

**JULIO ALBERTO DUARTE ACOSTA**

**IMPUTACIÓN OBJETIVA Y DOLO NORMATIVO EN EL DERECHO  
DISCIPLINARIO - UN ENFOQUE FUNCIONALISTA**

**Bogotá D.C., - Colombia**

**2020**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**

**FACULTAD DE DERECHO**

RECTOR: DR. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

SECRETARIA GENERAL: DRA. MARTHA HINESTROSA REY

DECANA DE LA FACULTAD DE DERECHO: DRA. ADRIANA ZAPATA GIRALDO

DIRECTOR DEPARTAMENTO DE DERECHO  
PENALES Y CRIMINOLOGÍA: DR. JAIME BERNAL CUÉLLAR

DIRECTOR DE TESIS: DR. CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU

PRESIDENTE DE TESIS: DR. JORGE FERNANDO PERDOMO TORRES

EXAMINADORES: DR. ESIQUIO MANUEL SÁNCHEZ HERRERA  
DR. FERNANDO ENRIQUE ARBOLEDA RIPOLL

## Nota del Autor

### IMPUTACIÓN OBJETIVA Y DOLO NORMATIVO EN EL DERECHO DISCIPLINARIO - UN ENFOQUE FUNCIONALISTA.

Maestría en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas  
Universidad Externado de Colombia  
(Bogotá - Colombia).

La correspondencia en relación a este trabajo, debe dirigirse al programa  
de Posgrado,  
Julio Alberto Duarte Acosta  
Correo Electrónico: [derecho.penal@uexternado.edu.co](mailto:derecho.penal@uexternado.edu.co)

Copyright © 2020 por Julio Alberto Duarte Acosta. Todos los derechos  
reservados.

## Dedicatoria

*Con afecto y gratitud a mi esposa,  
Andrea Lucía y a mis hijos, Daniel Felipe,  
Juan Nicolás y Miguel Ángel, quienes son el  
motor de mi vida.*

## CONTENIDO

RESUMEN.....	11
ABSTRACT .....	13
MATERIA DE INVESTIGACIÓN .....	15
INTRODUCCIÓN .....	20
1. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN ARMONÍA CON EL FUNCIONALISMO	29
1.1. La esencia y utilidad del funcionalismo para cualquier tipo de sociedad.....	30
1.2. El camino hacia la imputación objetiva - breve reseña histórica ...	34
1.3. La relación de causalidad .....	39
1.3.1. Teoría de la causalidad adecuada.....	41
1.3.2. Teoría de la relevancia típica.....	43
1.4. La imputación objetiva.....	45
1.4.1. Elementos esenciales de la imputación objetiva.....	46
1.4.2. La creación del riesgo normativamente desaprobado.....	50
1.4.2.1 El riesgo permitido o tolerable .....	51
1.4.2.2 El principio de confianza .....	54
1.4.2.3 La prohibición de regreso .....	55
1.4.2.4 Las acciones a propio riesgo .....	57
1.4.3. La relación de riesgo versus la producción del resultado .....	61
1.4.3.1 El fin de protección de la norma de cuidado .....	68
1.4.3.2 La elevación del riesgo .....	70
1.4.3.3 El comportamiento incorrecto de un tercero o de la víctima .....	72

2. ESQUEMA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA .....	75
2.1. El derecho disciplinario como especie del <i>ius puniendi</i> del Estado .....	75
2.2. El derecho disciplinario como dispositivo garante y proyector de la vigencia de la norma.....	77
2.3. Las categorías dogmáticas del derecho disciplinario .....	81
2.3.1. La capacidad .....	83
2.3.2. La conducta.....	84
2.3.3. La tipicidad e ilicitud, inescindiblemente unidas .....	84
2.3.4. La culpabilidad.....	88
2.4. La prueba, tanto de la infracción del deber funcional como de la culpabilidad. ....	89
2.5. Causales de exclusión de responsabilidad.....	90
3. LAS RELACIONES DE SUJECIÓN CON EL ESTADO .....	95
3.1. Introducción .....	95
3.2. La relación general de sujeción.....	98
3.3. La relación especial de sujeción .....	102
3.4. El servidor público, relación de sujeción especial por antonomasia .....	104
3.5. Consecuencias y efectos de la relación especial de sujeción .....	107
3.6. Otras relaciones especiales de sujeción .....	111
4. TEORIZACIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO, UN ENFOQUE DESDE EL FUNCIONALISMO .....	115
4.1. Introducción - voluntad objetivizada.....	115
4.2. El correctivo disciplinario para garantizar la permanencia de identidad social .....	132
4.3. La inexistencia del libre albedrío como derivado de la autonomía de la voluntad a la luz de la neurociencia.....	139

4.4. La distinción entre falta disciplinaria y culpabilidad como sustrato de la responsabilidad .....	146
4.5. El dolo como juicio normativo de imputación o de adscripción exclusiva y excluyente del conocimiento, a partir de competencias funcionales del disciplinado.....	158
4.6. El error y la inimputabilidad en materia disciplinaria bajo la perspectiva funcionalista .....	170
4.7. La voluntad como constructo normativo descartando el concepto psicológico .....	177
4.8. El potencial infractor disciplinario desde la exigencia de persona y no como individuo .....	181
4.9. Imputación subjetiva normativa de la voluntad para la falta disciplinaria dolosa y culposa.....	182
4.10. El referente de libre albedrío de la culpabilidad en un esquema de derecho sancionatorio.....	185
5. SÍNTESIS.....	188
6. CONCLUSIÓN FINAL .....	216
BIBLIOGRAFÍA.....	220

## Lista de Figuras

Figura 1. Voluntad objetivizada .....	122
Figura 2. Sanción para la conducta dolosa .....	167
Figura 3. Sanción para la conducta culposa.....	168
Figura 4. Tesis, antítesis y síntesis.....	200



## RESUMEN

Esta tesis aborda desde la teoría general de los sistemas, una estructura de derecho disciplinario con enfoque funcionalista para garantizar la vigencia de prescriptiva de conducta oficial, en el ejercicio del rol funcional de los servidores públicos y particulares que cumplen función pública.

Se acude a la imputación objetiva para sostener que el resultado jurídicamente relevante es aquel de contenido normativo exteriorizado en el incumplimiento del deber funcional, puro desvalor de acción desde la teoría del valor, y como vulneración de la prescriptiva subjetiva de determinación desde la teoría de las normas, deber exigible al disciplinable, en su dimensión de persona vinculada al Estado bajo el régimen especial de sujeción.

El dolo y su derivado de culpa se determinan conceptual y procesalmente como juicio normativo de adscripción del conocimiento exclusivo y excluyente a partir de competencias funcionales, títulos imputables al concurrir requisitos objetivos.

**Palabras Clave:** adscripción del conocimiento, antítesis, autopoiesis, competencias funcionales, comunicación, conducta oficial, correctivo disciplinario, culpa, culpabilidad, deber funcional,

defraudación de expectativas, desvalor de acto, determinismo, dialéctica, disciplinable, dolo, función pública, funcionalismo, garante, gestión pública, homeostasis, identidad social, impune, imputación subjetiva normativa, individuo, injusto, resultado naturalístico, resultado normativo, negación, persona, producción del riesgo, relaciones de sujeción, responsable, respuesta contra fáctica, rol funcional, sanción, servidor público, síntesis, sistema social, tesis, voluntad.

## ABSTRACT

This thesis addresses, from the general theory of systems, a disciplinary law structure with a functionalist approach to guarantee the validity of the official conduct, in the exercise of the functional role of public and private servants who perform public functions.

The objective imputation is used to maintain that the legally relevant result is that of normative content externalized in the breach of the functional duty, pure devaluation of action from the theory of value, and as a violation of the subjective prescriptive determination from the theory of the norms, a duty enforceable to the subject to discipline, in his dimension of person linked to the State under the special regime of subjection.

The intent and its derivative of guilt are determined conceptually and procedurally as a normative judgment of ascription of exclusive knowledge based on functional competences, imputable titles in face of the overlap of objective requirements.

**Key Words:** ascription of knowledge, antithesis, autopoiesis, functional competences, communication, official conduct, disciplinary corrective, guilt, culpability, functional duty, disappointment of expectations, devaluation of act, determinism, dialectic, discipline, fraud,

public function, functionalism, guarantor, management public, homeostasis, social identity, unpunished, subjective normative imputation, individual, unjust, naturalistic result, normative result, denial, person, risk production, subjection, responsible, response against factual, functional role, sanction, public servant, synthesis, social system, thesis, volition.

## MATERIA DE INVESTIGACIÓN

En el marco de un estado social y democrático de derecho, es imprescindible que la comunidad académica permanentemente esté investigando en torno a la configuración e implementación de nuevos modelos de justicia, particularmente en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, para que el equilibrio entre las garantías procesales de los individuos y la eficacia institucional no sea un anhelo utópico e ilusorio, sino que responda de manera oportuna a los cada vez más complejos entornos sociales, políticos y económicos, escenario que exige, entre otras tantas cosas, una material, pronta y cumplida justicia.

El respeto por las garantías de aquel que es sometido a una investigación disciplinaria y los fines normativo - sociales de esta especie de derecho sancionador no deberá ser visto como un dilema en el cual se tenga que tomar partido por prevalecer lo uno o lo otro, ambos, protección de la libertades personales y efectividad del sistema constituyen monolíticamente un referente de permanente observancia que dialécticamente habrán de representar el modelo de justicia vital y móvil que identifica una colectividad en un particular momento histórico de su desarrollo.

En esta tesis se estructura una teoría de determinación del dolo como conocimiento exclusivo y excluyente, a partir del rol funcional y

social que le corresponde al servidor público o particular que cumple función pública como derivado de la relación especial de sujeción, que se adecúa al modelo de estado social y democrático de derecho.

En ese sentido, se defenderá la posición de que en el derecho disciplinario con enfoque funcionalista, el dolo es un juicio normativo de imputación o de adscripción del conocimiento que se atribuye al caso en concreto cuando el fallador verifica tres requisitos objetivos, primero, que el disciplinado tenía el deber de conocer el riesgo específico en desarrollo de sus competencias funcionales que le faculta la constitución, la ley y el reglamento, segundo, que tenía la posibilidad de conocer dicho riesgo en virtud al cumplimiento de las exigencias de formación académica y experiencia que exige el cargo estando debidamente capacitado conforme al protocolo establecido, y tercero, que le asistía la imposibilidad de confiar en la no producción del riesgo como consecuencia de una situación de ignorancia supina, desatención elemental, violación de reglas de obligatorio cumplimiento y la inobservancia del cuidado esperado. Al no cumplirse el tercer requisito decae la imputación normativa dolosa, tornándose en culposa gravísima en sus tres primeras manifestaciones y culposa grave en el último evento.

El derecho disciplinario, escenario en el cual sustancialmente se administra justicia, se enfrenta a continuos y diversos retos para estar reproduciendo el nivel de exigencias propias de una sociedad moderna y

compleja que continuamente se está reinventando, debe pensar y repensar sus estructuras conceptuales que configuran el esquema dogmático, conceptual y sobre todo práctico de la responsabilidad disciplinaria.

Como componente de esa estructura jurídico - normativa surge la categoría sistémica de la culpabilidad que es consecuente con la división entre el hecho desaprobado normativamente y el responsable (como autor) de tal conducta, en otras palabras, aquella corresponde a la vinculación entre el injusto disciplinario y el autor que amerita o no el correctivo disciplinario, esto se viabiliza a través de la imputación, como acto de asignación jurídico - normativo del hecho a un autor, persona competente.

Y es que el juicio disciplinario como especie del derecho sancionador, demanda que el destinatario del mismo tenga cualidades y especificidades de competencia que no le son propias al común del ciudadano, sino que lo caracterizan como garante de la moralidad pública en la alta connotación social de servidor público o particular que cumple función pública, poniéndolo en un lugar de relevancia donde en el ejercicio del cargo o con ocasión de él, representa intereses supra personales, por lo cual su nivel de exigencia o competencia es superior al del ciudadano del común, por ello demanda y se justifica un tratamiento diferencial.

Esa condición de primacía social, correlativamente conlleva mayores exigencias de comportamiento que han sido positivizadas en todos los órdenes normativos, basta con anunciar el contenido como principio fundamental de nuestro contrato social previsto en el artículo 6º Constitucional, que responsabiliza a los servidores públicos de manera excepcional e intensificada respecto de los particulares.

La relación especial de sujeción que vincula a los servidores públicos y particulares que transitoria o permanentemente ejercen función pública propicia *“el caldo de cultivo”* para que válidamente se pueda conceptualizar una teoría de culpabilidad por la voluntad del autor que rompa con el concepto fosilizado de la concepción psicológica de hombre y de paso a la figura de persona, como un constructo normativo.

Con el planteamiento, no se pretende ni mucho menos, homogenizar a los individuos, cada uno es una criatura única e irrepetible en el universo, tampoco que se piense que se avala o incursiona en los campos de la proscrita responsabilidad objetiva, porque en todo caso habrá de constatarse la culpabilidad como elemento subjetivo, pero si, enaltecer el reto y responsabilidad, al haber asumido la condición de servidor público o ejecutor de función pública, alto honor que implica desprender del imaginario en el ámbito institucional y funcional, subjetivismos emocionales, creencias individuales, religiosidades,



partidismo político, y en general aspectos anímicos y espirituales que desdican del verdadero compromiso normativo del servicio al público.

Es por lo anterior que, en el entramado de la responsabilidad disciplinaria, tiene cabida la imputación objetiva donde colige una presunción (sin perjuicio de los eximentes de culpabilidad), de idoneidad y competencia, escenario en el cual, la persona y no el individuo imprime su voluntad para la realización de la conducta bajo una construcción socio - normativa de contenido deontológico (desde la teoría de las normas), cimentada en el desvalor de acto o comportamiento (desde la perspectiva de la teoría del valor), sin importar que sea por acción o por omisión, relegando a un segundo plano el resultado naturalístico de la exteriorización comunicativa, aspecto intrascendente en el derecho disciplinario.

Así las cosas, queda descartada la responsabilidad objetiva, puesto que en la imputación objetiva disciplinaria, como ocurre en el derecho penal, las condiciones para imponer la sanción, deben contar de manera *sine qua non* con la culpabilidad por la voluntad del autor, razón por la cual persiste la relación causal del evento o tipo disciplinario reprobado con el acto de intención del autor, la variante se presenta en el caso propuesto, al desestimar esa bien difícil tarea de probar voluntad íntima, psicológica o real del individuo (imputación subjetiva), para dar abrigo a aquella que contiene ingredientes normativos de la voluntad de la persona

competente, marcando la diferencia frente al individuo común, es decir, se adopta la imputación normativa de voluntad a partir de presupuestos objetivos.

## **INTRODUCCIÓN**

En el desarrollo de este estudio, será defendible la teoría de determinación del dolo con base en el conocimiento exclusivo y excluyente del rol especial y diferenciado del disciplinado, éste se consolida dialécticamente a partir de la asunción del modelo general de la teoría de los sistemas diseñado por el sociólogo alemán Niklas Luhmann, como estructura reductora de complejidades sociales, y que posteriormente adoptó Günter Jakobs (1966) en la construcción de un nuevo sistema de derecho penal, el funcionalismo. En el estudio de la escuela funcionalista que formula Jakobs se enfatizará en los aspectos básicos propios de la imputación objetiva que ilustra con sencillez, armonía y practicidad la profesora Claudia López Díaz, en su obra *“Introducción a la Imputación Objetiva”*, entre otros autores, con ejemplos sencillos y prácticos aplicables al derecho disciplinario.

Para aprehender en buena forma *“el estado del arte”* en materia de imputación objetiva dentro de la doctrina radical funcionalista formulada por Jakobs (1966), se considera pertinente utilizar una metodología deductiva, cuyo punto de partida más amplio será el anunciado aporte sistémico de Luhmann, él reconoce y argumenta que los sistemas pueden estudiarse a partir de tres planos o niveles, como primero, aquel que encierra la totalidad o lo que es el súper sistema mismo y es el ámbito propio de la teoría general de los sistemas, en el segundo plano reconoce la existencia de diferentes tipos de sistemas que tienen sus propias

especificidades y se rigen por principios diversos, y el tercer nivel o subsistemas que pueden darse dentro de un mismo tipo de sistema.

