92, 122, 123, 124, 125, 150-2, 209 y 277 de la Carta Política, sin otro fin que asegurar por parte de sus destinatarios el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública en el desempeño del cargo, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, regulando así el servicio público mediante el comportamiento disciplinario del servidor basado en la imposición de derechos, deberes, obligaciones, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, para salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia - fundamento para la responsabilidad disciplinaria- de los servidores públicos¹⁹.

El Derecho Disciplinario tiene su fundamento en la relación especial de sujeción que existe entre el servidor público y el Estado de la cual brota la imposición de una serie de deberes, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades que en su condición de agentes, conducen a que el Estado se adhiera a la finalidad otorgada por el pueblo a través de la Constitución y la ley, siendo así un elemento básico de la

¹⁹Ibíd.

organización estatal hacia la consecución de los postulados propios del Estado Social de Derecho²⁰.

Quiere decir lo anterior, que la potestad del Estado para sancionar a un funcionario tiene como base una relación de sometimiento de éste respecto de la Administración con una especial intensidad que podría justificar un eventual menoscabo de ciertas situaciones administrativas a las que normalmente tendría derecho, por ejemplo, a recibir un salario, derecho que podría suprimirse temporalmente al imponerse una sanción de suspensión en el ejercicio del cargo.

No obstante, si bien ha señalado la Constitución Política que [...] Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones [...] ²¹ ello no puede conducir a que en virtud de las relaciones especiales de sujeción entre el servidor público y el Estado, los principios y garantías legales y constitucionales se puedan minimizar o aplicar con menor flexibilidad o

²⁰COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-899 de 2011. MP. Jorge Ignacio PreteltChaljub.

²¹COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, art.6.

rigurosidad, pues según el artículo 29 constitucional, el debido proceso se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas²².

3. LA SANCIÓN DISCIPLINARIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO

Se podría definir a la sanción entonces desde un punto de vista filosófico, social o jurídico como [...] un mal que impone la ley por una mala acción, o el escarmiento por los yerros cometidos, o el mal que cause dolor por razón de un hecho doloso, culposo o impropio o en general, el tratamiento que la autoridad impone a una persona a causa de su conducta, para expresar la reprobación social o institucional, con respecto al acto y a su autor [...] ²³. Es entonces aquella que se aplica al autor de una conducta constitutiva como falta a raíz de la potestad disciplinaria existente entre el superior, en este caso la Administración Pública y el subordinado, es decir el servidor

²²MEJÍA OSSMAN, Jaime. El Derecho Disciplinario en el Estado Social de derecho. Conferencia VIII Congreso Disciplinario para las Fuerzas Militares. Bogotá, octubre 24 de 2012.

²³PARRA GUTIERREZ, William René. Derecho Administrativo Disciplinario. 2° ed. Santafé de Bogotá, D.C.: Ediciones Librería del Profesional, 1997, p. 1.

público o el particular que ejerce funciones de este tipo²⁴.

A través del derecho disciplinario, se sanciona la infracción al deber funcional, es decir, al conjunto de funciones, prohibiciones, inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones y persigue entonces que la función pública se adhiera a los postulados constitucionales materializados por el legislador y cuando ello no suceda se proceda a corregir y encauzar la conducta de los agentes para que se le permita al Estado cumpla de manera eficiente y eficaz los fines enumerados en el artículo 2 de la Constitución.

Entonces, para que opere la acción disciplinaria, es necesario que la trasgresión genere o ponga en peligro la función pública, tal y como se puede evidenciar del contenido del artículo 5 del actual Código Disciplinario, Ley 734 de 2002, exige entre sus principios la ilicitud sustancial de la falta, es decir que el proceder a reprochar debe atentar contra el buen funcionamiento del Estado y el desconocimiento de sus fines, tal y como ocurre cuando se incumplen u omiten deberes asignados en la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funcionamiento.

