



La presente obra está bajo una licencia:
Atribución-NoComercial 2.5 Colombia (CC BY-NC 2.5)
Para leer el texto completo de la licencia, visita:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/2.5/co/>

Usted es libre de:



Compartir - copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra
hacer obras derivadas

Bajo las condiciones siguientes:



Atribución — Debe reconocer los créditos de la obra de la manera especificada por el autor o el licenciante (pero no de una manera que sugiera que tiene su apoyo o que apoyan el uso que hace de su obra).



No Comercial — No puede utilizar esta obra para fines comerciales.

El debido proceso y la variación de la calificación jurídica de la conducta disciplinaria.¹

Leymer Alfredo Jiménez Montaña²
Universidad Católica de Colombia

Resumen

El derecho disciplinario es una rama que ha presentado un desarrollo significativo en Colombia en los últimos años, en razón precisamente a la importancia que representa para el correcto y adecuado funcionamiento de la función pública en el país. Esta rama del derecho ha ido evolucionando a medida de su aplicación, por lo que es importante precisar ciertos conceptos que se han venido aplicando y determinar la incidencia de los mismos en el marco de los procesos que adelantan en materia disciplinaria contra servidores públicos y particulares que ejercen función pública. Sin embargo, la Ley 734 de 2002 consagra en su artículo 165 que es posible que el operador jurídico disciplinario modifique la calificación jurídica del hecho concluida la práctica de pruebas y hasta antes del fallo de primera o única instancia, esto representa para el sujeto disciplinable una carga dentro del proceso que puede derivar en una violación a los principios del derecho fundamental al debido proceso. Este artículo de reflexión busca mediante la interpretación de los postulados del Código Único Disciplinario y el desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el debido proceso, verificar si existe vulneración al debido proceso del sujeto disciplinable al permitir la variación de la calificación jurídica, en el sentido que los argumentos de la defensa cambian sustancialmente de acuerdo a la calificación jurídica que se impute, por lo que la defensa técnica no resultaría totalmente garantizada en estos casos.

Palabras clave: Falta Disciplinaria, Culpa, Dolo, Conducta disciplinaria, Debido Proceso, Pliego de Cargos.

¹ Artículo de reflexión presentado como requisito para optar al título de Abogado de la Universidad Católica de Colombia, bajo la asesoría del Doctor Luis German Ortega Ruiz, docente de la facultad de Derecho, 2018.

² Estudiante de Derecho con materias culminadas, perteneciente a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia, identificada con código estudiantil No. 2107083, Correo electrónico: lajimenez38@ucatolica.edu.co

Due process and variation of the legal qualification of disciplinary behavior

Abstract

Disciplinary law has had a huge development in the past few years in Colombia, as a way to redirect the correct functionality of the public sector. The development has been changing according to its implementation, so it is important to have an accurate understanding of the concepts applied in the process and the incidence of them in the different actions against public servants and people from the private sector with public functions. However, the Act 734 of 2002, contains the article 165. That article from my point of view has a huge failure, because, the judge is allowing to modify the initial judicial qualification of the prosecuted behavior. That situation will appear, after the evidence phase and before the judge ruling in first or unique instance. This situation represents an enormous disadvantage to the prosecuted because it could be in front of a possible a violation of "fair judgement" as a constitutional right. According to that, the main object of this article is to show how the modification of the judicial qualification of the prosecuted behavior, will lead the judge rule to a violation of the constitutional right called "fair judgment", according to the interpretation of the disciplinary law and the constitutional court decisions and will affect the technical prosecuted defense, in terms of a trial with all the constitutional guarantees where the "fair judgement" it is absolutely included

Key words: Disciplinary Fault, Fault, Dolo, Disciplinary Conduct, Due Process, List of Positions.

Sumario

Introducción. 1. Generalidades del derecho disciplinario en Colombia. 1.1 Sujetos Disciplinables. 1.2 Falta disciplinaria. 2. Culpabilidad en la falta disciplinaria. 2.1 Dolo. 2.2 Culpa. 3. Variación en la calificación jurídica de la conducta disciplinaria. 4. Principio de Congruencia en materia penal y su aplicación en el derecho disciplinario. Conclusiones. Referencias.

Introducción

El origen del derecho disciplinario data del derecho romano, más exactamente de la concepción de justicia que existía en el mismo a partir de lo expuesto en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano. La existencia de un deber en el comportamiento hace necesario crear una disciplina que permita observar el cumplimiento de esos deberes y sancionar en el caso que se identifique que se ha faltado a ese deber. Esos deberes comportamentales se predicen de manera específica de los servidores públicos, por tener una especial calidad en la cual es exigible ciertos tipos de parámetros para conllevar al cumplimiento de los fines del Estado de manera eficiente (Valencia, 2001).

Como lo indica Torres (2016) lo anterior teniendo en cuenta la política pública que ha adoptado el gobierno colombiano sobre el concepto de buen gobierno que reconoce a la corrupción y la desigualdad como verdaderas amenazas para todo el sistema político, económico y social, y desarrolla herramientas que permiten que la función pública se ajuste a criterios de transparencia y publicación de la información pública.