Con esta primera clasificación, Luhmann ya en el segundo plano, ubica aquellos sistemas que son autorreferenciales y autopoieticos, allí están los sistemas vivos y los sociales. Se diferencian los unos de los otros en cuanto a su modo o dinámica de creación, mantenimiento y límites físicos. Los primeros, los sistemas vivos no son objetos de este estudio, los sociales se caracterizan por no tener límites físicos, el sentido delimita sus fronteras, la operación de base es la comunicación y su permanencia se garantiza en la autopoiesis. Entre los diversos tipos de sistemas existe un acoplamiento estructural que es lo que permite la comunicación que en ocasiones es de carácter recíproca entre los sistemas, de modo que cada uno existe y puede ser explicado si y solo si existen los demás (Polaino, 2007, p. 156).

En la concepción de Luhmann su teoría sistémica es de carácter funcional y parte de la presunción de que toda sociedad, entendida como sistema social tiene necesidades que satisfacer que a su turno explican y justifican la existencia de sus componentes. La necesidad genera el sistema y sus propios subsistemas, y están ahí para satisfacer alguna necesidad, es decir, cumplen una funcionalidad de satisfacción, que es de donde corresponde observarlos.

Otro aporte importante de Luhmann, es que distingue entre sistema y entorno, el habitante de la sociedad es parte del último, rompiendo con la tradición de que el hombre es conformante y centro del sistema social. Obsérvese la nota socio céntrica en perjuicio del corte antropocéntrico popular y egoístamente anhelado y al que, en ocasiones, se le rinde excesivo culto con el eufemismo de garantismo, en desmedro del normativismo como estandarte democrático de la sociedad.

En buena medida, de esa teoría de los sistemas concebida por el sociólogo alemán, Günter Jakobs (1966) acudió para diseñar y robustecer una nueva teoría del delito donde el contenido de sus elementos se funde, mantiene y modifica dependiendo de los fines y funciones que cumple el derecho, todo al servicio de un fin último, cual es garantizar la identidad de la sociedad, cualquiera que esta sea, en un momento histórico cultural.

El funcionalismo propuesto por Jakobs (1966), es un sistema punitivo cimentado en la función como contribución para el mantenimiento del sistema, allí, de las personas, que no son parte del sistema sino del ambiente, se esperan unos comportamientos adecuados conforme a los contenidos sociales producidos por las comunicaciones sistémicas, de lo cual el sistema estará atento como garante de la norma de conducta actual, y cuando se produzca una negación por parte de alguna persona, él saldrá, con el instrumento de la sanción, a negar la negación para ratificar la vigencia de la norma en su condición de guardián

de ella. Parte del presupuesto de que las personas son capaces y competentes, esto constituye la validez o legitimidad del interlocutor que se comporta con apego a la prescriptiva, o que comunica contrario a ella.

Lo importante del sistema sancionatorio es el aporte para el mantenimiento del súper sistema social que se estableció para la reducción de complejidades, y la satisfacción de necesidades humanas y particularmente sociales, ambiente que está regido por la confianza colectiva de que el otro se va a comportar conforme a la norma vigente, y saber que ese otro confía en que los demás harán lo mismo. Es la confianza que genera la expectativa de la expectativa como escenario de desarrollo social, no importando que alguien ocasionalmente pueda defraudar esa condición, porque de ser así, ahí, el derecho sancionador saldrá a corregir esa nueva forma de comunicación equivocada, ratificando la vigencia de la norma o residualmente, modificando su propia identidad. Esa tranquilidad generalizada de expectativas es la base para el desarrollo del principio de confianza como expresión social de la seguridad jurídica que brindan las instituciones socio políticas en un estado social y democrático de derecho.

Pero en una sociedad moderna el principio de confianza tiene límites que también son normativos, en el tráfico de actividades sociales hay que asumir riesgos inherentes al desarrollo industrial, tecnológico, científico, cultural, etc., ese margen de riesgo también lo adoptan los

sistemas y subsistemas a partir de las comunicaciones entre ellos, y del ambiente. Existe un riesgo al vivir en sociedad, pero no es cualquier riesgo, está cualificado, medido, controlado y ponderado en virtud al beneficio social que aporta la actividad, es una relación de costo-beneficio social. De allí surge otro elemento confundante de la imputación objetiva: el riesgo permitido como límite negativo al principio de confianza, responde al margen de tolerancia que la sociedad y el individuo aceptan y al que se adecúan en razón al progreso, es el costo del modernismo.

Las personas en sociedad gozan de libertad, pero concebida dentro de una visión hegeliana, es decir, con límites dados por el servicio a la sociedad y no al individuo como ser singular. Es una libertad normativa donde se tienen derechos que correlativamente suponen unos deberes. Se puede hacer o no hacer lo que se quiera, siempre y cuando esa conducta activa u omisiva no suponga un desmedro a los intereses sociales, se es persona competente, cuando se reconoce a los demás en esa misma dimensión.

Ahora bien, ese juicio de injerencia o afectación al sistema social también se ha construido a partir de comunicaciones que se traducen en normas permisivas o prohibitivas de esa conducta que inicialmente pudiera pertenecer al fuero personal. De esa libertad permitida emerge la posibilidad de poner en riesgo principios o valores que normativamente se consideran de la esfera personal y de libre disposición, las

comunicaciones entre sistemas y con el ambiente así lo determinan, aun cuando se presenten lesivos para el sujeto visto individualmente, empero, se reitera en sociedad moderna, compleja y funcional, lo importante no son los individuos sino el mantenimiento de los sistemas al servicio de las colectividades, ese cuidado personal pasa al plano de lo individual y de la autorresponsabilidad considerado en el derecho de los aportes al sistema, a través de la auto puesta en peligro o las acciones a propio riesgo como límite negativo del actuar individual ajeno a las negaciones en las comunicaciones propias del funcionalismo, así, se abre camino a un tercer elemento constitutivo de la imputación objetiva, conocido como las acciones a propio riesgo.

Por último, y para consolidar la imputación objetiva como núcleo del funcionalismo, es menester mencionar la prohibición de regreso como dispositivo de protección y salvaguarda para el agente que satisfizo las expectativas sociales que de su rol funcional se dispusieron como resultado de las comunicaciones dentro del límite de sus libertades, en ese ambiente de competencias no defraudó expectativas de comportamiento, por lo tanto, no le es censurable, y no da a lugar contradecir su comunicación como agente que no ha creado riesgo prohibido ni ha incrementado el permitido, sino que su actuar ajustado a su rol, fue aprovechado por un tercero para ejecutar una conducta contraria a la prescriptiva vigente, y que produce un resultado



socialmente indeseable, claro desde el punto de vista normativo y no naturalístico, como comunicación defectuosa de ese agente que contraría la teoría del valor con su expresión disvaliosa de acción. El resultado material perceptible a través de los sentidos es un asunto casual y no causal que puede darse o no darse, aspecto fortuito que resulta irrelevante en la concepción funcionalista propia de este estudio, es decir, el desvalor debe observarse estrictamente *ex ante*, y desde lo normativo, tamiz que constituye la esfera interna de protección, siendo accesorio e irrelevante la exteriorización naturalística del resultado.

A partir de los roles sociales concebidos por los sub sistemas, es legítimo ubicar a los destinatarios de la ley disciplinaria como una categoría especial de asociados, respecto de los cuales se tiene la expectativa social para que cumplan su aporte misional o rol funcional en las diferentes entidades que conforman la organización jurídico política, se está haciendo referencia a los servidores públicos y a los particulares ejecutores de función pública, como promotores, mandatarios de la comunidad y garantes de las funciones institucionales y fines del Estado, en su condición de miembros de las corporaciones públicas, empleados y trabajadores del Estado, y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, y particulares que temporalmente desempeñan función pública.

Ya anunciada la imputación objetiva conforme a esos razonamientos delineados, queda la labor investigativa o aporte novedoso al conocimiento, es la actividad creativa del trabajo de grado en Maestría. En este punto, es dable concebir una teoría prolija que esté ajustada a la propuesta funcionalista de investigación ya anunciada, para ello, como insumo y compromiso, y aprovechando la experiencia del suscrito de 15 años como asesor en la Procuraduría General de la Nación - Dirección Nacional de Investigaciones Especiales y 2 años como juez promiscuo municipal, será sintetizar cada categoría dogmática que conforma la estructura de la responsabilidad disciplinaria.

Se enfatizará en la imputación objetiva bajo una visión funcionalista, como sistema social y dialéctico que irradie en toda la actuación, para con una metodología analítica, comparativa, innovadora y sostenible, permear el derecho disciplinario con una concepción de culpabilidad por la voluntad con contenido normativo, entendiendo a la persona destinataria como un servidor público o prestador de la función pública en calidad de garante competente en virtud a la relación especial de sujeción, abandonando la línea del individuo como unidad zoológica psicológica de hombre.

Con fundamento en el esquema de sistemas sociales anunciado, el derecho disciplinario se consolida como subsistema reductor de complejidades funcionales de las personas vinculadas al Estado bajo el

régimen especial de sujeción, en punto de la conducta esperada por parte de los servidores públicos y particulares que cumplen función pública, en ejercicio de lo que se conoce como la conducta oficial (Artículos 118 y 277, numeral 6°, C.P.), como expresión de la norma subjetiva de determinación, desde la óptica de la teoría de las normas, y apego al valor de acción a partir de la perspectiva de la teoría del valor.

Dentro del esquema funcionalista propuesto, el concepto de voluntad normativa por el que se tomó partido en este estudio es aquel edificado a partir de criterios objetivos y verificables, que más allá del planteamiento teórico, permitan su aplicación práctica para resolver casos disciplinarios en concreto, sería incoherente exigir un elemento subjetivo normativo de la responsabilidad disciplinaria que no pueda ser probado objetivamente en el proceso.

## **1. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN ARMONÍA CON EL FUNCIONALISMO**

### **1.1. La esencia y utilidad del funcionalismo para cualquier tipo de sociedad**

La escuela del funcionalismo adoptó su nombre en virtud al propósito que persigue dentro del sistema social, la función del derecho penal o disciplinario se constituye en el criterio orientador que permite la interpretación de los esquemas, sea del delito o de la responsabilidad disciplinaria.

Haciendo un breve recuento etimológico de la expresión funcionalismo, esta se integra de dos componentes: el prefijo “*ismo*” que suele significar doctrinas, sistemas, escuelas o movimientos; verbigracia, socialismo, platonismo, impresionismo. Y por la palabra “*funcional*” que refiere a una obra o técnica eficazmente adecuada a unos fines (Real Academia Española, 2001, pp. 1098-1099).

De ahí, funcionalismo resulta ser la doctrina o sistema cuyo campo de aplicación corresponde a los comportamientos, procesos y procedimientos indispensables en la materialización de un objetivo, sin calificar la bondad de sus contenidos.

En el funcionalismo penal, el contenido de los elementos de la teoría del delito depende de los fines y funciones que cumpla el derecho penal, consistentes en garantizar la identidad de una sociedad, cualquiera que esta sea. Se trata de conceptos normativos edificados con total independencia de la naturaleza de las cosas (Montealegre, 2013, p. 7).

Esta característica permite su adaptabilidad a cualquier tipo de sociedad porque este sistema que integra la sociedad, como se explicará más adelante prescinde de sus contenidos y su gran valía está en garantizar la identidad normativa y con ello la constitución sostenible de la sociedad, a pesar de ser blanco de negaciones concretas.

En virtud a esa maleabilidad de su esencia, no resulta de recibo la crítica que algunos sectores de la sociedad y lo que es más desafortunado de la academia misma, en el sentido de manifestar que se ha importado un sistema extranjero y a fuerza se quiera incorporarlo a nuestra cultura que tiene sus propias particularidades y especificidades, y se equipara con el antecedente cercano cuando se colombianizó el sistema penal acusatorio. Y no es de recibo la crítica, en la medida en que se reitera, el funcionalismo no concibe contenidos en el qué hacer o cómo hacer para orientar o direccionar el comportamiento social, no es instrumento proyector de cultura como la religión, la educación o los medios masivos de comunicación, el funcionalismo es un sistema que se establece para conocer y preservar la identidad normativa que identifica una sociedad, cualquiera que esta sea.

Es tanto la armonía e interdependencia entre la imputación objetiva y el funcionalismo, que en la doctrina especializada se ha dicho que en un contexto teórico y por supuesto también práctico, el sistema de la imputación objetiva se configura, para muchos, como un elemento nuclear

de una concepción funcional de la teoría del delito. En la evolución reciente de la discusión dogmática de la teoría del delito existe una clara tendencia hacia la normatización de diferentes elementos de esta teoría, en donde su construcción dogmática se configura conforme a la función que deben cumplir (Cancio, 2001, pp. 22,24).

El derecho penal dentro de la escuela funcionalista se caracteriza por su aporte al mantenimiento del orden social, es decir, la vigencia de los estándares de conducta que valen para cualquier tipo de sociedad, de ahí que se entienda que los habitantes se consideren personas y no individuos, por su condición de seres inteligentes y competentes, de los cuales se puede esperar que, válida y consecuentemente adecúen se comportamiento acorde a esos parámetros de conducta propios de su sociedad, que se establece como un sistema de sistemas, allí, el derecho penal como sistema independiente (autorreferencial, en palabras de Luhmann), cumple su rol estabilizador de conductas, o como lo enseña el funcionalismo radical: *“la contribución del Derecho penal consiste en contradecir por su parte la contradicción de las normas que determinan la identidad de una sociedad”* (Jakobs, 1996, p. 11).

De esa legítima expectativa de comportamiento de las personas ajustada a los estándares de conducta que rigen para la sociedad donde ellas habitan, surge un pilar de la imputación objetiva, se hace referencia al principio de confianza, que junto con el riesgo permitido, las acciones

a propio riesgo y la prohibición de regreso constituyen los criterios que definen la conducta prohibida (como comunicación social equivocada), que aunada a la verificación de su resultado concretizan de manera elemental y básica la imputación objetiva, en otras palabras, la realización de un riesgo no permitido y la verificación de su resultado, (para el objeto de este estudio, resultado normativo y no naturalístico).

El principio de confianza como lo expresa la profesora Claudia López, es aquel del cual se puede esperar que el otro se comporte dentro del ámbito propio de su competencia (López, 2004, p. 120).

Así, el juicio de imputación debe examinar los ámbitos de competencia del sujeto a quien se le atribuye la conducta prohibida, sea esta de carácter activa u omisiva. En el entramado social existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: la competencia por organización y la competencia institucional (Montealegre, 2013, p. 56).

La primera hace referencia a la dinámica social que incumbe a todas las personas que interactúan cotidianamente, contactos que por sí mismos, entrañan un riesgo y por ello, suponen la puesta en peligro de bienes jurídicos propios y ajenos, pero que es un riesgo que por vivir en sociedad moderna es inevitable y aceptado en pro del desarrollo. Esa libertad de actividades tiene un límite y está acompasada por unos deberes, que consisten en la adopción y puesta en práctica de medidas de seguridad para que los peligros creados se mantengan dentro del marco

del riesgo permitido o tolerable, otro importante pilar de la imputación objetiva.

La competencia institucional deviene de estructuras sociales básicas que tienen el carácter vinculante respecto de las personas que tienen el específico rol social que ellas circunscriben, ejemplo la posición de garante que asume el rector de un colegio respecto de sus estudiantes, el padre con relación a sus hijos, el instructor con el conductor aprendiz, etc. Los deberes en esta especial categoría se asumen aun cuando el sujeto no haya creado el riesgo, como no sucede en la competencia por organización.

De esa competencia institucional colige como una especie de singular protección, la relación especial de sujeción que fundamenta el derecho disciplinario como instrumento de mantenimiento a ese particular orden social que deviene del cumplimiento del deber funcional que asiste a los servidores públicos y a los demás sujetos disciplinables, este pilar de la imputación objetiva en el derecho disciplinario amerita un capítulo aparte en este estudio.

## **1.2. El camino hacia la imputación objetiva – breve reseña histórica**

La imputación objetiva ha sido siempre un instrumento de la ciencia del derecho sancionador, adjetivado en punto de poder determinar con precisión y justicia cuándo un evento desaprobado social y



normativamente es producto de la obra del sujeto destinatario del enjuiciamiento, o éste, solo fue el resultado de la mera casualidad.