Para el año 2002 se expide el actual Código Disciplinario Único que en el

²⁴Ibíd., p. 5.

artículo 44 establece las siguientes sanciones:

- Destitución e inhabilidad general de diez a veinte años para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
- Suspensión del cargo e inhabilidad especial de treinta días a doce meses para faltas graves dolosas o gravísimas culposas y cuando se afecte el patrimonio público la inhabilidad será de carácter permanente.
- Suspensión para faltas graves culposas de treinta días a doce meses.
- Multa para faltas leves dolosas.
- Amonestación escrita para faltas leves culposas²⁵.

El aumento en el término de las suspensiones y de las inhabilidades es realmente significativo, razón por la cual fue objeto de varios debates en el sentido que si realmente un aumento en sanciones o en penas serían el factor necesario por la Administración para derrotar el flagelo de la corrupción y en este sentido, el Legislador argumentó que la Ley 734 obedece a una voluntad general por sancionar con mayor severidad a los

funcionarios públicos que con sus conductas lesionen la función pública de acuerdo con la mayor gravedad de su afectación. Dice así la Gaceta correspondiente:

[...] En efecto, en la exposición de motivos de la Ley 734 de 2002 se expuso lo siguiente:
[...]

Dado el deterioro ético y moral del ejercicio de la función pública, la magnitud de la corrupción administrativa y el nivel de desconocimiento de los derechos ciudadanos, para que la labor de control disciplinario pueda resultar eficaz, se consideró necesario que las sanciones sean más severas y drásticas. De otra manera, la situación descrita puede empeorar. Si los abusos del poder público no se enfrentan con sanciones disciplinarias fuertes, éste se desborda, escapa a todo control y se torna definitivamente arbitrario.

La posibilidad legal de imponer sanciones severas acordes con la gravedad de las conductas y de inhabilitar a los funcionarios de manera más drástica se resuelve, por una parte, aumentando las faltas que dan lugar a la destitución, y por otra, aumentando el término de las suspensiones e inhabilidades.

²⁵ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 2002, art. 44.

En este contexto se estableció que las faltas gravísimas se sancionan con destitución e inhabilidad general, que implica la terminación de la relación del servidor público con la administración y le impide acceder a cualquier cargo o función. El proyecto corrige el vacío de la Ley 200 de 1995 y le fija un término a la inhabilidad general: entre 5 y 20 años [...] ²⁶.

Otra crítica se presentó frente al hecho de unir como una sola sanción la destitución y la inhabilidad general, pues se argumentaba que tal precepto vulneraba la garantía del non bis in idem, es decir que se estaba sancionando dos veces por el mismo hecho. En este sentido manifestó la corte:

[...] Una interpretación sistemática de la Ley 374 de 2002 permite concluir que el legislador estableció la destitución y la inhabilidad general como dos sanciones inseparables y concurrentes, para los casos de la comisión de faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima. [...]

Así pues, de una lectura integral de la Ley 734 de 2002 no se desprende, que un

funcionario público pueda llegar a ser destituido sin que se le imponga, al mismo tiempo la inhabilidad general. En consecuencia, no se está en presencia, como equivocadamente lo sostiene el actor, de una sanción principal y otra accesoria, sino que, se insiste, se trata de dos sanciones que se aplican a una misma persona, pero cuyas finalidades son completamente distintas. La destitución conlleva un rompimiento de todo vínculo jurídico que tuviera el funcionario con el Estado[...]. En contrapartida, la inhabilidad general consiste en la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función durante un período que va entre los 10 y los 20 años. En otros términos, la destitución por faltas gravísimas o realizadas con culpa grave, siempre conlleva la inhabilidad general, cuyo término de duración será, en los términos del artículo 46 de la Ley 734 de 2002, entre 10 a 20 años, de conformidad con los principios que orientan la graduación de la sanción, en especial, la proporcionalidad [...] ²⁷.

²⁶ GACETA DEL CONGRESO núm. 291 del 27 de julio de 2000, Senado de la República, Proyecto de Ley Número 19 de 2000, p. 24.