En Colombia el derecho disciplinario nace como un conjunto de normas específicas que contienen una serie de reglas comportamentales bajo las cuales debe desempeñarse la función pública. El desarrollo de esta rama del derecho en Colombia ha sido importante en la medida que orienta el buen funcionamiento del Estado desde sus servidores públicos, por lo que es una herramienta legítima del Estado.

En el ámbito de la administración pública y el desempeño de los servidores públicos, se desarrolla una relación administrativa entre el Estado y un individuo que adquiere un tipo de vínculo diferenciado del resto de los particulares, es por ello que quienes como servidores públicos acceden a la función pública deben reunir ciertas cualidades y condiciones, que se encuentren acordes con los supremos intereses que en beneficio de la comunidad se gestionan a través de dicha función (Ramírez, 2014).

Colombia ha evolucionado en materia de derecho disciplinario, fortaleciendo este sistema y creando mecanismos y procedimientos que permitan ejercer un control verdadero sobre el ejercicio de la función pública. En la actualidad cabe precisar que es una rama autónoma reconocida en la Constitución Política de 1991, la cual abre la posibilidad de imponer una

sanción ante la transgresión del deber funcional del servidor público, el ejercicio de esta potestad en la actualidad se encuentra regido por el Código Único Disciplinario, sin embargo es necesario que se realice la revisión de algunos conceptos como la posibilidad de la variación en la calificación del hecho que puede representar una vulneración del debido proceso de la persona investigada.

De acuerdo a lo mencionado anteriormente cabe precisar que en el desarrollo del proceso disciplinario se contempla un aspecto que afecta de manera importante el derecho al debido proceso en un escenario específico que presentara el desarrollo del presente artículo de investigación. En ese orden de ideas se ha definido como problema jurídico a resolver con del presente artículo de investigación el siguiente ¿Cómo se afecta el derecho fundamental al debido proceso la variación en la calificación jurídica del pliego de cargos en materia disciplinaria y de conformidad con el Código Disciplinario Único?

Se tiene como hipótesis que la variación de la calificación jurídica a título de dolo o culpa de la conducta endilgada en el pliego de cargos resulta perjudicial para el sujeto disciplinable que deberá estructurar su defensa sobre una calificación provisional, que puede resultar diferente en el fallo y afectaría el derecho fundamental al debido proceso.

La metodología utilizada para el desarrollo de este artículo de investigación es de carácter hermenéutico doctrinal y jurisprudencial, desarrollado a partir de un método de análisis síntesis que como fuentes principales tiene investigaciones de tipo jurídico sobre el tema y jurisprudencia nacional.

1. Generalidades del derecho disciplinario en Colombia

El Derecho Disciplinario está basado en los principios y categorías dogmáticas del derecho penal pero anclado por su funcionalidad y estructura, al derecho administrativo. Lo anterior teniendo en cuenta que desde la óptica de la necesaria regulación y sometimiento de los funcionarios a unos comportamientos éticos que busquen garantizar la buena marcha de la Administración y la protección de los intereses del Estado (Pavajeau, 2012).

Su origen entonces, se origina en la existencia de un deber funcional o comportamental de los funcionarios públicos o personas que ejercen función pública, teniendo en cuenta que el derecho disciplinario opera en el momento que se ve afectado dicho deber. Es necesario

resaltar que el servidor público tiene una exigibilidad mayor que el particular que no ejerce funciones públicas en cuanto su comportamiento debido a que está sometido a reglas especiales.

Como lo indica Daza (2014) el derecho disciplinario tiene naturaleza sancionatoria ya que busca evitar que una persona que está en el servicio público continúe más en éste por haber incurrido en una falta disciplinaria. Por ello esta rama del derecho está dada en favor de quien sanciona y permite que se impongan sanciones al servidor público o particular que ejerce función pública, atendiendo la gravedad de su falta.

De lo anterior se colige que la rama del derecho disciplinario tiene como finalidad la corrección de la función pública y el buen obrar del funcionario en la función pública. Tiene entonces una finalidad correctiva y de naturaleza sancionatoria toda vez que busca sancionar al funcionario que obró en contra del correcto funcionamiento del Estado y que, debido a ello, causa un daño o pone en peligro el mismo.

La Corte Constitucional hace referencia a la potestad sancionadora de la administración y sus fines:

La potestad sancionadora de la administración se justifica en cuanto se orienta a permitir la consecución de los fines del Estado, a través de “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 (C.P. arts. 1º, 2º, 4º y 16)”. En el ámbito específico del derecho disciplinario, la potestad sancionadora de la administración se concreta en la facultad que se les atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios funcionarios, y su fundamento constitucional se encuentra en múltiples normas de orden superior, tales como los artículos 1º, 2º, 6º, 92, 122, 123, 124, 125, 150-2, 209 y 277 de la Carta Política (Corte Constitucional, Sentencia C-030 de 2012).