Para poder resolver ese interrogante jurídico-normativo, históricamente se han elaborado diversos sistemas de asignación, atribución o imputación penal, a continuación, y tomando algunas ideas, desarrollos y postulados expuestos por la profesora Claudia López Díaz, se resume ese itinerario (López, 2004, pp. 19-24).

En el trasegar histórico del sistema del derecho sancionador se ha observado el cambio pendular entre el ontologismo y el normativismo, dicho movimiento se hace presente en la teoría del injusto, la cual ha tenido cuatro importantes momentos, en su orden secuencial: el naturalismo, el neokantismo, el finalismo y el funcionalismo. La teoría de la imputación es el resultado de esa evolución, se ha pasado de conceptos de atribución basados exclusivamente en criterios empíricos (teoría causal de la acción) hasta llegar a un concepto fundamentalmente normativo, teoría de la imputación objetiva.

En la segunda mitad del siglo XIX cuando tuvo su auge el naturalismo, el ilícito se fundó en criterios propios de las ciencias naturales, y por ello se edificó sobre el dogma de la causalidad. La acción se interpretó como la modificación del mundo exterior ocasionada por una manifestación de la voluntad del sujeto, para la realización del tipo bastaba demostrar que entre la actividad del sujeto y el resultado existía

un nexo de causalidad que debía ser verificado empíricamente. La teoría que sirvió para la explicación de la causalidad fue la equivalencia, sobre la cual un resultado es la consecuencia de todas las condiciones que han contribuido a su producción. En dicha teoría si se suprime mentalmente la acción, y el resultado de todos modos se produce, es porque no existe un nexo de causalidad entre el comportamiento y la modificación del mundo exterior.

Después de la segunda década del siglo XX aparece la filosofía neokantiana, la cual parte de que a través del estudio empírico de la realidad no puede encontrarse fundamentos normativos para su valoración (la llamada falacia naturalista), es decir, que del ser no se infiere ningún deber ser. En la teoría del tipo había que separar la causalidad de la imputación, porque de aquella como dato empírico no pueden desprenderse los juicios de valor propios de la responsabilidad penal. El dato óntico de la causalidad hay que confrontarlo con los criterios de valoración que brinda el ordenamiento jurídico. Esta tarea se inició con la teoría de la relevancia típica y es continuada en el derecho sancionador moderno por la imputación objetiva.

A finales de la década de 1930 el péndulo retornó al carácter ontologicista con el finalismo, Hans Welzel edificó el tipo penal con base en criterios prejurídicos. El legislador está atado a criterios ónticos que no puede modificar arbitrariamente, uno de ellos es el de la acción final,

se decía que el ser humano ostenta el libre albedrío y puede dirigir el curso de los acontecimientos hacia la consecución de determinados fines.

Al elaborarse la teoría del ilícito con sujeción a estructuras ónticas, entonces el dolo debe trasladarse al tipo. Los excesos de la equivalencia de las condiciones del naturalismo se deben limitar acudiendo al dolo (como elemento del tipo), y al dominio del hecho que es el criterio básico para la determinación de la autoría. En la sistemática finalista se encuentran tres elementos que sirvieron a la teoría de la imputación objetiva: la adecuación social, el cuidado necesario en el tráfico como aspecto central del injusto en el delito imprudente, y el nexo de antijuridicidad entre el comportamiento riesgoso y el resultado. Elementos que hoy sirven para explicar figuras como el riesgo permitido, la prohibición de regreso y la realización del riesgo.

La orientación actual del derecho penal es de corte funcionalista, las categorías dogmáticas no pueden elaborarse con criterios prejurídicos, los elementos de la teoría del delito tienen que ser interpretados de conformidad con los fines y funciones que cumple el derecho en la sociedad, su contenido dependerá de la misión que se asigne al subsistema sancionador, sea para proteger bienes jurídicos, para la dirección de conductas o estabilización de expectativas sociales.

La doctrina mayoritaria considera que hay dos categorías sucesivas e independientes en el injusto: la relación de causalidad y la imputación.

En los tipos de resultado, la consumación de la acción punible depende de la realización del resultado típico, acción y resultado no pueden ser considerados de manera separada, sino que deben estar de tal forma en relación mutua, que el resultado se le pueda imputar al autor como el producto de su comportamiento.

En todo caso, la comprobación de la causalidad es necesaria, pero no suficiente en lo que respecta a la imputación objetiva, porque las conductas base de las tipificaciones no se dirigen contra cualquier acción, sino sobre aquellas que no se encuentran en el marco del riesgo permitido o sobrepasan la medida de dicha autorización. La conducta típica presupone la creación de un riesgo desaprobado, esto es válido tanto para los tipos dolosos como para los culposos.

Atendiendo la función que cumpla el derecho sancionador en la sociedad, la acción no debe considerarse en un simple contenido ontológico, sino como una regla de comportamiento adecuada o no al rol funcional esperado. No es una actividad descriptiva sino un concepto adscriptivo, donde el evento se interpreta en el ámbito social conforme a sus reglas y normas que en el contraste le definen su apego o defraudación a expectativas, el asunto va más allá del percibir un movimiento corporal o un dato de subjetividades ligadas a una interpretación de voluntad descontextualizada del deber funcional esperado (Oxman, 2019, p. 451).

### 1.3. La relación de causalidad

Esta primera verificación tiene una relación naturalística entre causa y efecto como modificación del mundo fenomenológico perceptible por los sentidos, su contenido es de constatación material, es necesario, pero no suficiente para que tenga relevancia jurídica, pero igual es el primer paso, necesario, aunque insuficiente, para que luego de complementarse con la atribución en los términos que se expondrá, constituya de manera agregada la teoría de la imputación objetiva.

Ese carácter acumulativo es la base que tiene la doctrina penal cuando expone que con la imputación objetiva se da un salto desde las teorías puramente naturalistas hasta las normativas, aunque la verificación de la causalidad natural es un límite mínimo, pero no suficiente para la asignación del resultado. Dicho de otra forma: la teoría de la imputación objetiva no entra en contradicción con las construcciones de la causalidad ya mencionadas, sino que, por el contrario, acoge sus planteamientos, los complementa y mejora; por ello, se ha calificado como una *“teoría de la adecuación continuada o como teoría de la relevancia desarrollada”* (Velásquez, 2009, p. 587).

La relación de causalidad parte de la teoría de la equivalencia de las condiciones o simplemente teoría de la condición, pero debe limitarse en su alcance: no toda causa en sentido natural es relevante para el derecho sancionador, de allí surgen las teorías de la causalidad adecuada y la

relevancia típica. Para el efecto, deben aplicarse los criterios e instituciones de la imputación objetiva (López, 2004, p. 25).

Un ejemplo de esta base naturalística en materia disciplinaria, sería el caso de un notario (particular que cumple función pública y por lo tanto destinatario del derecho disciplinario), quien al certificar una presentación personal no verifica los diseños generales de autenticidad del documento de identidad del interesado, facilitando con ello la realización de un fraude ante alguna autoridad pública. La secuencia de eventos en una teoría de equivalencia de las condiciones o simplemente teoría de la condición indica que, si el notario hubiese desplegado en su gestión la actividad esperada, se hubiera impedido el fraude, es apenas un corte naturalístico en la secuencia previa al resultado, necesaria pero no suficiente para que tenga relevancia jurídica. En el caso expuesto, considérese que ese documento no requería presentación personal para su trámite, pero el receptor tuvo mayor confianza al observar que traía la presentación ante notario. Obsérvese, que hasta aquí no se hace interpretación alguna del sentido del tipo disciplinario que eventualmente podría imputársele al notario por su actuar, es solo una primaria, necesaria pero insuficiente, relación de causa efecto, que por supuesto en línea de imputación objetiva, *per se* no determina responsabilidad alguna.

### 1.3.1. Teoría de la causalidad adecuada

En el ámbito del *ius puniendi*, no es cualquier tipo de causalidad la que concita relevancia jurídica, ésta deberá tener en términos sociales, razonables y probabilísticos la capacidad de obtener el resultado, a modo de causa eficiente en términos objetivos para ostentar la capacidad de desatar la consecuencia normativa de la sanción.

Según JAKOBS (1966) el avance más significativo hacia una restricción de la pura causalidad fenomenológica a la causalidad imputable objetivamente se debe a la teoría de la adecuación o causalidad adecuada, cuyo autor fue VON KRIES, de origen alemán. Según esta teoría, en derecho sancionador únicamente se tiene como causante, aquella conducta que, de acuerdo a la experiencia general de la vida, revela una tendencia general hacia el logro del resultado típico, en consecuencia, las condiciones que han colaborado por el azar al logro del resultado, son consideradas jurídicamente irrelevantes (López, 2004, pp. 39-40).

Para materializar esa experiencia general, KRIES se basó en la posibilidad y en la probabilidad. De esta forma el cálculo de probabilidad ha de hacerse *ex ante*, y esencialmente desde el punto del sujeto que actúa u omite, el juicio de adecuación no debe basarse en la absoluta certeza, sino en la estadística de probabilidad, y fundamentalmente conforme a la experiencia de la vida. Han de considerarse las condiciones que el agente conocía en el momento de obrar (en los delitos dolosos) o en lo que el

sujeto podía y debía conocer, en los delitos culposos (López, 2004, pp. 40-41).

Así las cosas, en términos concretos una causación solo es jurídicamente relevante cuando no es improbable, así y solo así adquiere el estatus de adecuada para producir el resultado, cuando aquella ha incrementado ostensiblemente la posibilidad de realización del resultado, es decir, tiene la entidad de ser causa eficiente de la consecuencia.

La causalidad adecuada pasa por dos fases diferenciables: primero comprobar una relación de causalidad y segundo, examinar si esta relación es típicamente relevante. Por lo tanto, la teoría de la adecuación no es una alternativa de la equivalencia, sino más bien su complementación (López, 2004, p. 43).

A diferencia de la relación de causalidad, en este escenario se incluye el factor probabilidad como determinante para la valoración jurídico disciplinario que corresponda. Considérese el caso de un tesorero de una entidad pública que tiene bajo su control una caja fuerte donde guarda títulos valores de la entidad, y ella tiene tres diales de claves y solo abre cuando se dispone la clave concurrente de ellos, y por una situación de descuido, algún día solo borra la clave en dos diales, y su jefe inmediato advierte esta situación y por ello, decide denunciarlo ante la oficina de control interno disciplinario para que se le haga responsable e imponga la sanción por esa conducta. Al examinar el caso, en una situación *ex ante*,



es bastante improbable que un perpetrador que quisiera apoderarse de los títulos que se guardan en la cava, tenga la posibilidad de acceder a ella, puesto que mantiene doble y no triple clave como sucede en la mayoría de las cajas fuertes, luego el asunto deberá despacharse, bajo la teoría de la causalidad adecuada como intrascendente, puesto que si bien hay una relación causal entre la omisión del servidor al no borrar las tres claves y su rol operativo, el resultado de afectación al deber funcional de custodia de los títulos es altamente improbable.

### **1.3.2. Teoría de la relevancia típica**

Habiendo alcanzado el nivel de la causalidad adecuada, en términos sociales, razonables y probabilísticos de constituir la causa eficiente del resultado, en materia de *ius puniendi* habrá de hacerse un ejercicio de adecuación o subsunción a la norma jurídica, prescriptiva que regula el comportamiento de las personas competentes en sociedad.

Esta teoría constituye un avance en el desarrollo de las teorías de la causalidad, puesto que considera que los fundamentos de la adecuación no son suficientes para la determinación de la relación causal, el punto está en una interpretación más exacta del tipo, que esté concebido normativamente.

La relevancia típica es considerada como la precursora de la teoría de la imputación objetiva, en razón a que acertadamente hace una

diferencia entre causalidad e imputación. La relación causal es solo parte de la fundamentación de la responsabilidad por el resultado, adicionalmente se requiere la relevancia jurídico normativa del nexo causal, esto último implica una interpretación correcta del sentido del tipo, hay que precisar cuál o cuáles de las condiciones que han contribuido a la producción del resultado son relevantes para el derecho sancionador (López, 2004, pp. 44-45).

En punto de lo causal, adecuado y típico, piénsese en el policía que en sector urbano decide verificar el adecuado funcionamiento de su arma de dotación y para ello intencionalmente hace un disparo horizontal, mismo que impacta a un vehículo que transitaba por el lugar. El actuar del disciplinable tiene trascendencia naturalística de causa efecto en una teoría de equivalencia de condiciones y también en sede de causalidad adecuada, porque por las circunstancias del lugar y forma del disparo, había una apreciable probabilidad de realización del resultado, igual la relevancia típica disciplinaria está presente al examinar la correcta interpretación del sentido del tipo, aunque el efectivo aduzca que su intención íntima y psicológica no era impactar al vehículo.

Normativamente, con relación al caso, se tiene: es gravísima la falta disciplinaria, por remisión que hace el artículo 48, numeral 1° de la ley 734 de 2002, C.D.U., al *“1. 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 del mismo”,* y el artículo 356 del código penal prevé que el que dispare arma de fuego contra vehículo ocupado por persona o personas incurrirá en la sanción allí prevista.

Al analizar el asunto *ex ante*, en armonía con la interpretación correcta del sentido del tipo, y considerando el conocimiento y capacitación del policía, el asunto deberá resolverse como un evento con trascendencia disciplinaria, puesto que la conducta del integrante de la fuerza pública, no es adecuada a su rol funcional, defraudó expectativas de comportamiento.

Existió causa efecto en el resultado, incrementó considerablemente la posibilidad de realización del riesgo que se materializó dadas las circunstancias del lugar donde sucedieron los hechos y el modo del disparo, y que por las condiciones personales del policía, debidamente capacitado, tenía el conocimiento suficiente para saber del probable resultado, y aun así desplegó la conducta, luego si conocía e hizo la acción es porque normativamente quería el resultado, y eso es lo deseablemente evitable dentro del fin de protección de la norma.

#### **1.4. La imputación objetiva**

### **1.4.1. Elementos esenciales de la imputación objetiva**

La relación de causalidad con sus dos pilares de desarrollo, la causalidad adecuada y la relevancia típica, de manera algorítmica y metodológica abandonan concepciones naturalísticas de causa - efecto, para dar paso a expresiones probabilísticas y normativas que explican para el derecho y la sociedad la importancia o no del acontecer fáctico como detonador de resultados desaprobados socialmente y que en esa categoría han sido positivizados, permiten abonar el camino para la comprensión de los fundamentos estructurales de la imputación objetiva.

En materia de imputación objetiva disciplinaria, el comportamiento relevante no es aquel que produce un resultado desde el punto de vista fenomenológico, sino el que defrauda expectativas de comportamiento normativas conforme a las competencias asignadas al sujeto responsable, que no deberá considerarse como un individuo, unidad zoológica pensante, sino como persona competente, también definida desde lo social y configurada o delimitada normativamente.

La imputación objetiva delimita el hecho propio del evento fortuito, supera ese primer escalón de la relación de causalidad para darle un contenido personal de adscripción al evento, el juicio de imputación establece si un hecho es obra o no de un sujeto como resultado de su acción, entendida esta, en palabras de Hegel como la exteriorización de la voluntad subjetiva o moral (Cancio, 2001, p. 31)

La profesora Claudia López en su obra de introducción a la imputación objetiva, mantiene una doble postura, que valga decir no se adecúa en parte a la protección del derecho sancionador en línea funcionalista, es incompatible con el derecho como derecho en su expresión abstracta, de la vigencia de la norma como fin último, pero, para los tipos penales que requieren para su configuración un resultado material, deja sujeto a él la configuración del mismo, con lo cual para estos casos le otorga trascendencia jurídico penal a resultados que en realidad solo tienen importancia en el injusto civil, esta ambivalencia es objeto de crítica en este estudio, particularmente en el acápite de la teorización de la imputación objetiva en el derecho disciplinario y las conclusiones, donde el resultado a considerar será de manera monista, aquel consistente en la defraudación de expectativas del derecho como derecho, en su esfera abstracta y no material.

En los siguientes párrafos, se trae a colación y de manera abreviada los aspectos más relevantes referidos por la mencionada doctrinante en su obra (López, 2004, pp. 46-47, 55-62).