²⁷ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1076 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

Luego entonces, la sanción disciplinaria es vista como una auto tutela en la que el Estado puede corregir sus propios errores solo con el fin de que no se vea disminuida la confiabilidad de la comunidad en la gestión pública ya que esto al final redundaría en la creencia en las instituciones y en el orden constitucional.

3.1 LA PENA EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

La pena es una de las categorías fundamentales de un sistema penal y por tal motivo, en la sociedad moderna denominada “civilizada”, debe estar determinada en forma cierta, es decir que defina con certeza las consecuencias respecto de cierto proceder, de tal modo que los ciudadanos sepan a qué atenerse en su diaria convivencia, es decir, cuáles serán las consecuencias sobrevinientes en caso de ser encontrado responsable de ella; también ha de ser previa, pues son decisiones normativas elevadas mediante ley con anterioridad a los hechos que generan la imputación penal y finalmente ser escrita, por cuanto son de reserva legal. Así, en el sentir de la Corte Constitucional [...] Se desvanece el peligro de que [...] las penas, por no estar específicamente determinados, sean

urridos sobre la marcha y, en consecuencia, acomodados a las urgencias coyunturales que asalten a sus reglamentadores o ejecutores [...]”²⁸.

Aunado a lo anterior, el legislador ha dispuesto en la norma penal general, que la imposición de la pena responderá al principio de necesidad, partiendo de la base que la criminalización de una conducta solo puede operar como última alternativa, cuando no exista otro medio de protección de los bienes jurídicos que resulte menos invasivo de las libertades individuales, es decir que debe operar como *ultima ratio*, cuando las medidas que establecidas no resulten efectivas para lograr la protección adecuada de un bien jurídico. Igualmente deberán responder a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en relación con la entidad y grado de afectación del bien jurídico tutelado, como lo ha interpretado la Alta Corporación: [...] Por consiguiente, como consecuencia ineluctable de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, es claro que existen comportamientos, que por no afectar ningún bien jurídico de importancia, se encuentran excluidos del poder punitivo del Estado. Como se explicó en aparte anterior, la razón de estos límites materiales al derecho penal es

²⁸COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-238 de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería.

que éste implica una afectación muy intensa de la libertad de las personas, por lo cual, sólo se justifica su presencia cuando se trate de amparar bienes jurídicos de mayor trascendencia que la propia libertad [...]²⁹.

En este orden de ideas, el legislador colombiano, ha establecido en el artículo 35 del Código Penal regulado en la Ley 599 de 2000 una serie de consecuencias jurídicas que ha denominado penas principales, entre las que se encuentra la privación de la libertad de prisión, la pecuniaria de multa y las demás que privan otros derechos que se encontraran señalados en el aparte especial respectivo y como penas sustitutivas, la prisión domiciliaria (respecto de la prisión) y el arresto de fin de semana convertible en arresto ininterrumpido (en relación con la multa)³⁰, siempre teniendo en cuenta la trascendencia del bien jurídico que se tutela, pues solo si éste sobrepasa al valor de la libertad, verbi gracia, la vida, será posible aplicar una pena de tal magnitud que prive el derecho de movilizarse libremente por el territorio nacional.

4. DIFERENCIAS ENTRE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA Y

²⁹COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-988 de 2006. MP. Álvaro Tafur Galvis.

³⁰COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000, arts. 35 y 36.

LA PENA EN EL ORDEN INTERNO COLOMBIANO

El punto de partida para diferenciar la pena de la sanción disciplinaria, a pesar de que tanto la una como la otra son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado, tiene que ver con la independencia que ha sido claramente establecida por la jurisprudencia, entre la acción penal y la acción disciplinaria, pues el interés de protección difiere de la una a la otra:

[...] Ha de decir la Sala como ha sido reiterado en la jurisprudencia, que la acción disciplinaria es independiente de la acción penal, ya que la finalidad de cada uno de tales procedimientos es distinta, pues los bienes que se protegen y el interés jurídico que se tutela son diferentes. El ente sancionador, independientemente del fallo de la justicia penal, podía enjuiciar la conducta del actor frente a las normas disciplinarias que gobernaban su situación, sin que ello implique violación del principio "non bis in idem" [...]³¹.