Se infiere entonces que en razón a los preceptos constitucionales y legales el derecho disciplinario en Colombia debe considerarse como una rama autónoma, teniendo en cuenta el régimen de juzgamiento, el juez natural, las normas propias, entre otros aspectos.

Ahora bien, para dar claridad en el contexto de la presente investigación, a continuación, se hará referencia a los destinatarios de la acción disciplinaria.

1.1 Sujetos disciplinables:

En el derecho disciplinario se contempla la existencia de una relación de sujeción especial que se ha dado en virtud de la Ley, por lo tanto, quien hace parte de la administración estatal está sujeto a una serie de deberes respecto de sus funciones y su comportamiento, teniendo en cuenta que su buen desempeño hace que el Estado pueda cumplir de manera efectiva sus funciones (Ardila, 2012).

En esa medida el artículo 25³ del Código Único Disciplinario indica que los destinatarios de las normas de derecho disciplinario son los servidores públicos activos y retirados y los particulares que cumplan función pública, y los indígenas que administren recursos públicos.

En primer lugar, se habla de los servidores públicos, dentro de esa categoría en Colombia se ubican a los miembros de corporaciones públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales. En segundo lugar, se hace referencia a los indígenas que administran recursos públicos, teniendo en cuenta que los recursos públicos deben ser manejados de acuerdo al interés general, por cuanto, además de ser un aporte de todos los contribuyentes, su destinación implica el cumplimiento de los fines del Estado (González & Ramírez, 2011).

Respecto de los sujetos disciplinables, es necesario resaltar que no se habla únicamente de aquellos que se encuentran en servicio, como se indica a continuación:

La Ley 734 de 2002, artículo 257 , en concordancia con la Ley 489 de 1998, artículo 388 , señala que son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria. Esta misma norma señala que son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53, además de los indígenas que administren recursos del Estado (Pavas, 2014).

³ **ARTÍCULO 25. DESTINATARIOS DE LA LEY DISCIPLINARIA.** Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código.

Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código. Para los efectos de esta ley y en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, son servidores públicos disciplinables, los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y organicen por el Estado o con su participación mayoritaria.

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

Frente a los particulares, se hace referencia a unos criterios especiales que determinó el Código Único Disciplinario en su artículo 53 que dispone que serán disciplinables los particulares que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales, quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas, y quienes administren recursos públicos u oficiales.

Respecto de lo anterior, la Corte Constitucional hace referencia a la diferencia entre los particulares que prestar funciones públicas de aquellos que prestan un servicio público:

Si bien en un sentido amplio podría considerarse como función pública todo lo que atañe al Estado, cabe precisar que la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función públicas, con la prestación de servicios públicos, supuestos a los que alude de manera separada el artículo 150 numeral 23 de la Constitución que asigna al Legislador competencia para expedir las leyes llamadas a regir una y otra materia. El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado (Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003).

Así entonces, se ha dejado claro que deberá esclarecerse si el particular ejerce funciones administrativas, realiza actividades propias de los órganos del Estado, realiza actividades propias para alcanzar los cometidos estatales o ejerce los poderes estatales, para determinar si es sujeto disciplinable o no.

Subsiguientemente se realizará un análisis del concepto de falta disciplinaria y como se determina la misma.

1.2 Falta disciplinaria:

La falta disciplinaria se encuentra definida en el artículo 23⁴ del Código Único Disciplinario como la incursión en conductas o comportamientos previstos en el Código que implique el incumplimiento de deberes, la omisión de los mismos, la extralimitación en las funciones asignadas y la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

Así mismo Marín (2015) hace referencia a los elementos constitutivos de la falta disciplinaria e indica que todos los elementos constitutivos de la falta disciplinaria deben estar presentes en el proceso disciplinario, atendiendo un orden de precedencia. Dicho orden establece que se debe abordar primero la tipicidad, para que a partir de esta se pueda efectuar un análisis de la ilicitud sustancial y como consecuencia de ello determinar el grado de culpabilidad. Lo anterior se observa en la tabla 1.

Tabla 1. Elementos de la Falta Disciplinaria

CONDUCTA	TIPICIDAD	ILICITUD SUSTANCIAL	CULPABILIDAD
Acción u omisión: Propia o impropia	Faltas Gravísimas. Art 48. Graves o leves, graduación por el artículo 43 CDU por inhabilidades e incompatibilidades. Incumplimiento de deberes y	La antijuridicidad formal. La antijuridicidad material. La afectación del deber funcional	DOLO: imputabilidad por conciencia de antijuridicidad. CULPA: exigibilidad de comportamiento - gravísima grave leve-.

⁴ **ARTÍCULO 23. LA FALTA DISCIPLINARIA.** Constituye falta disciplinaria, y por lo tanto da lugar a la acción e imposición de la sanción correspondiente, la incursión en cualquiera de las conductas o comportamientos previstos en este código 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 contempladas en el artículo 28 del presente ordenamiento.

	prohibiciones. Extralimitación de funciones y conflicto de intereses.		
--	---	--	--

Fuente: Marín (2015).