En los tipos que requieren como presupuesto la modificación del mundo exterior, se exige un vínculo causal entre la acción y el resultado, nexo basado en una categoría ontológica y prejurídica. En los delitos de omisión y en los de pura actividad, no es necesaria la demostración de un nexo material de causalidad, es mera normatividad.

Demostrada la causalidad en los casos en que ella es necesaria, el dato ontológico debe ser sometido al tamiz de los criterios de valoración que surgen del ordenamiento jurídico, para determinar si la relación entre acción y resultado es relevante para el tipo normativo. Dicha valoración depende de la finalidad que se haya asignado al derecho sancionador en la sociedad (protección de bienes jurídicos, dirección de conductas o estabilización de expectativas sociales), y no de una categoría prejurídica como la causalidad. Es decir, hay que distinguir la causalidad de la imputación.

Una conducta solo puede ser imputada, cuando se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en la producción del resultado. Es pocas palabras, en la imputación se concretiza la relevancia típica (prescripción jurídica) aunada a la causalidad adecuada (producción del resultado). Si faltare alguno de ellos, la conducta del agente será atípica.

La imputación objetiva sirve para limitar la responsabilidad penal, constituye un mecanismo para verificar el comportamiento prohibido y por ende es una teoría general de la conducta típica. Explica los fundamentos del ilícito de acción y de omisión, la teoría de la tentativa, de la participación delictiva, así como el tipo objetivo del delito doloso y culposo. La previsión normativa precisa si un comportamiento se

encuentra o no socialmente prohibido, incluso concreta los límites de la posición de garante.

Un sujeto solo es responsable por los sucesos que se encuentren dentro de su órbita de competencia, es uno de los elementos más importantes para la concreción de la responsabilidad en el marco de la imputación objetiva, en ello, es menester determinar si el autor tiene o no una posición de garante con respecto a la evitación del resultado. Fijada la posición de garante, hay que establecer si el sujeto defraudó las expectativas que surgen de su rol, es decir, si creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado.

A modo de ejemplo, un funcionario de la oficina asesora jurídica de una entidad pública, no será responsable disciplinariamente en medida alguna, de eventos en que se haya dispuesto la asignación de una partida presupuestal para otro fin al que se tenía previsto, aun cuando aquel, se haya visto beneficiado de ese irregular traslado para la satisfacción de sus prestaciones sociales en cuanto a retroactividad de cesantías. La acción irregular del traslado presupuestal está por fuera de sus competencias funcionales, él no defraudó rol alguno, más allá del beneficio material obtenido.

En el entendido de que la función básica del derecho sancionador es facilitar la interacción social, el injusto no puede ser entendido como simple lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos. Solo constituye

ilícito, aquellos comportamientos que defraudan las expectativas que emanan de un rol determinado (riesgo no permitido para los modelos de conducta que nacen entorno a una función social). Todo contacto social implica un riesgo para los bienes de protección, la sociedad no puede prohibir toda conducta que implique un peligro para los mismos, deben señalarse las normas de seguridad para que los riesgos sean administrados dentro de los límites que mitiguen la probabilidad del daño.

Al encontrar los injustos de acción y de omisión, en sus modalidades dolosa y el culposa, unos elementos comunes (la posición de garante y la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se concretiza en el resultado), se consigue una fundamentación monista de la imputación objetiva.

#### **1.4.2. La creación del riesgo normativamente desaprobado**

En clave de imputación objetiva, habrá de identificarse a una sociedad, cualquiera que esta sea, donde normativamente se hayan establecido las conductas desaprobadas socialmente en el régimen del derecho sancionador al que se esté refiriendo, de ahí surgen los tipos penales y disciplinarios como prescriptivas configuradoras de su identidad, igualmente el riesgo o forma de amenazar la vigencia de esa norma debe haberse concebido normativamente, porque en una sociedad



moderna es lógico que se asuman conductas riesgosas para el logro de los cometidos sociales, pero ellas son controladas por el derecho como máximos de tolerancia. Parafraseando a la profesora Claudia López, en seguida, en el desagregado numérico de este punto se abrevia su concepción en esta materia (López, 2004, pp. 106-171).

La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado es un elemento general del injusto, es decir, un segmento transversal a toda clase de ilícitos: dolosos y culposos; de acción, omisión o comisión por omisión. Es menester reiterar, no toda conducta que lesione o ponga en peligro bienes de protección es relevante para la especie sancionadora, se requiere un elemento adicional: que el peligro esté desaprobado por el ordenamiento jurídico.

Para establecer si un peligro se encuentra prohibido, entran en consideración cuatro instituciones básicas: 1. El riesgo permitido 2. El principio de confianza. 3. La prohibición de regreso, y 4. Las acciones a propio riesgo. Dichas prescriptivas excluyen la tipicidad del comportamiento, sea por valoraciones sociales que lo legitiman (en los tres primeros casos), o como en la cuarta, por la especial configuración que la víctima le da al hecho.

#### **1.4.2.1 El riesgo permitido o tolerable**

La creación de peligros es inherente a toda forma de interacción de una comunidad organizada. La principal fuente para establecer la

permisión de un riesgo es la configuración social, porque a través de la interacción se han legitimado histórica y culturalmente los peligros. En esta valoración entran en consideración diferentes criterios: la utilidad social, la inevitabilidad del riesgo, la necesidad de determinadas empresas, y la habitualidad general del peligro.

Es inconcebible la vida en sociedad sin la creación de riesgos, los contactos suponen la puesta en peligro de los bienes protegidos. Ante tal realidad, lo adecuado es limitar el peligro (a través de los deberes de seguridad), y permitir la actividad dentro de determinados límites. El residuo de peligro socialmente tolerado es lo que, en términos generales se conoce como riesgo permitido o tolerable.

Cuando el ciudadano se comporta observando los mandatos de seguridad, el riesgo que pueda crear, está jurídicamente permitido y controlado, y en consecuencia no le son imputables los peligros o lesiones que ocasione a los bienes protegidos, en ese marco los eventuales daños se tornan en atípicos. Para determinar en un caso concreto el riesgo permitido, se han fijado las siguientes pautas: las normas jurídicas, las normas técnicas y la *lex artis*, la figura del modelo diferenciado, los deberes de advertencia del peligro y los deberes de información, el significado social del comportamiento y el principio de confianza.

El ordenamiento jurídico recoge las pautas de comportamiento que han de seguir los ciudadanos en la vida de relación. Las normas técnicas

y la *lex artis* son pautas de seguridad en el tráfico creadas por agremiaciones particulares que, sin tener la fuerza vinculante de la norma jurídica, pueden ser tenidas en cuenta por el juez como indicadoras del cuidado exigido en una situación concreta. El modelo diferenciado corresponde a la pauta de comportamiento que debe inferirse de la conducta que hubiere desplegado una persona perteneciente al mismo ámbito de relación del autor, así, el referente no es un hombre cualquiera, sino el titular de un arte u oficio idéntico al desempeñado por quien ejecutó la conducta, es decir, un par competente.

En cuanto a los deberes de información, CLAUS ROXIN afirma que quien algo no sabe, tiene que informarse; quien algo no puede, tiene que dejarlo. En el significado social del comportamiento, la permisión del peligro de un bien protegido no debe exceder de manera proporcional y ponderada al beneficio obtenido, es una relación costo-beneficio.

En el evento en que un conductor, servidor público disciplinable, se verifique que ha cumplido con las normas que reglamentan esa actividad catalogada como peligrosa, y aun así se haya producido un accidente donde uno de los ocupantes haya salido lesionado, él no responderá disciplinariamente, en razón a que no defraudó sus competencias funcionales. El resultado naturalístico lesiones personales, es consecuencia del mayor o menor grado de accidentalidad que en el tráfico rodado existe diariamente por eventos incontrolables como que se

atravesó en la vía un animal doméstico, la caída intempestiva de un árbol, etc., lo cual es un riesgo que se asume y tolera al vivir en la sociedad desarrollada, es el costo inevitable del modernismo, que es mitigable pero nunca desaparece.

#### **1.4.2.2 El principio de confianza**

El principio de confianza encuentra uno de sus fundamentos, en la prescriptiva de la autorresponsabilidad colectiva. Por regla general, se responde únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia, porque no forma parte del rol de una persona controlar todos los posibles peligros que se puedan originar en la conducta de terceros. Cada quien debe orientar su conducta de tal forma que no lesione bienes ajenos, pero no es su deber preocuparse porque los demás observen el mismo comportamiento, cada quien con lo suyo.

El principio general de confianza es aquel del cual se puede esperar que el otro se comporte dentro del ámbito propio de su competencia, pero no es absoluto y tiene sus excepciones, estas son: cuando surgen circunstancias especiales que permitan inferir que el otro participante no va a cumplir con los deberes que emanan de su rol, cuando el deber de cuidado de una persona consiste precisamente en la vigilancia y control de otras que se encuentran bajo su dependencia, *culpa in eligendo y culpa*

*in vigilando*, cuando el tercero es un incapaz que no goza de plenitud para auto determinarse, caso en el cual surge un principio opuesto, el de defensa.

A modo de ejemplo disciplinario: un escolta servidor público, que observa que un colega aprendiz, en el servicio conjunto de protección a un político, está manipulando inadecuadamente el arma y pudiera poner en riesgo la vida de la persona protegida, tiene el deber, so pena de la sanción a que haya lugar, como garante de protección, adoptar medidas de salvaguarda aun cuando *prima facie*, se predique que la orientación o instrucción a sus compañeros está por fuera de su rol funcional, en este evento particular y por las circunstancias es dable inferir que no debía confiar en el actuar adecuado de su compañero inexperto.

#### **1.4.2.3 La prohibición de regreso**

En la actualidad, la teoría de la prohibición de regreso se trata de un ámbito de colaboración dolosa o culposa de un tercero en la realización del injusto, sin que exista responsabilidad para ese aparente “participe” que colaboró en cumplimiento de su rol funcional. Son casos en los que no es imputable la creación de una situación que favorece la comisión de un delito, siempre y cuando, ese tercero la haya creado con apego a un riesgo permitido.

A modo de ejemplo, es impune por la teoría de la prohibición de regreso, el servidor público que en cabal ejercicio de sus funciones entrega

dinero a particulares con un fin específico, y ellos malversan dichos recursos. La situación que favoreció la comisión del ilícito (entrega del dinero) fue creada en virtud de un riesgo permitido: los valores se concedieron conforme a ley. Por lo tanto, hay prohibición de regreso respecto del funcionario público.

Lo descrito no se trata de un criterio absoluto, se han introducido límites. Si la temática se resuelve con base en el principio de confianza, la imputación del resultado depende si se conocía o no que alguien estaba dispuesto a realizar un hecho doloso, pero si se resuelve con la delimitación de ámbitos de responsabilidad (regla general: se responde únicamente por las conductas que se encuentran dentro del propio ámbito de competencia), la solución está relacionada con la existencia o no de una posición de garante.

En efecto, la existencia de una posición de garante impide la aceptación de una prohibición de regreso. En consecuencia, conductas que en sí mismas son inocuas, pueden tornarse prohibidas cuando quien favorece la situación de peligro conoce probabilísticamente la posterior realización del hecho doloso, o se es garante en virtud de organización o de una relación institucional.

En la moderna reelaboración de la teoría de la prohibición de regreso, aplica para los casos de favorecimiento doloso de una conducta dolosa, así como para el favorecimiento doloso de una conducta culposa.

Su fin es excluir la imputación cuando se colabora dolosa o culposamente en la realización del tipo, pero está “aparente participación” se ha realizado dentro del riesgo permitido, con las excepciones anotadas.

Otro ejemplo disciplinario, sería el caso del administrador de un *armerillo* en una entidad como la Procuraduría General, que en el cumplimiento de sus competencias funcionales, le entrega a otro servidor una arma de fuego para el cabal cumplimiento de sus funciones, pero este último la utiliza los fines de semana para perpetrar asaltos en el comercio, esa actividad dolosa no podrá ser transmitida en modo alguno a aquel que si bien facilitó naturalísticamente el instrumento del delito, en nada tuvo que ver en la ideación, planeación, ejecución o actos de consumación del ilícito, luego respecto de él opera la prohibición de regreso, en razón a que no defraudó su rol funcional.

#### **1.4.2.4 Las acciones a propio riesgo**

Dentro de este concepto se agrupan aquellos casos en que un tercero favorece o crea una situación en la que el titular del bien protegido, realiza una acción peligrosa para sus propios bienes. El aspecto a dilucidar consiste en definir si el comportamiento de quien se expone voluntariamente a sí mismo, convierte la conducta del tercero en un riesgo jurídicamente permitido. Cada especie de casos tendrá sus propias pautas de solución, considérese los siguientes dos grupos generales:

A. Cuando existe **participación en autopuesta en peligro**, la víctima ha organizado, con la intervención de un tercero, el peligro para sus propios bienes. En la dogmática contemporánea, no puede imputársele responsabilidad al tercero, porque la víctima ha organizado con división del trabajo, el peligro para sus propios bienes. Esta solución recibe diversas fundamentaciones, principalmente el fin de la protección de la norma (ROXIN), la delimitación de ámbitos de responsabilidad y el principio de autorresponsabilidad.

En todo caso, para excluir la imputación al tercero, se deben reunir tres presupuestos básicos: 1. La víctima debe tener bajo su control la decisión sobre el sí y el cómo del desarrollo de la puesta en peligro. Esto no acontece con el consentimiento, porque en él la víctima deja en manos del autor la decisión sobre el sí y el modo de la lesión al bien jurídico; 2. La víctima debe ser sujeto auto responsable, con capacidad para dimensionar el peligro; 3. El tercero no debe tener una especial situación de protección frente al bien protegido: es decir, no debe ostentar posición de garante con respecto a la persona que se autopone en peligro, caso en el cual el tercero tiene deberes de salvamento y está en la obligación de revocar el riesgo (injerencia). Si no presta la ayuda, es autor por comisión, sea dolosa o culposa.

A su turno, JAKOBS reafirma y amplía en tres situaciones, en las cuales la acción a propio riesgo de quien resulta lesionado, no excluye la



imputación de quien ha contribuido a la creación del peligro: cuando el autor tiene una posición de garante con respecto a la víctima, en los casos de autoría mediata (quien coloca a otro que se autolesiona, en una situación de instrumento), y, por último, en los casos cuando el consentimiento de la víctima en una autolesión, no tiene fuerza vinculante. V. gr., el homicidio consentido.

En derecho disciplinario, podría pensarse el caso en que un comisario de familia, por solicitud expresa de una adolescente quien le solicita que, como excepción a una medida de protección impuesta a su favor, permita que ella comparta con su padre para mantener el vínculo parental pese a que dicha medida administrativa se ha adoptado con ocasión a la presunta agresión sexual del padre a esa menor, y el servidor público accede favorablemente a tal solicitud. En este caso, al verificarse la condición de garante de los menores protegidos que le asiste al comisario de familia, no se excluye la imputación al disciplinable en razón a que con su actuar puso en peligro a la menor, respecto de la cual, en cumplimiento de su rol funcional, se esperaba que él mantuviera la vigencia de la medida de protección, aún por encima del consentimiento de la eventual víctima, o adoptara otra alternativa eficiente con el mismo fin proteccionista.

**B. Cuando existe el consentimiento en una autopuesta en peligro, realizada por otro.** A diferencia del anterior, en este caso la víctima ha

dejado en manos de otra persona el control sobre el peligro. El consentimiento puede excluir la imputación al tercero, si esta acción se considera como equivalente a los casos en que alguien se pone en peligro por sí mismo.

Según ROXIN, dicha equivalencia se presenta si se cumplen los siguientes requisitos: que la víctima se dé cuenta del riesgo en la misma medida de quien lo crea, que el daño sea consecuencia del riesgo aceptado y no otros fallos adicionales, y que la persona puesta en peligro cargue con la misma responsabilidad de quien lo ocasiona.