³¹COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Fallo 11369 de 1997. CP. Dolly Pedraza de Arenas.

Para la alta corporación contencioso administrativa, la acción disciplinaria supone una atribución o potestad de la administración pública que permite a las entidades llevar a cabo los procesos administrativos que permitan establecer la responsabilidad de quienes incurrir en hechos constitutivos de faltas disciplinarias, con la finalidad que sus funcionarios adecúen sus actuaciones hacia la consecución de los fines que constitucionalmente se le han atribuido al Estado³².

En el sentir de la Corte Constitucional, la acción disciplinaria es [...] una acción pública que se orienta a garantizar la efectividad de los fines y principios previstos en la Constitución y en la ley para el ejercicio de la función pública; cuya titularidad radica en el Estado; que se ejerce por la Procuraduría General de la Nación, las personerías, las oficinas de control disciplinario interno, los funcionarios con potestad disciplinaria y la jurisdicción disciplinaria; que es independiente de las acciones que puedan surgir de la comisión de la falta y que permite la imposición de sanciones a quienes sean encontrados responsables de ellas [...] ³³.

³²COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Fallo **C-14941 de 1999**. CP. Silvio Escudero Castro.

³³COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C391 de 2002. MP. Jaime Córdoba Triviño.

Por otra parte, el Consejo de Estado, ha sostenido que el bien jurídico protegido por la norma penal [...] es más amplio y genérico, pues se hallan involucrados los valores e intereses de toda la sociedad [...] ³⁴, mientras que el interés protegido por la acción disciplinaria corresponde tan solo al ámbito de la función pública y a la misión que le corresponde adelantar a la respectiva entidad; además señala que [...] el reconocimiento de que el legislador puede consagrar tipos disciplinarios y tipos penales para sancionar la conducta de los funcionarios público, muestra por sí solo la distinta naturaleza y la independencia de las actividades penal y correccional [...] ³⁵. Finalmente, ha de tenerse en cuenta que la pena se impone como consecuencia de la relación general de sujeción señalada en el artículo 6° de la Carta Política, según el cual, los particulares solamente responden ante la respectiva autoridad por infringir la Constitución y las leyes, pues el sometimiento a tales normas es un deber señalado por el mismo constituyente en el artículo 95 del texto de la carta, relativo a los deberes generales de todo colombiano ³⁶.

³⁴COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Fallo **63910 de 2010**. CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

³⁵Ibíd.

³⁶COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991, arts.6° y 95.

CONCLUSIONES

Por su parte, la sanción disciplinaria se fundamenta en la relación especial de sujeción establecida en el mismo artículo 6° constitucional donde ordena a los servidores públicos responder no solo por infringir el orden normativo, sino además por incurrir en omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones y que trae como consecuencia la modificación parcial o definitiva de una situación administrativa por parte de la autoridad competente como consecuencia de una decisión en Derecho, pero sin que ello le faculte para morigerar garantías sustanciales y procesales en el transcurso de la actuación respectiva.

Por lo tanto, la sanción y la pena tienen un origen, una concepción y finalidad diferente, pues la primera proviene de una decisión emitida por una autoridad administrativa prevista legislativamente para tal fin por la infracción de los deberes que le son propios a los servidores públicos en virtud con su relación especial de sujeción con el Estado, mientras que la pena siempre será impuesta por una autoridad judicial revestida de poder, a quien transgrede el orden normativo y afecte bienes jurídicos tutelados para propender la paz y sana convivencia social, limitándole el goce de derechos como el de la libertad, entre otros.

El ejercicio del *ius puniendi* presenta implicaciones de carácter punitivo y sancionador dentro del Estado Social de Derecho colombiano, no obstante tener como fundamento en común el concepto de Dignidad Humana. En el ámbito penal, tiene la posibilidad de representar el máximo poder represivo del Estado que le permite limitar derechos subjetivos, siendo el de mayor entidad el de la libertad – pues en Colombia no se aplica la pena de muerte-, el cual constituye la base para que los ciudadanos puedan disfrutar de los demás derechos fundamentales y por ello, dada su relevancia, solo puede ser limitado mediante una decisión expedida por un juez de la república que goce de competencia para tal efecto, de conformidad con la normatividad vigente y con los límites impuestos en la Constitución Política, la cual proscribía penas de exilio y de carácter perpetuo.