Lo anteriormente expuesto quiere decir que los elementos de la falta disciplinaria son concurrentes, en cuanto deben identificarse todos para predicar la existencia de la falta. No obstante, su concurrencia, la misma debe darse en orden de precedencia ya que el estudio de un elemento es requisito para el posterior estudio de otro.

2. Culpabilidad en la falta disciplinaria

Como lo explica Dávila (2017) el principio de culpabilidad está contemplado en el ordenamiento jurídico de los Estados para permitir la aplicación de sanciones según el título bajo el cual se hayan cometido bien sea dolo o culpa. En el caso del derecho disciplinario esto tiene una connotada relevancia teniendo en cuenta que en materia disciplinaria se encuentra proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

De acuerdo a los postulados constitucionales de debido proceso, se tienen entonces que es necesario que en las acciones bien sea penales o disciplinarias es necesario precisar los conceptos de culpa para cada caso, y más que esto, es urgente acercar el concepto de culpabilidad a los contextos en donde se ha ejecutado la presunta conducta criminal o disciplinaria (Rodríguez, 2016)

Respecto de la culpabilidad el Código Único Disciplinario en su artículo 13⁵ ha indicado que las faltas disciplinarias sólo son sancionables a título de dolo o culpa. Así, los grados de culpabilidad en materia disciplinaria son únicamente estos dos. Al respecto la Corte Constitucional ha reiterado a través de su jurisprudencia lo siguiente:

⁵ **ARTÍCULO 13. CULPABILIDAD.** En materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva. Las faltas sólo son sancionables a título de dolo o culpa.

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 sólo puede ser sancionado si ha procedido dolosa o culposamente, pues como ya se dijo, el principio de la culpabilidad tiene aplicación no sólo 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 (Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002).*

De acuerdo a lo anterior se colige que entre la conducta y el resultado debe haber una correlación que explique en forma satisfactoria por qué el resultado es producto de la infracción del deber del servidor público. Así entonces se deben analizar de manera concreta en que se infringió el deber, teniendo en cuenta si fue acción, omisión o extralimitación (Berdugo, Cadrazco, Corredor, Duarte & Mena, 2013).

Ahora bien, dicho lo anterior se deben abordar a profundidad los títulos de culpabilidad para identificar las características de cada uno, lo que se realizara a continuación.

2.1 Dolo:

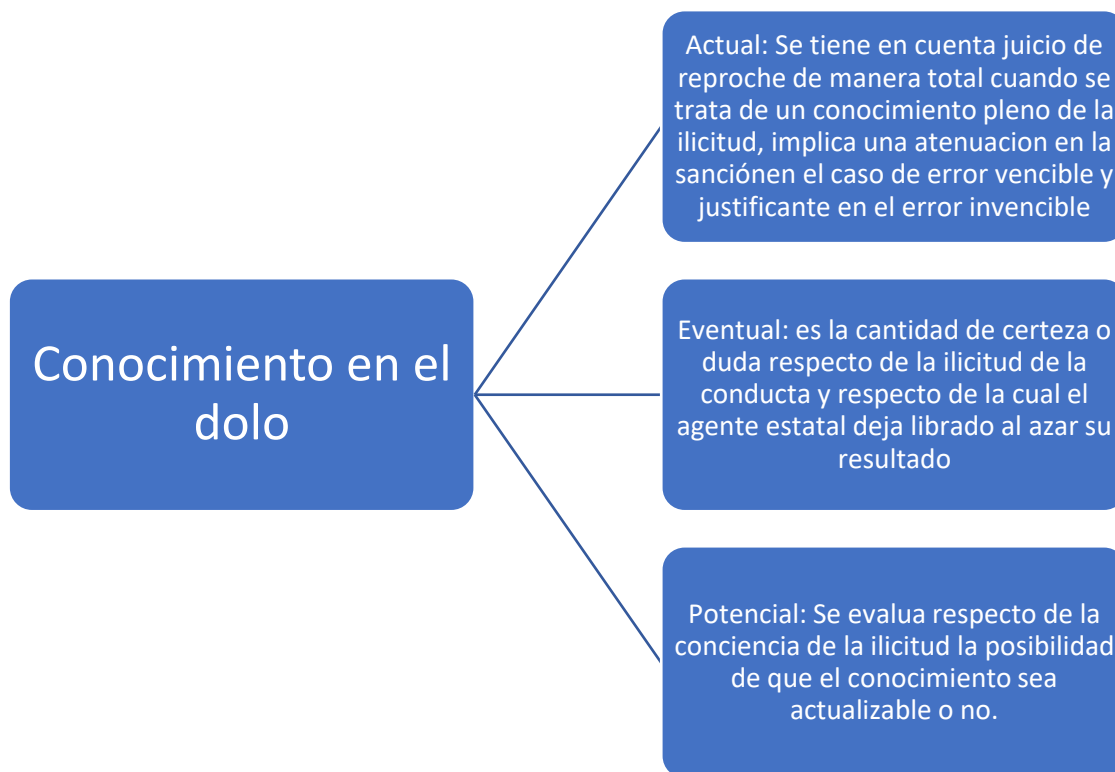
La categoría del dolo en materia disciplinaria se aduce en el momento que existe un conocimiento de la infracción de un deber funcional, y se comprueba la voluntad en la que, sea por acción u omisión, el infractor quiera, aun con conocimiento, faltar a su deber (Diaz, 2017).