En el mismo ejemplo anterior del comisario de familia, modificando que quien solicita la excepción a la medida de protección es la madre de la menor presuntamente víctima, el servidor público puede válidamente despachar favorablemente la solicitud, siempre y cuando se cerciore que la madre ofrece garantía de cuidado a la menor que un caso no resuelto penalmente por el presunto abuso, también en ejercicio del interés superior, le asiste el derecho de compartir con su padre, por ello el comisario traslada el control de peligro a otra garante, como es la madre de la menor, para que la visita padre-hija, se lleve a cabo bajo protocolos de supervisión y garantía a favor de la adolescente, aun cuando en últimas suceda algún resultado indeseado. En este caso, se darían los presupuestos de las acciones a propio riesgo, que excluyen la responsabilidad del funcionario público.

### 1.4.3. La relación de riesgo versus la producción del resultado

En materia de imputación objetiva debe existir un aparejamiento entre el actuar del sujeto activo por fuera del riesgo jurídicamente aprobado o permitido y la comprobación de que ese actuar fue la causa determinante del resultado, de no cumplirse esta condición la conducta, o es impune, o a lo sumo habrá verificarse en la tentativa como dispositivo amplificador del tipo, concebido así normativamente.

El postulado general de la imputación objetiva señala: es la realización de un riesgo no permitido y la verificación de **su resultado**, se hace hincapié en su resultado, para significar que no es cualquier resultado, sino únicamente el que se derive de la realización del riesgo no permitido, es decir, de la norma de cuidado infringida en el caso en concreto, por lo cual es necesario que la ejecución de ese riesgo desaprobado o el delta del incremento del riesgo permitido, tenga estrecha relación de causalidad con la consecuencia, el primero debe ser la causa eficiente del resultado, pero este último, entendido en sentido abstracto y no fenomenológico, es decir, como el incumplimiento de la norma subjetiva de determinación, puro desvalor de acto.

A continuación, y para ilustrar la concretización de la imputación objetiva en punto del cotejo relacional probatorio entre el incremento del riesgo y la producción de su resultado, se trae apartes de la sentencia

penal dictada por el autor de esta tesis, como juez promiscuo municipal de Cajicá, en un caso de lesiones personales culposas en accidente de tránsito, fallo de 29 de noviembre de 2019, C.U.I. 251756108005-2015-80265:

*...Ahora, para que se predique un principio de responsabilidad habrá de demostrarse en juicio la presencia de alguna de las circunstancias generadoras de culpa, tales como: impericia, negligencia, imprudencia o violación de normas regulatorias, así como la existencia de un vínculo entre aquella y la consecuencia lesiva, es decir que ésta sea la causa eficiente del menoscabo al bien jurídico protegido. En ese sentido, es menester inicialmente, probar la relación causal entre la infracción al deber de cuidado y la consecuencia lesiva, sin perjuicio, claro está, de las valoraciones jurídicas ulteriores a que haya lugar.*

*En punto de esto es menester precisar que, verificado el hecho perturbador, en este caso el accidente de tránsito que produjo una modificación evidente del mundo exterior concretizado en las lesiones en la humanidad del menor S.G.A., que menoscabaron el bien jurídico objeto de protección, antes de constatar la existencia del hecho punible es necesario una segunda actividad, cual es la vinculación del hecho con el autor, esto es la imputación.*

*Dicha asignación de vínculo, por lo menos en los delitos de comisión como es el caso de autos, debe tener un contenido mínimo, necesario pero no suficiente que es la relación causal entre el suceso y un acto libre del acusado, señor CASTRO CALDERÓN, aspecto que no ha sido controvertido en el debate, pero esa relación causal demanda además y de manera sine qua non una relación de culpabilidad, es decir un conector entre el suceso perturbador y la voluntad del autor, es lo que la dogmática penal conoce como la culpabilidad por la voluntad.*

*Ese vínculo entre el suceso y la voluntad del autor habrá de adoptarse como un concepto psicológico o jurídico de voluntad, en el primer caso se predica la imputación subjetiva y en el otro la objetiva. La imputación subjetiva precisa una relación psíquica y real de la voluntad con el hecho puesto que el autor se considera una unidad zoológica-psicológica hombre, y desde Feurebach (comienzos del siglo XIX) hasta nuestros días esta postura en el delito imprudente se ha visto frustrada por la imposibilidad de “cazar” el dolo en la psiquis del autor al no poderse constatar el hecho en lo anímico y espiritual, por ello, necesariamente por lo menos en los delitos culposos es menester acudir a la imputación objetiva, donde la persona es un*

*constructo concebido socialmente de forma específicamente normativa.*

*De ahí que aparte de la relación causal que valga decir no fue controvertida en este juicio, en lo que respecto a la relación de culpabilidad habrá de nutrirse de los actos normativos de persona, en punto de la acreditación probatoria en relación a la eventual negligencia, imprudencia, impericia o inobservancia de las normas del tráfico rodado por parte del acusado, todo ello consolidado en el deber objetivo de cuidado para quien ejercita una actividad peligrosa como es la conducción del vehículo automotor tracto camión involucrado en la relación causal.*

*En otras palabras corresponde a la fiscalía la constatación probatoria, más allá de toda duda razonable del incremento del riesgo permitido y la verificación de su resultado, es decir, en el caso en concreto constatar de manera certera que a la hora señalada del 11 de abril de 2015 JEISSON ANDRÉS, al conducir el vehículo involucrado en el accidente, incrementó injustificadamente el riesgo permitido en el tráfico rodado de conformidad con el Código Nacional de Tránsito u otras normas aplicables y que como resultado de esa transgresión se afectó el bien jurídico de la integridad*

*personal que le asiste al menor S.G.A., este es en concreto el problema jurídico a resolver en esta instancia de eventual responsabilidad penal...”*

*“... para la constatación de la eventual responsabilidad o no del acusado se efectuó la siguiente verificación escalonada de eventos jurídicos penales: i) la producción del hecho perturbador, en efecto el accidente de tránsito sucedió el 11 de abril de 2015. ii) la relación de causalidad de autor se cumple, el conductor del tracto camión coincide con el acusado. iii) acto libre del autor, se cumple, no se invocó causal alguna de inimputabilidad u otro que la ataque. iv) incremento del riesgo permitido, la fiscalía no probó de manera objetiva este acontecer v) producción del resultado como consecuencia del incremento prohibido, sin perjuicio de lo anterior, el ente acusador tampoco demostró que como producto de ese “posible incremento del riesgo permitido”, éste delta haya sido la causa eficiente del resultado.*

*Como se advierte el esquema escalonado se fracturó en el ítem iv (incremento del riesgo permitido), consecuencia de ello, la decisión que en derecho corresponde es la absolución del acusado.*

*Con base en los anteriores argumentos, las pruebas habidas en el proceso tienen la contundencia y la relevancia jurídica suficiente para absolver al señor JEISSON ANDRÉS CASTRO CALDERÓN por el delito de lesiones personales culposas, como quiera que no se logró establecer alguna de las circunstancias generadoras de culpa (impericia, negligencia, imprudencia o violación de normas), pues el mismo transitaba sobre la calle 2 frente al No. 6 -102 variante Chía - Cota, sin determinar si excedió la velocidad permitida en esta vía, según se establece del Código Nacional de Tránsito que prevé en su artículo 74 que:*

*“Los conductores deben reducir la velocidad a treinta (30) kilómetros por hora en los siguientes casos: En lugares de concentración de personas y en zonas residenciales; en las zonas escolares; cuando se reduzcan las condiciones de visibilidad; cuando las señales de tránsito así lo ordenen; y en proximidad a una intersección” (subrayado ajeno al texto.*

*Así las cosas, para este despacho y con los elementos que existen en el legajo no existen pruebas debatidas en juicio que lleven a la convicción sin dubitación alguna a este operador judicial, tal como lo exige el Art. 381 C.P.P., según éste como requisito para condenar, el*



*conocimiento más allá de toda duda razonable del delito y de la responsabilidad penal del acusado”.*

En los siguientes párrafos y en el desagregado numérico de este ítem, siguiendo la línea de la profesora Claudia López, se sintetiza lo por ella expuesto en torno al vínculo de concurrencia que debe existir entre la relación de riesgo y la producción del resultado, quien a diferencia de la propuesta de este trabajo mantiene de manera predominante un contenido material o externo del resultado (López, 2004, pp. 173-185; 188-189).

Verificado que el sujeto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, es necesaria a modo de complemento para la imputación objetiva, la comprobación de un elemento más: que ese riesgo sea el mismo que se ha concretado en la producción del resultado. En consecuencia, si el resultado es producto de un riesgo distinto, no puede ser atribuido al autor, y su conducta debe ser valorada conforme a las reglas de la tentativa en el caso de tipos dolosos, o quedar impune en el evento de que se trate de un ilícito culposos.

Cuando Juan le dispara a Pedro con el ánimo de matar, pero solo le causa una herida menor, y Pedro fallece por un grave descuido médico al curar su herida, se tiene que Juan creó un riesgo jurídicamente desaprobado: disparar, sin embargo, no puede imputársele la muerte (la

tentativa y las lesiones sí), porque el riesgo creado no es el mismo que se concreta en la producción del resultado. En el ejemplo, el resultado muerte fue producto de un riesgo distinto, no atribuible a Juan.

Un evento disciplinario bajo esta misma perspectiva, sería el caso de un vigilante servidor público que, al ingreso de un usuario en determinada entidad, le orienta para que sea asistido en una ventanilla equivocada y allí, el funcionario encargado de impartir el trámite que corresponda conforme a su rol funcional se aparta de los protocolos establecidos normativamente para el efecto. En el ejemplo, la inadecuada orientación del vigilante no fue la causa eficiente del resultado contrario a derecho acaecido, por lo cual a él no le asistiría responsabilidad disciplinaria en cuanto al resultado desatado, aunque naturalísticamente pudiera predicarse su intervención.

Para determinar cuando el resultado es realización del riesgo creado por el autor, la doctrina ha brindado diversos criterios de solución. Los principales son:

#### **1.4.3.1 El fin de protección de la norma de cuidado**

El fin de protección de la norma de cuidado es considerado por la doctrina, el criterio más relevante para resolver los casos de realización de riesgos. Consiste en que las normas de cuidado no están instituidas para disminuir toda clase de riesgos, sino para evitar la realización de

determinados resultados. En consecuencia, si el resultado producido no es de aquellos que trataba de evitar la norma de cuidado, no le es imputable a quien ha originado el riesgo jurídicamente desaprobado.

Para determinar el fin de protección de las normas hay que acudir a los instrumentos ordinarios de interpretación: el método sistemático, histórico y teleológico, por medio de los cuales se fija el alcance de una disposición. No podemos buscar una finalidad abstracta de la norma, como, por ejemplo, sostener que es evitar peligros o lesiones a los bienes protegidos, hay que buscar el sentido concreto. Ejemplo: al precisar la finalidad que tiene la prohibición de exceder los límites de velocidad de los automóviles, se deben considerar variables como si se trata de una autopista o entre los barrios, si se está cerca de una escuela, etc.

Cuando la víctima viola en forma grave sus deberes de autoprotección, en ocasiones esa conducta crea una nueva relación de riesgo que desplaza la anterior, y el resultado final debe ser explicada como su obra y no como la del primer causante. Ejemplo: alguien colisiona dolosa o imprudentemente su vehículo contra otro, y le causa la muerte a su conductor, pero este no llevaba puesto el cinturón de seguridad saliendo disparado por el parabrisas, y medicamente se determina que dicho golpe fue la causa eficiente de su muerte. En el caso, está presente un nuevo riesgo con su resultado, riesgo que creó la propia víctima por el no uso del cinturón, por lo tanto, su muerte no puede imputársele al

primer agente, solo le cabría el delito de lesiones personales. Esto en razón a que la causa eficiente del resultado no obedeció a su actuar desaprobado normativamente.

Un ejemplo con incidencia disciplinaria directa sería el caso en que un funcionario público, al percatarse que, a las afueras de la entidad bajo su control, están sucediendo graves hechos de alteración del orden público, decide transitoriamente cerrar las puertas de la entidad dejando en su interior a personas que quedan naturalística y temporalmente privadas de su movilidad. Al hacérsele el juicio de adecuación se insinúa que el disciplinable está incurso en falta gravísima al tenor del artículo 48, numeral 14, que prescribe: *“14. Privar ilegalmente de la libertad a una persona”*. Al respecto, habrá que sostenerse normativamente que el fin de protección de la norma invocada, no tiene un alcance aplicable al evento, puesto que, en las circunstancias del caso, en modo alguno podría colegirse que el servidor tuvo la intención de privar de la libertad, sus motivos atendían fines proteccionistas.

#### **1.4.3.2 La elevación del riesgo**

Hay casos en los cuales, el agente ha infringido un deber de cuidado; sin embargo, se demuestra que, con seguridad o probablemente, el mismo resultado se hubiera producido, aunque hubiere actuado observado el cuidado necesario en el tráfico social, es lo que se conoce como conductas

alternativas conforme a derecho. Siendo así, para la imputación objetiva faltaría el presupuesto del nexo necesario entre la infracción de la norma de diligencia de cuidado y el resultado típico.

Para la solución de estos casos, la tesis que mayor aceptación ha alcanzado es la de “elevación del riesgo”, desarrollada por CLAUS ROXIN. Para él, lo determinante es precisar si la conducta contraria al cuidado ha elevado el riesgo de producción del resultado. En los delitos de omisión, basta con que el autor disminuya una posibilidad de salvación para el bien jurídico, es decir, puro desvalor de acto.

La elevación del riesgo se demuestra así: hay que concretar cuál es la conducta correcta en el tráfico y compararla con el comportamiento antirreglamentario, para determinar si éste ha incrementado la probabilidad de producción del resultado, en comparación con el riesgo permitido (es un cotejo probabilístico, que se cuantifica de manera proporcional); si hay elevación porcentual del riesgo, permite la imputación del resultado.

El fundamento central de la tesis de ROXIN es el principio de igualdad. Si el riesgo creado por la acción indebida es igual al que crea una acción permitida, no puede imputársele el resultado al autor, porque se violaría el principio de igualdad: a dos situaciones semejantes se les estaría dando un trato desigual.

A modo ilustrativo en materia disciplinaria, se tiene el caso de un servidor público conductor quien al manejar el vehículo oficial en ejercicio de sus funciones atropella a una persona que cruza la calzada causándole la muerte. En el trámite investigativo se demuestra que el disciplinado al momento de los hechos excedía el límite de velocidad a observar, pero igual, en la reconstrucción se determina por el experto técnico y con todo el rigor del caso, que aún cuando el conductor hubiera ido dentro del límite máximo de velocidad, considerando la forma intempestiva como se atravesó la víctima, igual, se hubiera producido el accidente con la consecuencia mortal. Aquí, hay relación causal adecuada, hay relevancia típica considerando el fin de protección de la norma, pero, no puede decirse lo mismo respecto del nexo necesario entre la infracción de la norma de diligencia de cuidado y el resultado típico muerte. En este orden de ideas, el resultado mortal desde un enfoque de imputación objetiva disciplinaria, habrá de despacharse de manera absolutoria, no así el incumplimiento del deber funcional por el exceso de velocidad como puro desvalor de acto, pero eso es otro asunto distinto al resultado naturalístico muerte.

#### **1.4.3.3 El comportamiento incorrecto de un tercero o de la víctima**

Algún sector de la doctrina considera que, si después de que se ha originado un peligro jurídicamente desaprobado, la víctima o un tercero

contribuyen dolosa o culposamente a la producción del resultado, estos comportamientos que infringen en forma grave los deberes de cuidado, desplazan el riesgo creado por el primer causante y originan una nueva relación de riesgo, salvo que ese causante original a la vez ostente una especial posición de garante, y no pueda confiar en el adecuado comportamiento de los otros, sino que deba asegurarse y no suponer que los demás se comportarán cumpliendo sus deberes.

Con respecto al comportamiento de la víctima, resulta interesante destacar las acciones peligrosas de salvamento. Si una persona asume voluntariamente una acción salvadora, el hecho no le puede ser imputado a quien ha propiciado la situación peligrosa (que motivó la decisión salvadora), porque si éste no ha influido en la determinación tomada, la asunción del riesgo del salvador, cae dentro del exclusivo ámbito de su responsabilidad.