En el campo disciplinario, la sanción, representa la potestad estatal de separar temporal o definitivamente a un servidor público de la Administración Pública, durante un lapso máximo de veinte años, la cual posibilita la limitación de derechos subjetivos más allá que el derecho de participar en el andamiaje estatal durante cierto lapso de tiempo.

La diferencia estructural entre la pena y la sanción disciplinaria recae en que la primera tiene como fuente el concepto de relación general de sujeción, según la cual, toda persona natural responde ante el aparato estatal cuando incurre en las prohibiciones que el legislador ha previsto dentro de su poder de configuración otorgado constitucionalmente.

Por su parte, la sanción disciplinaria es el resultado de la relación especial de sujeción, que implica el llamado a responder por quien ostenta la calidad de servidor público, cuando incurre en omisión o extralimitación de su deber funcional, sin justificación alguna.

Bajo tales premisas no se considera ajustado a Derecho, que existiendo diferencias tanto en el origen como en sus consecuencias entre la pena y la sanción disciplinaria, sea posible que ambas acciones se dediquen a investigar delitos, ya que tal actividad supone un desgaste administrativo para el operador disciplinario, cuando el juez penal ha adelantado una investigación en tal sentido aún involucrando a la función pública, teniendo en cuenta que además, la exclusión de ésta hace parte del catálogo de penas contenidas en el orden interno penal colombiano.

BIBLIOGRAFÍA

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 734 de 2002

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Fallo 11369 de 1997. CP. Dolly Pedraza de Arenas.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Fallo **C-14941 de 1999**. CP. Silvio Escudero Castro.

COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Fallo **63910 de 2010**. CP. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

COLOMBIA. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

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

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C391 de 2002. MP. Jaime Córdoba Triviño.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1076 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-238 de 2005. MP. Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA. CORTE
CONSTITUCIONAL. Sentencia C-988
de 2006. MP. Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA. CORTE
CONSTITUCIONAL. Sentencia C-336
de 2008. MP. Clara Inés Vargas
Hernández.

COLOMBIA. CORTE
CONSTITUCIONAL. Sentencia T-286
de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt
Chaljub.

COLOMBIA. CORTE
CONSTITUCIONAL. Sentencia C-899
de 2011. MP. Jorge Ignacio Pretelt
Chaljub.

COLOMBIA. CORTE
CONSTITUCIONAL. Sentencia T-030
de 2012. MP. Luis Ernesto Vargas
Silva.

COLOMBIA. PROCURADURÍA
GENERAL DE LA NACIÓN. IUS
2007-309625, IUC 01-168627-07. 19
de agosto de 2010.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE
DERECHOS HUMANOS. 1948

GACETA DEL CONGRESO núm. 291
del 27 de julio de 2000, Senado de la
República, Proyecto de Ley Número
19 de 2000.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA,
Antonio. Introducción al Derecho
Penal, Ed. Universitaria Ramón
Areces. Madrid, 2005.

MEJÍA OSSMAN, Jaime. El Derecho
Disciplinario en el Estado Social de
derecho. Conferencia VIII Congreso
Disciplinario para las Fuerzas
Militares. Bogotá, octubre 24 de 2012.
MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal.
Parte General, 8ª Ed. Reppertor,
Barcelona, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho
Penal, Parte General, Sexta Ed.
Tirant lo Blanch Libros, Valencia,
2000.

PARRA GUTIERREZ, William René.
Derecho Administrativo Disciplinario.
2º ed. Santafé de Bogotá, D.C.:
Ediciones Librería del Profesional,
1997.

VIDAL-BOTA, J. Valores y principios.
La dignidad humana y sus
implicaciones éticas. En:
<http://www.aceb.org>.