Lo anterior implica que el sujeto disciplinable tuvo conocimiento del desconocimiento del deber y voluntariamente decidió actuar en contravía a éste; por tanto, el conocer ya involucra el querer, ya que, si se tiene conocimiento y pese a eso se realiza la conducta, es porque efectivamente quiere el resultado.

Como lo indica Bulla (2009) el dolo en derecho disciplinario implica la voluntad de querer incumplir el deber funcional, conciencia de la ilicitud sustancial, pero se requiere que antes el funcionario tenga unas funciones asignadas por la ley y los conozca. Respecto de la

categoría del dolo se debe realizar una revisión a partir del conocimiento actual, eventual y potencial, explicadas en la figura 1.

Figura 1. Conocimiento actual, eventual y potencial de la ilicitud



Fuente: Marín. (2015).

De acuerdo a esta tesis se tiene entonces que el dolo eventual es el conocimiento y la aceptación previa por parte de una persona de la posibilidad de que se produzca una determinada consecuencia derivada de su actuación, el conocimiento actual y cierto que hace referencia a que el sujeto disciplinable es plenamente consciente y conoce las consecuencias de su actuar, por último el conocimiento actualizable que deviene del deber jurídico de actualizar su conocimiento.

2.2 Culpa:

La culpa en el derecho disciplinario se refiere al obrar negligente de los servidores públicos o particulares que ejercen función pública. Se ha determinado de acuerdo a las normas jurídicas en materia disciplinaria existe culpa gravísima, culpa grave y culpa leve.

Así mismo, como lo indica Gómez (2011) el régimen disciplinario contiene un sistema de *numerus Apertus*, respecto de la culpa, lo que implica que el operador disciplinario es quien determina qué conducta admite la modalidad de culpa; así puede encontrarse la culpa derivada de la acción.

El Código Disciplinario Único indica respecto de la culpa que habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. Del mismo modo, la culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.

3. Variación en la calificación jurídica de la conducta disciplinaria

Debe tenerse en cuenta en primer lugar que en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia se ha determinado el derecho fundamental al debido proceso que tienen todos los ciudadanos. En ese sentido este derecho ha sido reconocido por el derecho internacional en convenciones y tratados que ha suscrito Colombia, por lo tanto el Estado y sus instituciones tienen el deber de aplicar el debido proceso en todas las actuaciones en razón a los principios constitucionales y convencionales (Bernal & Montealegre, 2013).

No obstante lo anterior en materia disciplinaria, en Colombia existe la posibilidad de variar la calificación jurídica en el proceso disciplinario del pliego de cargos al fallo, lo que representa una vulneración al debido proceso teniendo en cuenta que esto representa para el sujeto disciplinable una obstrucción al momento de construir sus argumentos de defensa dentro del proceso.

Respecto de la culpabilidad en materia disciplinaria, Torrado (2008) ha indicado que en el caso del derecho disciplinario, el principio de culpabilidad se erige en pilar sobre el que descansa la actividad sancionadora de la Administración. Por lo tanto, la actuación u omisión del infractor debe ser, en principio, culpable.

Como lo indica Díaz (2017) el principio de culpabilidad en el ejercicio de la actividad sancionadora de la Administración Pública tiene plena aplicabilidad tanto en las relaciones de sujeción general como en las sanciones que se imponen en el seno de una relación de sujeción especial.

Sin embargo, la Corte Constitucional en la Sentencia SU-901 de 2005 ha considerado que esta conducta es viable, sin tener en cuenta el principio de congruencia (Muñoz, 1999). Sobre el tema ha dicho lo siguiente:

Para la Corte, no contraría ni los fundamentos, ni la dinámica del derecho disciplinario el que se formulen cargos por una falta cometida a título de dolo y que en el fallo se declare la responsabilidad por esa misma falta pero cometida a título de culpa. Y ello tiene sentido pues puede ocurrir que, como consecuencia de las pruebas solicitadas en la contestación de los cargos y luego practicadas, se desvirtúe o atenúe la inicial forma de imputación, lo que es consecuente con el debido proceso disciplinario y con el derecho de defensa que le asiste al disciplinado. Carecería de sentido que formulada una imputación dolosa, no haya lugar a su atenuación a título de culpa gravísima o incluso grave o leve pues la calificación de la falta realizada en el pliego de cargos no puede reputarse definitiva y de allí que, si se aducen elementos probatorios que conduzcan a su reconsideración, pueda haber lugar a ella (Corte Constitucional, Sentencia SU 901 de 2005).