Cuando la persona tiene que exponerse al peligro en cumplimiento de un deber profesional. V.gr, el rescatista profesional que se lesiona tratando de salvar a una persona en peligro provocado dolosa o culposamente por el agente infractor de una norma de cuidado, dichas lesiones se le pueden imputar a ese agente, porque la acción salvadora no se ha realizado voluntariamente, sino en cumplimiento de un deber legal. Sin embargo, algún sector de la doctrina considera que aún en estos eventos, debe reconocerse la acción a propio riesgo, pues los riesgos

profesionales son aceptados con base en un acto general de libre albedrío, cuando se optó por esa profesión.

Es el caso de un médico, servidor público que al atender a un paciente por una imprudencia suya con desapego a los protocolos de esa *lex artis*, le causa una herida leve al usuario, y éste por descuido o negligencia no sigue la prescripción de tratamiento en materia de antibióticos y posteriormente, por esa causa sufre una grave infección que le genera la pérdida funcional de un órgano, ese último resultado, no puede ser imputado al galeno, porque para esa consecuencia mayor, fue desplazado el riesgo originado por el disciplinado, quien tendrá que ser absuelto, sin perjuicio de la responsabilidad que le corresponda por el evento menor inicial.



## 2. ESQUEMA GENERAL DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

### 2.1. El derecho disciplinario como especie del *ius puniendi* del Estado

El derecho disciplinario se erigió como una especie del derecho sancionador con autonomía, independencia e identidad propia, la Sentencia C-948 de 2002 se refirió a la especialidad y constitucionalidad de este derecho, como una manifestación de la facultad sancionatoria del Estado dirigida a los servidores públicos y particulares que cumplen función pública en virtud a la relación especial de sujeción, y por otra parte distinguió la comisión de faltas disciplinarias de los hechos punibles bajo el postulado constitucional de un debido proceso en actuaciones administrativas o jurisdiccionales, incorporando sus propias categorías dogmáticas.

Desde tiempo atrás el órgano de cierre constitucional, refiriéndose al control disciplinario, estableció en la Sentencia C-341 de 1996:

*“El derecho disciplinario comprende el conjunto de normas, sustanciales y procesales, 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”.*

Se observa entonces, que, el derecho sancionador es el género, y como especies se tienen: el derecho disciplinario, el penal, el contravencional, el correccional y el *Impeachment* (juicio político). Dentro del derecho disciplinario, tenemos el derecho disciplinario jurisdiccional, el administrativo, el ético profesional y el de las organizaciones.

Recientemente fue expedida la Ley 1952 de 2019 - Código General Disciplinario - C.G.D., (se tiene previsto que regirá a partir del 1º de julio de 2021), actualmente y en vigencia se cuenta con el Código Disciplinario Único - C.D.U., Ley 734 de 2002 con el que se pretendió crear una seguridad jurídica evitando la existencia de normas paralelas acabando con los regímenes especiales, sin embargo han surgido varios estatutos particulares que han tornado compleja la actividad disciplinaria, tanto en ámbitos de competencia, como en materias y procedimientos aplicables, dentro de ellos se tienen: la Ley 863 de 2003 de las fuerzas militares, 1010 de 2006 en temas de acoso laboral, 1015 de 2006 de la Policía Nacional y la 1123 de 2007, Código Disciplinario de los abogados.

## **2.2. El derecho disciplinario como dispositivo garante y proyector de la vigencia de la norma**

El derecho disciplinario se estatuye en procura de la protección de la organización, funcionamiento y fines del Estado. Su objetivo es encauzar la conducta de los servidores públicos y particulares ejecutores de la función pública para el cabal cumplimiento de sus deberes funcionales. De ahí surge la preexistencia de un vínculo particular y diferenciado de la persona con el Estado, y es lo que se conoce como la relación especial de sujeción. Esta especie de derecho sancionador es un mecanismo de auto tutela, para garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, él se protege, mantiene su vigencia, protegiendo la función pública.

El derecho disciplinario es primer instrumento para perseguir y sancionar las infracciones sustanciales, no justificadas, de los deberes funcionales. Su misión primordial siendo sancionatoria, es preferentemente preventiva. Se acude a él cuando se infringen deberes que corresponden a los servidores públicos y se lo hace de manera sustancial (Sánchez, 2012, p. 49).

Su objeto de protección son los deberes funcionales, la sola conducta estructura el ilícito anticipándose al resultado, son tipos de mera conducta, donde se concretiza el desvalor de acto, entronizando la ética de la responsabilidad.

Las faltas disciplinarias están definidas en tipos abiertos o en blanco, que deben ser cubiertos por otras normas para realizar integración normativa. La excepción es el artículo 48 del C.D.U. (salvo el numeral 1° que remite al código penal, Ley 599 de 2000), allí, se enlistan de manera taxativa las faltas disciplinarias gravísimas, artículo 52 del código general disciplinario - C.G.D., Ley 1952 de 2019, norma prevista para entrar en vigencia el 1° de julio de 2021.

La expresión de tipos en blanco en el derecho disciplinario, aparte de la remisión para la integración normativa, también hace referencia a que las faltas disciplinarias de manera abierta, pueden ser imputadas a título de dolo o culpa sin que la prescriptiva restrinja a un modo en particular, esta es otra diferencia con el derecho penal, donde la regla general es que las faltas penales descritas en los tipos, solo pueden ser cometidas a título de dolo so pena de tornarse atípica la conducta, excepto que el tipo en particular de manera expresa admita la imputación culposa, verbigracia el homicidio culposo, expresamente así señalado, Art. 109, Ley 599 de 2000.

La justificación de la nota diferenciadora, surge a partir de que el derecho penal (regla general), protege bienes jurídicos en su expresión externa, en tanto que la funcionalidad disciplinaria apunta a la prevención y adecuada marcha de la gestión pública para el cumplimiento de los fines y funciones del Estado, este último valora esencialmente un resultado

normativo interno como desvalor de acto, en tanto que el penal refiere a la esfera externa de protección, el resultado naturalístico, como regla general, exceptuados los delito de peligro o la tentativa, como dispositivo amplificador del tipo.

La plausibilidad para el empleo de tipos abiertos o en blanco en esta especie del derecho sancionador se justifica en aspectos de practicidad procesal, técnica legislativa y atendiendo la finalidad social que se persigue. La corte constitucional en Sentencia C-030 de 2012, al respecto se pronunció en los siguientes términos:

*“se justifica este menor requerimiento de precisión en la definición del tipo disciplinario por el hecho que de asumir una posición estricta frente a la aplicación del principio de tipicidad en este campo llevaría simplemente a transcribir, dentro de la descripción del tipo disciplinario, las normas que consagran los deberes, mandatos y prohibiciones aplicables a los servidores públicos, y que exigir una descripción detallada en la ley disciplinaria de todos los comportamientos susceptibles de sanción, conduciría en la práctica a tener que transcribir todo el catálogo de deberes, mandatos y prohibiciones que se imponen a los servidores públicos en las distintas normas jurídicas, traduciéndose dicha exigencia en un obstáculo para la realización coherente, ordenada y sistemática de la función disciplinaria y de las finalidades que mediante ella se*

*pretenden, cuales son, la prevención y buena marcha de la gestión pública, así como la garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado”*

Por otra parte, la norma subjetiva de determinación presupone la configuración del ilícito disciplinario, que se manifiesta en la infracción sustancial del deber funcional, por ello, es una manifestación del desvalor de acto, no requiriéndose el desvalor de resultado el cual se considera como factor objetivo de punibilidad, es decir, accesorio a los contenidos puristas del derecho disciplinario.

Al respecto, la doctrina especializada sobre los conceptos desvalor de acto y norma subjetiva de determinación, sostiene lo siguiente:

#### **Desvalor de acto.**

Ilicitud sustancial. Por su relación con la ética se considera que la conducta es contraria al deber funcional. Objeto de protección: deberes funcionales. La sola conducta estructura el ilícito anticipándose al resultado. El ilícito mira el texto de la ley. No necesariamente debe haber daño material, un perjuicio, sino simplemente atentar contra los fines que rigen el cabal funcionamiento de la función pública, por ello recibe el nombre de tipos de mera conducta.

#### **Norma subjetiva de determinación.**

La norma presupone la configuración del ilícito disciplinario, en ese contexto ese ilícito se manifiesta en la infracción sustancial del deber funcional, de ahí que es puro desvalor de acto, no requiriéndose el desvalor de resultado, que funciona como condición objetiva de punibilidad. El derecho disciplinario a través de sus disposiciones encauza la conducta de los servidores públicos para que se abstengan de infringir sus deberes (Sánchez, 2012, pp. 53-54).

### **2.3. Las categorías dogmáticas del derecho disciplinario**

La responsabilidad disciplinaria descansa sobre categorías dogmáticas, entendidas estas como resultado de desarrollos científicos irradiados por principios, valores y normas constitucionales y convencionales, o como lo enseña el profesor Gómez Pavajeau en sus conferencias, cuando parafraseándolo dice que la dogmática moderna no puede ser sino dogmática axiológica, construcción científica de la teoría jurídica a partir de la norma pero interpretada a partir de los principios, valores y derechos constitucionales que se entronizan en su conformación. Aclara que no se debe confundir dogmática con dogmatismo, término último que es aplicación a “rajatabla” del precepto normativo, aspecto ajeno al derecho sancionador.

Los pilares de la responsabilidad disciplinaria son en sentido progresivo ascendente (es decir, se torna inane valorar la siguiente si no

se ha superado la anterior), la CAPACIDAD (formal), CONDUCTA, TIPICIDAD, ILICITUD y CULPABILIDAD. Es un pentateuco donde se edifica la responsabilidad disciplinaria, que de verificarse conduciría inexorablemente a la responsabilidad y consecuente sanción disciplinaria prevista normativamente, cuyo objetivo primordial debe ser el restablecimiento de la norma vigente para irradiar confianza en las instituciones políticas del Estado.

La última categoría señalada (culpabilidad), en aras de las garantías del sujeto disciplinable, deberá entenderse también como un principio que de manera transversal permea toda la actuación, no de otra manera se estaría ponderando y efectivizando la responsabilidad subjetiva como elemento fundante del estado de derecho, esto como una manifestación nítida de la dignidad humana, en virtud a la cual, la persona es un fin en sí misma, de ninguna manera puede objetivarse o instrumentalizarse para otros cometidos.

Las formas de sanción en materia disciplinaria son la destitución, amonestación, multa, suspensión y la prohibición de ejercer funciones públicas. Cumplen función preventiva y correctiva para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, la ley y los tratados internacionales que se deben observar en el ejercicio de la función pública (Sánchez, 2012, p. 56).



### **2.3.1. La capacidad**

En LA CAPACIDAD, se estudia la imputabilidad que debe tener el servidor público o el particular que cumple función pública como destinatario de la ley disciplinaria, es un precepto de aptitud, de tal forma que el inimputable desde el punto de vista material, como persona incapaz de comprender la ilicitud del comportamiento y/o de determinarse conforme a esa comprensión, escapa del derecho disciplinario por no ser apto para violar la norma subjetiva de determinación.

Nótese como la culpabilidad rigiendo como principio está presente en esta categoría, el concepto de voluntad sea psicológico o normativo, no recae en el inimputable o no destinatario de la ley disciplinaria, por su falta de competencia para ser imputado disciplinariamente, de ahí que en nada afecta que la asignación de culpabilidad sea subjetiva u objetiva, para reconocerle en este caso su falta de capacidad, sea esta desde el punto de vista formal positivo (Art. 69 y ss. C.G.D.) o desde el punto de vista material positivo o negativo (Art. 31, núm. 8 C.G.D.).

La imputabilidad integra el elemento intelectual (con sus dos componentes, la conciencia cognitiva y la conciencia valorativa) y el elemento volitivo. En ausencia de alguno de ellos el sujeto se entiende inimputable materialmente, y como consecuencia, no será responsable disciplinariamente, y solo eventualmente será objeto de aplicación de medidas administrativas como la insubsistencia para proteger el servicio.

Nótese la diferencia con el derecho penal donde la imputabilidad de manera total, se estudia como elemento o presupuesto de la culpabilidad, imputable o inimputable se le considera responsable con sanciones diversas, pena para el primero y medida de seguridad para el otro. En materia disciplinaria, ni siquiera se ha subido al peldaño de la conducta, y ya en caso de estar frente a un inimputable formal, se descarta su responsabilidad, por no ser destinatario de la ley disciplinaria, esto considerando la relación especial de sujeción del disciplinable, propia y exclusiva para estos efectos, del servidor público o particular que cumple función pública.

### **2.3.2. La conducta**

Superado el presupuesto anterior, da lugar a analizar la categoría de LA CONDUCTA, ella hace referencia a la inobservancia del deber funcional, que desde el punto de vista formal puede ser por vía de acción, omisión o en la comisión por omisión, pero desde lo sustancial y útil es una sola, se reitera, el incumplimiento del deber funcional, precepto que se deriva de la expresión *fungi*, que es cumplir con un deber normativamente comunicado.

### **2.3.3. La tipicidad e ilicitud, inescindiblemente unidas**

La tercera y cuarta categoría componen monolíticamente un solo estamento y deben estudiarse de manera conjunta, es decir, que se pueden

formalmente diferenciar sus elementos, pero están, como lo afirma el profesor Gómez Pavajeau: inescindiblemente unidas en el ilícito disciplinario (Gómez, 2007, pp. 386-387), son la TIPICIDAD y la ILICITUD. La primera es la expresión del principio de legalidad como requisito previo de prohibición o deber, la tipicidad refiere a la inobservancia de la norma subjetiva de determinación que le exige al potencial disciplinable: cumplir deberes, no extralimitarse en el ejercicio de derechos y deberes, no incurrir en prohibiciones, respetar el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, y por último, no incurrir en los comportamientos que taxativamente consideró el legislador como faltas disciplinarias (Artículos 23, 48 y 50 de la Ley 734 de 2002 - Código Único Disciplinario; Artículos 38 y ss. C.G.D.).

La ilicitud como categoría dogmática propia del derecho disciplinario difiere de la antijuridicidad del derecho penal, en la medida en que para este último, el injusto penal abarca el desvalor de acto y el de resultado, y la antijuridicidad toma sus modalidades de formal y material; en el derecho disciplinario es puro desvalor de acto en punto de la infracción del deber funcional como contradicción axiológica, pero no es cualquier infracción, debe tener la entidad de perjudicar el cumplimiento de los fines del Estado, afectando con ello los principios de la función pública.

Lo otro, la infracción inocua, entendida como el deber por el deber mismo, rindiéndole culto a la norma sin ponderar con primacía como corresponde, los fines de la misma, no alcanza a superar esta categoría dogmática de la ilicitud que debe contener el carácter de sustancial para que tenga trascendencia valorativa, en esta especie de derecho sancionatorio.

En materia disciplinaria no hay bienes jurídicos que tutelar, el fin de protección es el cumplimiento axiológico del deber funcional. El ilícito disciplinario es una conducta típicamente antijurídica, es decir, el incumplimiento de deberes o la incursión en prohibiciones, como manifiesta violación de la norma subjetiva de determinación acompañado con el quebrantamiento ostensible del deber que determinó la afectación de la función en oposición al cumplimiento de los fines del Estado. Así mismo, cuando se presenta una causal de exclusión de responsabilidad que justifica la conducta no solo ataca la ilicitud de la conducta, sino que de contera destruye la tipicidad, en otras palabras, el ilícito disciplinario.

Por lo dicho en el párrafo anterior, las categorías dogmáticas del derecho disciplinario, tipicidad e ilicitud sustancial resultan indefectiblemente atadas. En el mismo sentido, el artículo 5 de la Ley 734 de 2002, prevé:

*“La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”.*

La doctrina especializada en punto de la ilicitud sustancial ha precisado lo siguiente:

***“1.3. La ilicitud sustancial disciplinaria.***

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

*(...) El comportamiento, más que desconocer formalmente la norma jurídica que lo prohíbe, debe ser opuesto o, cuando menos, extraño a los principios que rigen la función pública.*

*(...)*

*En el orden precedente y desde un referente de justicia, la sustancialidad de la ilicitud se determinará cuando se compruebe que se ha prescindido del deber exigible al disciplinado en tanto implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la antijuridicidad sustancial del comportamiento”(Ordóñez, 2009, pp. 26-28).*

#### **2.3.4. La culpabilidad**

En sede de CULPABILIDAD, fase donde el juicio disciplinario abandona el carácter objetivo que previamente se ha analizado (sin perjuicio del principio rector de culpabilidad, connotación de carácter subjetivo que como se ha indicado es transversal a toda la actuación disciplinaria), trasciende a las particularidades subjetivas del procesado, y así materializa, sustancial y adjetivamente, la proscripción de la responsabilidad objetiva en el derecho disciplinario. En sede de culpabilidad el juicio de reproche se cimienta primero en la exigibilidad de comportamiento diverso que podía y debía haber adoptado la persona competente, y segundo, en la conciencia de la ilicitud (para las faltas dolosas) que puede ser actual, eventual o actualizable, como posibilidad de conocer la prohibición, e infracción del deber subjetivo de cuidado para las faltas culposas.

Esa conciencia de la ilicitud refiere al elemento psíquico o normativo, imputación subjetiva u objetiva, respectivamente, de la representación entre la conducta y su carácter prohibido, en otras palabras, es el dolo valorado, y de allí se desprende eventualmente el error de derecho que puede ser invencible excluyendo la responsabilidad porque se comete el ilícito disciplinario sin culpabilidad y no es posible la responsabilidad objetiva, o vencible con responsabilidad, atenuando la consecuente sanción.

Por su parte, el error de hecho invencible daría al traste con el ilícito disciplinario por falta de tipicidad, y si es de hecho vencible se examina en sede de tipicidad mutando la adecuación de dolosa a culposa en los casos en que el tipo lo permita.

#### **2.4. La prueba, tanto de la infracción del deber funcional como de la culpabilidad.**

En materia probatoria que conduzca a la responsabilidad disciplinaria, debe haber exhaustivo análisis y convicción que demuestre más allá de toda duda razonable, la realización de la conducta contraria a derecho y la culpabilidad del sujeto. Es decir, se deben tener probados los aspectos objetivos y subjetivos, que validen las cinco categorías dogmáticas antes anunciadas. Al respecto la Procuraduría General de la Nación, dentro del radicado disciplinario IUS 2008 - 271125, recalcó:

*Al respecto, el artículo 5 de la Ley 734 de 2002 establece que la falta es antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna y el artículo 13 ibídem, dispone que las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa, lo cual significa que el juicio disciplinario no se agota en demostrar la realización objetiva de una conducta contraria a derecho, sino que es requisito necesario establecer la ausencia de justificación en la realización de su conducta y la imputación subjetiva, toda vez que se entiende que la ilicitud sustancial implica que se haya desconocido no solo el ropaje*

*jurídico del deber, sino también la razón de ser que el mismo tiene en un Estado social y democrático de derecho, o lo que es mejor, no basta con que se quebrante formalmente un deber, sino que se requiere que se haya cuestionado la funcionalidad del mismo o su razón de ser.*

## **2.5. Causales de exclusión de responsabilidad**

El diseño estructural de la responsabilidad en materia disciplinaria se ha edificado a partir de los contenidos de las categorías dogmáticas, a modo de cavidades donde se alojan condiciones que deben probarse para de manera escalonada consolidar la responsabilidad disciplinaria del sujeto entendida esta, como equivalente a sancionable.

La diversidad de especies de causales de exclusión de responsabilidad permite diseñar el complemento de los moldes de esos contenedores dogmáticos. Es decir, desde los aspectos negativos de la responsabilidad es posible identificar los presupuestos que debe cumplir una persona competente para que sea merecedor o no de un correctivo disciplinario.

Existen entonces causales de exclusión de responsabilidad de diferentes especies, a continuación, un breve ejemplo por cada una de ellas:



1. Por ausencia de **capacidad formal** del sujeto. Cuando se pretende disciplinar a un particular que no cumple función pública. Por carencia de **capacidad material**, en el evento en que la conducta haya sido realizada en un estado de enajenación mental que guarde relación directa con el comportamiento desplegado.
2. La **conducta** realizada por el agente no es disciplinariamente relevante, es el caso de un servidor público que en el fuero interno de su hogar incurre en violencia doméstica.
3. El funcionario público que en su lugar de trabajo mantiene fotografías de expresiones sentimentales de parejas del mismo sexo. Ese actuar no se adecúa con **tipo** disciplinario alguno.
4. El servidor público, que toma para su uso personal una hoja de papel en blanco adquirida por la entidad a la que está vinculado. Si bien, es una conducta **típica** no tiene la entidad suficiente para afectar el servicio, es decir, no es **ilícita** sustancialmente.
5. Un funcionario público que, con ocasión del servicio, en un área aparentemente despoblada dispara al aire su arma de fuego personal, considerando de manera errada e invencible que su conducta no constituye falta disciplinaria. No hay conciencia de la ilicitud, por lo tanto, se predica **inculpabilidad**.

De las anteriores, y cualquier otra causal de ausencia de responsabilidad (artículo 28 del C.D.U.), surge la contracara positiva que viene a identificarse con las categorías dogmáticas del esquema disciplinario. En el mismo desagregado numérico anterior, se tendría la nomenclatura de cada una de ellas:

1. Capacidad
2. Conducta
3. Tipicidad
4. Ilícitud
5. Culpabilidad.

Nótese en el ejemplo número cuatro que el examen de la ilícitud siempre estará acompañado de la tipicidad, porque aquella resulta ser una cualificación de esta para que unidas en una amalgama den la nota que tenga sentido en virtud al examen disciplinario. En otras palabras, es posible hablar de manera separada de tipicidad e ilícitud, pero se vuelve inane su verificación aislada porque en últimas lo que interesa al juicio de responsabilidad disciplinaria es establecer como requisito, si la conducta es típicamente ilícita. De tal surte, que el asunto se reduce de cinco a cuatro cavidades dogmáticamente sustanciales.

Por los contenidos de cada una de las categorías dogmáticas expuestas resulta evidente que, en sentido lógico y práctico, estas son

escalonadas ascendentes, es decir, es menester verificar en primera instancia la Capacidad para luego abordar la Conducta, y así sucesivamente en el orden señalado. Inútil e ineficaz, sería invertir esfuerzos en constatar la Ilícitud Típica de una conducta desplegada por un sujeto que luego se determina que era incapaz formalmente, y por ende no destinatario de la ley disciplinaria.

De la siguiente fórmula matemática, sin que opere la ley conmutativa de la adición (por la constatación ascendente explicada), podría configurarse la responsabilidad disciplinaria del sujeto que se equipara con convertirse en destinatario de una sanción, en ella se tienen en cuenta las respectivas eximentes como aspectos negativos en cada categoría.

$$R = (CA - E \text{ de } CA) + (CO - E \text{ de } CO) + (IT - E \text{ de } IT) + (CU - E \text{ de } CU)$$

En donde,

R, es Responsable disciplinario, es decir, sancionable

CA, es **CAPACIDAD**

E de CA, es Eximentes de Capacidad

CO, es **CONDUCTA**

E de CO, es Eximentes de Conducta

IT, es **ILICITUD TÍPICA**

E de IT, es Eximentes de Ilicitud Típica

CU, es **CULPABILIDAD**

E de CU, es Eximentes de Culpabilidad

El esquema disciplinario en las cuatro categorías o cavidades sustanciales antes señaladas, válidamente puede apreciarse en dos ambientes, uno primero que interpreta el fenómeno del ilícito disciplinario y otro, el segundo que refiere a la culpabilidad del sujeto eventualmente infractor.

Es importante ser incisivo en los dos momentos de la eventual responsabilidad disciplinaria, la primera de carácter normativo (en sentido omnicomprendivo: incumplimiento de deberes, incursión en prohibiciones, extralimitación en el ejercicio de derechos y deberes, violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, y la incursión en comportamientos que el legislador expresamente consideró como faltas disciplinarias) que corresponde al hecho o situación desaprobada, en pocas palabras el incumplimiento del deber funcional, y otro asunto imprescindible y complementario que corresponde a la vinculación del sujeto responsable al hecho que se cuestiona, aspecto subjetivo que en un ambiente funcionalista también tiene un carácter normativo, como se expondrá con detenimiento en el acápite 6 de este estudio.

### 3. LAS RELACIONES DE SUJECIÓN CON EL ESTADO

#### 3.1. Introducción

Desde la concepción del Estado moderno, cuando el poder de las monarquías fue reemplazado por la versión del contrato social, en el que el ciudadano participa comunicativamente de manera activa de las decisiones políticas y sociales que le afectan, se ha discutido la sujeción que dicho ciudadano debe mantener con el Estado formalmente constituido.

En esa concepción moderna de Estado, que el Derecho Internacional Público acepta como la configuración de tres elementos: Territorio, Población y Soberanía, ejerce sobre sus asociados un poder vinculante mediante el cual, éstos aportan al funcionamiento económico, participan de las decisiones, mientras aquel administra la cosa pública y provee los servicios públicos esenciales para que el conglomerado conviva de manera pacífica y en el marco de la prosperidad de los pueblos.

Estos tres elementos son una versión un tanto modernizada de la trilogía planteada por Jellinek, quien diseñó el concepto de Estado sobre los elementos de Territorio, Pueblo y Poderes Estatales. (Jellinek, 1914, pp.

396-397). Es en ese último elemento de los poderes estatales en el que recae precisamente el concepto de sujeción del ciudadano, sin que con ello se diga que, en la actualidad, exista una plena subordinación del ciudadano ante el Estado. La relación en este campo, pasa por la interacción que en cada actividad sostiene el individuo ante el ente estatal y desde luego, los límites a la arbitrariedad del ente estatal que en fases históricas se predicó, pero que el derecho moderno ha logrado ajustar en sus dimensiones, en particular a través de los medios de control jurisdiccional.

En el caso colombiano, este precepto queda claro cuando se examina el artículo primero del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Ley 1437 de 2011:

(...)

*“Artículo 1°. Finalidad de la parte primera. Las normas de esta Parte Primera tienen como finalidad proteger y garantizar los derechos y libertades de las personas, la primacía de los intereses generales, **la sujeción de las autoridades a la Constitución y demás preceptos del ordenamiento jurídico**, el cumplimiento de los fines estatales, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, y la observancia de los deberes del Estado y de los particulares.”*

Resaltado fuera del texto original.

Es decir, no es que el ciudadano esté subordinado a las autoridades estatales de manera unívoca, es que las autoridades estatales junto con el ciudadano, están sujetos a las normas constitucionales y legales que se dictan dentro del proceso democrático para regular tal relación dialéctica.

A partir de estos fundamentos, se puede establecer una clasificación sobre las relaciones de sujeción, que se plantean en dos modalidades, las generales y las especiales. Pero antes de entrar en el análisis de cada una de ellas, es pertinente citar una interesante comparación que permite dilucidar una parte de la diferencia entre relaciones generales y especiales de sujeción a partir del derecho sancionador. Dice el profesor Gómez Pavajeau que la diferencia puede estribar incorporando las esferas de acción del derecho penal y el derecho disciplinario.

En primer término, el derecho penal responde al concepto de relaciones generales de sujeción porque si se mira el Código Penal – parte especial de la Ley 599 de 2000, la mayoría de tipos penales son figuras delictivas de sujeto activo indeterminado, es decir, que puede cometer la conducta descrita, cualquier individuo sin cualificación alguna, siendo así, las relaciones generales de sujeción tienen en principio un carácter *erga omnes*. Si se mira al derecho disciplinario, que es la expresión del derecho sancionador por antonomasia de las relaciones especiales de sujeción, nos encontramos con que el sujeto activo de los tipos del derecho disciplinario, sin excepción alguna, es cualificado, tiene que tener la

condición de servidor público, empleado oficial, particular que cumple función pública, como se quiera, con las diferentes clasificaciones que en derecho administrativo existen.

Esta definición encuadra de manera general en la diferencia entre los dos tipos de relaciones, sin embargo, es necesario complementarla, en cuanto a las excepciones de cada uno de ellos. Por una parte, el código penal contiene tipos con sujeto activo cualificado, estos son algunos de los incluidos en el título de delitos contra la administración pública, tales como el peculado en sus diferentes modalidades, la concusión y el cohecho, por solo mencionar unos ejemplos puntuales. Es decir, aquí habrá una relación especial de sujeción a partir de un compendio normativo general.

Por otra parte, el derecho disciplinario, si bien en la mayoría de los casos, las tipificaciones de las faltas corresponden a servidores públicos, otras pueden estar en cabeza de particulares que de manera transitoria o permanente cumplen funciones públicas, como es el caso de los notarios o curadores urbanos.

### **3.2. La relación general de sujeción**

La condición de ciudadano, sujeto individual, agente de derechos y obligaciones, es el criterio general sobre el cual se establece la relación



general, por cuanto tiene o puede tener un vínculo con una o varias administraciones públicas.

Piénsese en el ser humano que, desde el momento del nacimiento, adquiere unos derechos fundamentales expresados desde la constitución política del Estado en que tuvo lugar el nacimiento. Habrá un acto formal de reconocimiento de esos derechos a través de la materialización de los atributos de la personalidad, entre ellos el nombre, cuyo acto de reconocimiento de identidad se hará ante una oficina de registro público, operada por el Estado de manera directa o por una agencia (notaría) en su nombre, o cualquiera de los otros atributos de la persona, estado civil, nacionalidad, capacidad, patrimonio y domicilio; por cada una de ellas colige un vínculo con los agentes del Estado que regulan sustancial y/o adjetivamente ese atributo que consagra derechos de las personas y correlativamente obligaciones del Estado.

Aquí ya hay una primera aproximación de vínculo entre ese ciudadano y el Estado, que se complementa con la prestación de servicios por parte de éste último que busca hacer efectivos derechos fundamentales de ese nuevo ser como son la atención en salud y la educación, para mencionar solo los más básicos.

Posterior a ello, vendrán otro tipo de relaciones con el Estado, valga citar, cuando se reconoce el atributo de capacidad para ejercer derechos y cumplir obligaciones, un cambio de estado civil, implicará una nueva

relación con el Estado, el reconocimiento de la nacionalidad y por demás está, al adquirir un patrimonio, alguna agencia estatal deberá certificarlo y si es del caso registrarlo para que sea oponible a la comunidad en general.

Concatenado con los atributos de la personalidad, viene el ejercicio de derechos políticos de ese ciudadano, mediante el cual, elige a sus representantes y gobernantes en estados democráticos y ostenta la posibilidad de ser elegido para regir los destinos de su comunidad en alguno de los cargos de elección que presente su organización social o que, mediante procesos de meritocracia, muy en boga hoy en día, puede ostentar la calidad de servidor público y obrar en nombre y representación del Estado. Todo esto es muestra de las múltiples vinculaciones que el ciudadano en toda su vida puede desarrollar frente a la organización jurídica política-Estado.

Ahora bien, en estados modernos, ese ciudadano que en principio está sujeto a una relación general, tiene la facultad de participar en los procesos políticos que le son propios. Así, por ejemplo, la Constitución que se convierte en norma de normas puede ser modificada si un grupo representativo de ciudadanos así lo tramitan. Y en la misma dirección, puede participar en iniciativas para modificar leyes por medio de sus representantes elegidos y desde luego, elegir a ellos, sus representantes

ante las corporaciones legislativas y gubernativas o en sentido negativo, revocarles el mandato.

Una visión adicional de la relación general de sujeción surge a partir de la obligatoriedad de cumplir con las normas establecidas por el Estado, incluso, normas impuestas desde los escenarios internacionales que se vinculan al ordenamiento jurídico interno a través del bloque de constitucionalidad, que viene aparejado con los tratados internacionales que se celebren por parte de sus gobernantes y representantes legislativos.

Como miembro integrante de ese Estado, debe también contribuir con las cargas que su condición de ciudadano le imponen. Es así como el sostenimiento del Estado en sus diferentes facetas deberá contar con un financiamiento que en su mayoría está soportado por la capacidad contributiva de cada uno de sus ciudadanos a través de los tributos, en sus especies de impuestos, tasas y contribuciones, bajo los principios de equidad, eficiencia y progresividad (Art. 363, C.P.), que recaen sobre diferentes actividades, entre otras muchas facetas de la relación general de sujeción.

Todo lo anterior, aunado al cumplimiento de normas legítimas dispuestas por la organización estatal para la convivencia pacífica de la sociedad, enmarca la relación general de sujeción, como un concepto abstracto de expectativas.