Respecto del tema de la posibilidad de realizar una variación jurídica de dolo a culpa respecto de lo que se imputa en el pliego de cargos al fallo, es importante mencionar que el pliego de cargos no solo es nulo por lo anotado sino que la nulidad podría recaer también por la variación que se haga de él. Teniendo en cuenta que si bien la conmutación que por demás no está prohibida en la ley, simplemente si puede hacer que se violenten las garantías procesales y se incurra en los mismos errores de la inicial formulación de cargos (Canaval & Vasquez, 2010).

En este sentido, es preciso acotar que permitir una calificación jurídica provisional es abrir la puerta para que se inicien procesos disciplinarios aun cuando no existe certeza de la comisión de la conducta, además de esto se impone al sujeto disciplinable la carga de ejercer su defensa basado en una calificación provisional que puede variar posteriormente, por lo cual no hay certeza total de los argumentos que se deben utilizar en la misma.

Acerca del derecho a la defensa técnica, es necesario resaltar que la misma tiene su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Constitución Política, y la Corte Constitucional (2011) ha expresado lo siguiente al respecto:

De conformidad con las garantías reconocidas en la Constitución y los tratados de derechos humanos, la Corte ha aceptado que el ejercicio del derecho a la defensa en materia penal comprende dos modalidades, la defensa material y la defensa técnica. La primera, la defensa material, es aquella que le corresponde ejercer directamente al sindicado. La segunda, la defensa técnica, es la que ejerce en nombre de aquél un abogado escogido por el sindicado, denominado defensor de confianza, o bien a través de la asignación de un defensor público proporcionado directamente por el Estado a través del Sistema Nacional de Defensoría Pública. En relación con el derecho a la defensa técnica, conocido en el modelo de tendencia acusatoria como el principio de “igualdad de armas”, la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en sostener que el mismo hace parte del núcleo esencial del derecho a la defensa y al debido proceso, y su garantía plena es particularmente relevante si se considera que de su ejercicio se deriva la garantía de otros derechos como el de igualdad de oportunidades e instrumentos procesales (Corte Constitucional, Sentencia C-127 de 2011).

En este sentido, es necesario resaltar que no es plausible hablar de igualdad de armas en materia de derecho disciplinario cuando se presenta la variación de la calificación de la conducta disciplinaria que se planteó en el pliego de cargo en el fallo, ya que se habilita una potestad adicional para la autoridad disciplinaria de variar la conducta cuando la defensa logró desvirtuar lo que se planteó inicialmente. En esa medida, la defensa que ejerce el sujeto disciplinable no está fundamentada en la certeza de la imputación que puede variar porque el ordenamiento jurídico así lo ha permitido.

4. Principio de Congruencia en materia penal y su aplicación en el derecho disciplinario

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional ha hecho referencia en su jurisprudencia a 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, el

principio de congruencia debería ser exigido dentro de los procesos disciplinarios (Barón, 2011).

Romero (2016) explica el principio de congruencia indicando que este es concretamente la exigencia de correlación entre acusación y sentencia, y que la sentencia debe tener como fundamento el recuento de lo investigado en el desarrollo del proceso cuyos aspectos son concretados en la acusación, la cual cumple la función fundamental de delimitar el objeto de la relación jurídica.

Teniendo en cuenta entonces que la defensa técnica en los procesos penales o disciplinarios en este caso son un elemento indispensable del debido proceso, como lo indica Camargo (2013) desde la etapa de investigación se identifican las instituciones y artículos que materializan la garantía judicial del derecho a la defensa para todos los procesados, no solo como derecho material, sino también como defensa técnico-jurídica garantizada por la presencia durante todo el proceso de un apoderado designado por el procesado, y el conocimiento del mismo de todos los elementos de la imputación, para poder desarrollar su teoría del caso para la defensa.

De igual manera, la Corte Constitucional ha hecho referencia al principio de congruencia en materia penal, indicando lo siguiente:

El principio de congruencia adquiere una connotación especial en un sistema penal acusatorio, en la medida en que, bajo este modelo procesal, se debe respetar el principio de igualdad de armas, entendido como la posibilidad que tienen las partes enfrentadas, esto es, la Fiscalía y la defensa, de acudir ante el juez con las mismas herramientas de persuasión, los mismos elementos de convicción, sin privilegios ni desventajas, a fin de convencerlo de sus pretensiones procesales. Este constituye una de las características fundamentales de los sistemas penales de tendencia acusatoria, pues la estructura de los mismos, contrario a lo que ocurre con los modelos de corte inquisitivo, es adversarial, lo que significa que en el escenario del proceso penal, los actores son contendores que se enfrentan ante un juez imparcial en un debate al que ambos deben entrar con las mismas herramientas de ataque y protección (Corte Constitucional, Sentencia C-025 de 2010).

Pese a que el derecho disciplinario y el derecho penal son ramas autónomas, se debe considerar la importancia del principio de congruencia en las dos, teniendo en cuenta que se

está indilgando la comisión de una conducta que va en contra de una serie de disposiciones y que el debate probatorio de las partes se centrara en desvirtuar o corroborar la comisión de dicha conducta (Valderrama, 2016).

Ahora bien, el mismo Consejo de Estado se ha referido a la aplicación del principio de congruencia en Derecho disciplinario, como se expresa a continuación:

Entre el pliego de cargos y el fallo disciplinario debe existir correspondencia en lo que respecta a la denominación jurídica que se atribuye al disciplinado, en garantía de los derechos que le asisten, en particular los de acceso a la investigación, rendir descargos, motivo por el cual los cargos deben estar plenamente identificados en cuanto delimitan el marco de acción de su derecho de defensa; de igual manera garantiza el derecho de impugnación de las decisiones ya que su controversia está delimitada por los cargos que se hubieran formulado. Tal es la relevancia del principio de congruencia, que su desatención puede dar lugar a la invalidación de la actuación, por violación al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción (Consejo de Estado, Sentencia expediente 0583-11 de 2016).

No puede hablar el Consejo de Estado de la aplicación del principio de congruencia en el desarrollo del proceso disciplinario si existe en el mismo una variación de la calificación de la conducta del pliego de cargos al fallo, ya que se está imponiendo una carga al sujeto disciplinable que no está en el deber de soportar, ya que se está sancionando al mismo por una conducta diferente a la cual fue imputada inicialmente.

Respecto de lo anterior, como lo indica Alba (2015) la variación de la calificación jurídica de la conducta, evidencia que la decisión judicial no es consecuencia de lo desarrollado en las etapas procesales, lo que termina afectando el derecho de contradicción, de defensa técnica y además vulnera el núcleo fundamental del proceso.

Permitir que la autoridad administrativa que está llevando a cabo el proceso disciplinario realice una calificación provisional de la conducta imputada es una vulneración obvia a la defensa técnica, teniendo en cuenta que se está ejerciendo la misma bajo un supuesto inicial dado que puede variar. En el ámbito del derecho disciplinario donde las sanciones pueden llegar hasta la inhabilidad para ejercer cargos públicos es necesario que se garantice de manera integral el debido proceso.

Conclusiones

En respuesta a la pregunta de investigación planteada y de acuerdo al desarrollo de los temas expuestos, se puede concluir lo siguiente:

En primer lugar, la investigación realizada permite constatar que la variación en la calificación jurídica del pliego de cargos al fallo que se presenta en el proceso disciplinario puede considerarse como una vulneración al debido proceso del sujeto disciplinable, ya que al permitir dicha variación, los argumentos de la defensa cambian sustancialmente de acuerdo a la calificación jurídica que se impute, por lo que la defensa técnica no resultaría totalmente garantizada en estos casos.

Así entonces, es menester indicar que la posición de diversos doctrinantes que hoy cuestionan la permisividad acerca de la variación en la calificación de la conducta imputada en el pliego de fallos y posteriormente en el fallo es válida, teniendo en cuenta que se está dejando de lado la aplicación del principio de congruencia que si bien nace en el ámbito del derecho penal, no puede desconocerse en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Lo anterior teniendo en cuenta que al formular un pliego de cargos en el cual se indica que las faltas disciplinarias se cometieron a título de dolo, los argumentos de la defensa del sujeto disciplinable serán sustancialmente distintos a si dicha conducta se hubiere indilgado de manera culposa, lo anterior logra que la defensa deba enfocarse en desvirtuar los elementos del dolo y no la inexistencia de la comisión de la falta.

Es claro entonces, que la acusación en materia disciplinaria debe guardar una congruencia con el fallo, ya que esto garantiza los debidos procesos en toda actuación judicial. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la defensa técnica, es un componente fundamental del debido proceso, en este caso se ve limitada por la exposición de la calificación jurídica de dolo, que pese a poder desvirtuarla dentro del proceso no extinguirá la acción disciplinaria, sino que podrá en el fallo variar la calificación del hecho de doloso a culposo.

Así entonces, y en razón de lo expuesto por el Consejo de Estado no resulta valido que por un lado se haga referencia a la necesidad absoluta de la aplicación del principio de congruencia en materia disciplinaria y por otro lado se permita la variación de la

calificación jurídica de la conducta del pliego de cargos al fallo, ya que lo anterior termina siendo desfavorable y vulneratorio del derecho a la defensa y debido proceso del sujeto disciplinable que no puede ejercer una defensa técnica eficiente.

Referencias

- **Textos**

Alba, S. (2009). El Principio De Congruencia Respecto De La Variación De La Calificación Jurídica En La Ley 906 De 2004. *Revista Iter Ad Veritatem*, 7(1). Recuperado de <http://revistas.ustatunja.edu.co/index.php/iaveritatem/article/view/546>

Ardila, L. (2012). Las relaciones especiales de sujeción entre el Estado y sus funcionarios. *Revista Logos Ciencia & Tecnología*, 3(2). Recuperado de <http://revistalogos.policia.edu.co/index.php/rlct/article/viewFile/163/174>

Barón, M. (2011). Las garantías fundamentales frente al proceso disciplinario en Colombia. *Derecho Y Realidad*, 18(II). Recuperado a partir de http://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4895

Berdugo, A., Cadrazco, M., Corredor, E., Duarte, J., & Mena, J. (2013). La imputación objetiva en el Derecho disciplinario. *Revista Derecho Penal Y Criminología*, XXXIV (97). Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/download/3871/4166>

Bernal, J., & Montealegre, E. (2013). *El Proceso Penal Tomo I: Fundamentos Constitucionales y Teoría General* (Vol. 1). U. Externado de Colombia.

Bulla, J. (2009). *Derecho disciplinario* (1st ed.). Bogotá: Colombia. 1ed. Grupo Editorial Ibáñez.

Camargo, E. (2013). El derecho de defensa en la ley 906 de 2004*. Sin una actividad defensiva activa y material no hay derecho de defensa real. *Revista Republicana*, 15(1),

132 - 163. Retrieved from <http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/download/21/186>

Canaval, F., & Vasquez, L. (2010). Nulidades generadas en el proceso disciplinario castrense a partir del pliego de cargos. (Tesis de Posgrado). Universidad Militar Nueva Granada. Facultad De Derecho Especialización Derecho Sancionatorio. Bogotá: Colombia. Recuperado de <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/10654/4762/2/CanavalArdilaFlorAngela2010.pdf>.

Dávila, C. E. (2017). Análisis del principio de culpabilidad en el Derecho disciplinario colombiano. Trabajo de Grado. Universidad Católica de Colombia. Facultad de Derecho. Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://repository.ucatolica.edu.co/handle/10983/15820>

Díaz, L. (2017). La culpabilidad en materia disciplinaria desde el aspecto del dolo (Artículo de investigación de pregrado). Bogotá: Universidad Católica de Colombia. Recuperado de <http://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/14312/1/La%20culpabilidad%20en%20materia%20disciplinaria%20desde%20el%20aspecto%20del%20dolo.pdf>

González, J., & Ramírez, R. (2012). Inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses de los indígenas como sujetos disciplinables en Colombia. *Nuevo Derecho*, 8(11), 33-42. Recuperado de <http://revistas.iue.edu.co/index.php/nuevoderecho/article/view/599>

Gómez, C. (2011). *Dogmática del derecho disciplinario* (1st ed.). Bogotá (Colombia): Universidad Externado de Colombia.

- Marín, M. (2015). Aspectos sustanciales de derecho disciplinario (1st ed.). Bogotá: Colombia: Instituto de Estudios del Ministerio Público - Procuraduría General de la Nación.
- Muñoz, E. C. (1999). Acceso a la justicia y debido proceso en Colombia: síntesis de la doctrina constitucional. Anuario iberoamericano de justicia constitucional, (3), 271-318. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976178.pdf>.
- Pavas, M. (2014). Quienes son sujetos disciplinables en Colombia (Tesis de Especialización). Universidad Santo Tomás - Seccional Antioquia Facultad De Derecho, Especialización En Derecho Administrativo Medellín: Antioquia. Recuperado de <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/1503/Quienes%20son%20Sujetos%20Disciplinables%20en%20Colombia.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Ramírez, Y. (2014). Breve estudio de ilicitud sustancial en el derecho disciplinario colombiano (Tesis de Maestría). Universidad Del Rosario: Bogotá. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/8800/35535761-2014%20.pdf>
- Rodríguez, V. (2016). Una cuestión vigente: la exigibilidad como presupuesto de la culpabilidad. En Fernández. M., Rodríguez V., Torres. J., & Vallejo. G. (Ed. 1), Fundamentos contemporáneos del Derecho Público Transformaciones necesarias (1ª ed., pp. 89-99). Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Católica de Colombia.
- Torrado, M. (2008). Consideraciones de la corte constitucional acerca del principio de culpabilidad en el ámbito sancionador administrativo. Revista de Derecho, (29), 153-177. Recuperado de http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972008000100007&lng=en&tlng=es.

Torres, J. (2016). La transparencia y el buen gobierno. Una perspectiva desde los derechos humanos y las obligaciones de los gobiernos locales (1st ed.). Bogotá: Universidad Católica de Colombia.

Valencia, A. V. (2001). Las Instituciones de Justiniano en Nueva España (Vol. 25). UNAM.

Valderrama, I. (2016). El principio de congruencia en el proceso penal. *Via Inveniendi ET Iudicandi*, 11(2), 159. Recuperado de <http://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3280/3776>

- **Jurisprudencia**

Consejo de Estado colombiano. (2016). Sentencia expediente 0583-11 de junio 30. C.P Luis Rafael Vergara Quintero.

Corte Constitucional de Colombia. (2002). Sentencia C-155 de marzo 5. Sala Plena.

Corte Constitucional de Colombia. (2003). Sentencia C-037 de enero 28. M.P Álvaro Tafur Galvis.

Corte Constitucional de Colombia. (2010). Sentencia C-025 de enero 27. M.P Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. (2012). Sentencia C-030 de febrero 1. M.P Luis Ernesto Vargas Silva.