### 3.3. La relación especial de sujeción

Ahora bien, descrita como fue en el acápite anterior, la relación general de sujeción, es preciso describir ahora las características de la relación especial de sujeción.

Una definición ampliamente conocida en la teoría jurídica del derecho sancionatorio colombiano es la expuesta por Isaza quien las define como esas:

*“en las cuales una persona física o jurídica, por la especial posición en que le encuadra el ordenamiento jurídico, por su inclusión como parte integrante de la organización administrativa o por razón de la especial relevancia que para el interés público tiene el fin de ésta, se encuentra en una situación de sometimiento distinta y más intensa que el común de los ciudadanos, pero en la que rige la reserva de ley y, solo con base en ésta, puede limitarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en la que existe una tutela judicial sobre el ejercicio de derechos e intereses legítimos”* (Isaza, 2009, p. 54).

De manera complementaria, García de Enterría, propone las relaciones especiales de sujeción como:

*“un mecanismo que dota a la administración de poderes extraordinarios para ejercer potestades; como toda sujeción supone la eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre*

*el propio ámbito jurídico, pero que una vez la potestad es ejercida surgirán ya otras figuras jurídicas subjetivas, derechos, deberes, obligaciones, distintas de la indicada sujeción.”* (García de Enterría, 2001, p. 23, Tomo II)

Nótese que, de las dos definiciones citadas en precedencia, surgen como elemento fundante, alguna restricción de derechos por parte del Estado sobre el sujeto pasivo de la relación. No quiere decir que haya un desconocimiento de derechos fundamentales, solo que se presenta una menor ponderación frente a quienes no están atados de manera especial. Valga citar algunos a manera de ejemplo: la participación política y el ejercicio de los derechos a elegir y a ser elegido, en el caso de los servidores públicos en Colombia, si bien, cuentan con el derecho al sufragio para elegir a determinado candidato, tienen restricciones para participar activamente en la dinámica de los partidos políticos.

Un caso más restringido de esos ejercicios por la naturaleza de la relación de sujeción especial la presentan la fuerza pública, los militares y policías en servicio activo, a ellos, ni siquiera el sufragio les es permitido y menos participar en debates políticos. Para algunos tratadistas, el término exacto no es la restricción de derechos la consecuencia de la relación especial, sino una modulación particular de ellos (Brage, 2004, p. 429).

Para mejor ilustrar este concepto, se define en primera instancia quiénes se encuentran en condición de sujeción especial. Son por lo menos, dos los casos en los que ciudadanos adquieren un vínculo de mayor entidad con el Estado, ellos son: los prisioneros que han sido condenados y purgan su pena en centro carcelario y los servidores públicos en cualquier orden de la estructura del Estado.

Llegar a esta simplificación de dos ítems en la clasificación de los sujetos especialmente relacionados con el Estado, no ha sido un trasegar fácil y pacífico en la doctrina y la jurisprudencia internacional. Esto se demuestra con las diferentes posiciones asumidas en el constitucionalismo alemán. Un recuento de ello se obtiene de la lectura de Gallego Anabitarte, en un ensayo publicado en 1960. Allí, quedan plasmadas diferentes relaciones de sujeción, algunas presentadas tan en extenso, que hoy por hoy, el solo mencionarlas causa curiosidad. Ellas son, por ejemplo, las que sostienen los ancianos en los albergues del gobierno, los estudiantes de instituciones públicas, los enfermos que son tratados en hospitales estatales y hasta la utilización de los servicios de correos (Gallego, 1960).

#### **3.4. El servidor público, relación de sujeción especial por antonomasia**

Para mejor ilustrar la relación especial de sujeción dada por la condición de servidores públicos, es necesario traer, para el caso colombiano, el Artículo 6 de la Constitución Política que prevé:

*“ARTICULO6.Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.”*

Dentro del contexto del análisis que se está realizando, el artículo transcrito presenta dos campos de interpretación. La primera parte de la norma define con claridad la relación general de sujeción, en tanto está dirigida a la condición de particulares, es decir, sin ningún vínculo especial con el Estado. Así las cosas, si se elabora un enfoque de regla permisiva, ésta le confiere al particular la posibilidad de adelantar todo tipo de actividad siempre que no esté prohibida en la constitución y la ley. Es decir, es un campo de acción demasiado amplio que busca respetar y hacer efectivos sus derechos fundamentales, es una comunicación de intervención mínima por parte del Estado, propia del estado liberal.

Por su parte, el segundo componente de lo transcrito, está dirigido a regular esa especial relación de sujeción en la condición de servidores públicos, porque a diferencia de la amplitud que se estila para el particular, el servidor público solo puede hacer aquello que le es permitido por la constitución y la ley. Es decir, su accionar está restringido por el estrecho marco que le impone la normativa, su actuar está condicionado a la prescriptiva normativa, es una concesión que se le

otorga a través del derecho positivo, claro en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de aquellas, para lo demás se entiende que su rol corresponde a las relaciones generales como un ciudadano del común.

La Corte Constitucional, refiriéndose a ese vínculo especial de los servidores públicos y quienes ejercen función pública, así sea de manera transitoria, donde la moralidad y la eficacia son principios orientadores de su actividad, conforme al artículo 209 Superior, ha dicho en reiteradas sentencias, entre ellas, la C-988 de 2006:

*“3.3 El principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior. Su significado según la jurisprudencia y los diferentes instrumentos de protección establecidos en la Constitución.*

*(...)*

*3.3.2 En relación con el principio de moralidad a que se alude en el artículo 209 superior respecto de la función administrativa, la Corte ha señalado que este es extensible a toda la actividad estatal, en virtud de los artículos 1° y 2° superiores. Dicho principio de moralidad irradia entonces toda la actuación de los servidores públicos y de los particulares que cumplen funciones públicas y para su protección en la Constitución se establecieron múltiples instrumentos encaminados a asegurar su respeto”.*



### **3.5. Consecuencias y efectos de la relación especial de sujeción**

Con lo expuesto hasta aquí, se hace necesario determinar las consecuencias y efectos que tiene tanto para el sujeto activo (Estado) como para el pasivo (servidor público o cumplidor de función pública) la relación especial de sujeción.

Para el primero, el efecto es poder llevar a cabo la función pública social a través de los distintos servidores. Es decir, mediante la utilización del talento humano y el desarrollo de sus capacidades productivas, el Estado puede proveer servicios públicos a sus asociados, servicios éstos como la justicia (jueces, magistrados y empleados), la seguridad (militares y policías), salud, educación, servicios públicos domiciliarios, recaudo y administración de rentas, supervisión y control de actividades críticas para la población como las ejercidas por las superintendencias y un largo etcétera ejercido por los demás funcionarios, en cumplimiento de los fines del Estado. De esta manera y enmarcado en el imperio de la ley, el Estado como parte dominante en la relación, ejecuta las políticas públicas que le son inherentes a su naturaleza.

Por su parte, respecto de los sujetos pasivos, es decir, los funcionarios, se ven afectados por la relación en varios campos de su actividad profesional y hasta familiar. Como ya se expresó en acápite anterior, el sujeto pasivo sufre una modulación de algunos de sus derechos que también ya fueron mencionados. En este aspecto, para

García de Enterría, los sujetos pasivos de la relación especial de sujeción, se sustraen del derecho común, por limitaciones o incluso alguna minusvalía de sus derechos frente a otros ciudadanos que no están en similar condición. (García, 2001, Tomo I, p. 42).

Sin embargo, esta apreciación, implica también el reconocimiento de una diferenciación en el tratamiento de la sujeción especial, pues para algunos servidores, ésta puede ser más intensa que para otros. Ello se colige del planteamiento de GÓMEZ PAVAJEAU:

(...)

*"1. La existencia al interior de la "relación especial de sujeción" de grados de exigencia mayor o menor, esto es, de relaciones especiales de sujeción intensificadas y relaciones de sujeción moderadas que explicarían el por qué en algunos ámbitos del servicio público existen regímenes especiales de carácter disciplinario o tratamientos diferenciales en materia de exigencia de deberes."*(Gómez, 2007, pp. 25-26)

Una forma de relación de sujeción especial intensificada, es la que mantienen los militares en servicio activo por las características de la disciplina a la cual se deben. Siguen siendo servidores públicos y en esa línea, pero la intensificación se manifiesta en la disponibilidad frente al servicio público, pues su horario de trabajo puede ser permanente en

ciertas circunstancias operacionales. Otra manifestación de la intensidad de esa relación es la restricción para moverse de manera libre, aun cuando se disfruta de su tiempo de descanso, pues la normativa militar implica que deban solicitarle a su superior, un permiso de salida de la guarnición militar, es decir, hay una restricción o cuando menos modulación al derecho fundamental de movilidad. En fin, es claro que quienes más sienten la restricción con más intensidad de derechos en el marco de la relación especial de sujeción son los militares y policías, como integrantes de la fuerza pública.

Pero más allá de eso, un efecto importante se refleja en las características del derecho sancionatorio al que se ven abocados por razón del cumplimiento de sus deberes. La base esencial del derecho disciplinario que se muestra como un correctivo a las desviaciones del deber funcional que tiene los servidores públicos, se sustenta sobre la existencia de la relación especial de sujeción.

Si se utilizara nuevamente un elemento comparativo entre el derecho penal y el derecho disciplinario, una diferencia notable es que, en el primero, se considera como de *última ratio*, subsidiario y fragmentario, en tanto, hay una preocupación por salvaguardar los derechos fundamentales del enjuiciado, específicamente la libertad.

Por su parte, el derecho disciplinario surge como *prima ratio*, porque allí el bien jurídico a proteger es la vigencia de la norma que regula

la función administrativa que debe estar al servicio del ciudadano y el sujeto pasivo de la acción que es el servidor público, pasa a un segundo plano, sin decir con ello que se le puedan violar derechos fundamentales en el enjuiciamiento disciplinario, desde esta perspectiva la organización estatal resulta de corte socio céntrico en tanto que en materia penal lo es antropocéntrico. Pero esa condición de *prima ratio*, ejemplifica de manera puntual la relación especial de sujeción.

Al respecto el órgano de cierre de lo contencioso administrativo, Sección Segunda, Sentencia 10051, de 19 de marzo de 1998, M.P., Clara Forero de Castro se refirió al tema distinguiendo los destinatarios de las relaciones generales de las especiales, en los siguientes términos:

*“mientras en el proceso penal se busca preservar bienes sociales amplios, en el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a las normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia y la eficacia en la moralidad de la administración pública”.*

Desde luego, se entiende que ese sometimiento que marca la sujeción especial es estrictamente discrecional, la vinculación al servicio público civil es de naturaleza voluntaria, excepción hecha de la prestación del servicio militar obligatorio, en la cual el ciudadano es seleccionado para colaborar forzosamente en las filas militares, pero en general cuando

el individuo se vincula a la prestación de la función pública, acepta las condiciones unilaterales de la sujeción con el Estado, se asimila a un vínculo voluntario de adhesión, donde se intensifican las exigencias al ciudadano, pasando a ocupar un lugar de competencias más exigente, en el cumplimiento de su rol funcional o con ocasión a éste.

### **3.6. Otras relaciones especiales de sujeción**

La población carcelaria está igualmente sometida a una relación especial de sujeción. Una vez que la fuerza coercitiva del Estado ha capturado y juzgado a un ciudadano declarándolo responsable por la comisión de un delito, o cuando se impone una medida de aseguramiento preventiva, este acto se convierte en la génesis de una sujeción especial, por cuanto el reo deberá someterse a las condiciones de disciplina del establecimiento carcelario que serán aplicadas por el personal de custodia. Esto no tiene otra función que verificar el cumplimiento efectivo de la pena o medida preventiva y obtener los fines para los cuales se diseñó la justicia penal.

La base de la relación especial de sujeción para la población carcelaria ha sido tratada, principalmente por la jurisprudencia española a través de múltiples pronunciamientos. En Colombia, este tópico ha sido abordado por reiterada jurisprudencia, principalmente de tutela por la Corte Constitucional, recogiendo incluso pronunciamientos de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos. Veamos, por ejemplo, lo expuesto en la Sentencia T-266 de 2013:

*“La jurisprudencia constitucional ha sostenido que entre el Estado y las personas que se encuentran privadas de la libertad surge un vínculo de “especial relación de sujeción”, dentro del cual las autoridades penitenciarias y carcelarias pueden limitar y restringir el ejercicio de ciertos derechos de los internos, siempre y cuando dichas medidas estén dentro de los criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad. Lo cual implica:*

*(i) La subordinación de una parte (los internos) a la otra (el Estado).*

*(ii) Esta subordinación se concreta en el sometimiento del recluso a un régimen jurídico especial, controles disciplinarios y administrativos, y la posibilidad de restringir el ejercicio de ciertos derechos, inclusive fundamentales.*

*(iii) Este régimen, en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales, debe ser autorizado por la Carta Política y la ley.*

*(iv) La finalidad del ejercicio de la potestad y limitación en mención es la de garantizar los medios para el ejercicio de los otros derechos de las personas privadas de libertad, buscando cumplir con el objetivo principal de la pena, que es la resocialización.*

*(v) Como derivación de la subordinación, surgen algunos derechos especiales, en cuanto a las condiciones materiales de existencia en cabeza de los internos.*

*(vi) El deber del Estado de respetar y garantizar el principio de eficacia de los derechos fundamentales, en especial con el desarrollo de conductas activas.*

Así, el máximo tribunal de lo constitucional en Colombia hace un reconocimiento de la sujeción especial, precisando cuáles son sus características y quizá poniendo límite en la arbitrariedad con que en algunos sectores se plantea el régimen penitenciario y carcelario. Más aun, continúa la Corte incorporando elementos de análisis al caso, esta vez trayendo apartes de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

*“En igual sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión I.D.H.) ha sostenido que la subordinación del interno frente al Estado constituye “una relación jurídica de derecho público se encuadra dentro de las categorías ius administrativista conocida como relación de sujeción especial, en virtud de la cual el Estado, al privar de libertad a una persona, se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de la libertad (...)”.*

*Así, con la privación del derecho de libertad de un individuo nace una relación de especial sujeción entre el Estado y el recluso dentro de la cual surgen tanto derechos como deberes mutuos, fundamentándose “por un lado, el ejercicio de la potestad punitiva y, por otro, el cumplimiento de las funciones de la pena y el respeto por los derechos de la población carcelaria.*

*La Corte ha clasificado sus derechos fundamentales en tres categorías<sup>4</sup>: (i) aquellos que pueden ser suspendidos, como consecuencia de la pena impuesta (como la libertad física y la libre locomoción); (ii) aquellos que son restringidos debido al vínculo de sujeción del recluso para con el Estado (como derechos al trabajo, a la educación, a la familia, a la intimidad personal); y (iii) derechos que se mantienen incólumes o intactos, que no pueden limitarse ni suspenderse a pesar de que el titular se encuentre sometido al encierro, dado a que son inherentes a la naturaleza humana, tales como la vida e integridad personal, la dignidad, la igualdad, la salud y el derecho de petición, entre otros.”*

Con estos planteamientos desde la jurisprudencia nacional e internacional, se redondea la teoría de la existencia de la relación especial de sujeción, para el caso de otras relaciones de sujeción reforzada de particulares con el Estado.



#### **4. TEORIZACIÓN DE LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL DERECHO DISCIPLINARIO, UN ENFOQUE DESDE EL FUNCIONALISMO**

##### **4.1. Introducción - voluntad objetivizada**

En la constante búsqueda de la materialización de los fines propios del estado social y democrático de derecho, se ha formalizado y normatizado una categoría especial de asociados, para que en cumplimiento de la misión institucional de las diferentes entidades que conforman la organización jurídico política, cumplan con efectividad (eficiencia más eficacia) su catálogo funcional, ellos son los servidores públicos y los particulares que cumplen función pública.

El derecho disciplinario se constituye en una herramienta de control del cumplimiento del deber funcional establecido particularmente para cada servidor, ese referente funcional emana de la Constitución, la ley y

el reglamento, el artículo 122 Superior proscribire la existencia de empleos públicos que no tengan funciones detalladas. Bajo un esquema funcional, esta especie de derecho sancionador está orientado a mantener la vigencia de la norma que precisamente prescribe cuál es contorno de ese deber funcional, y esa sensibilidad de vigencia se manifiesta cuando el infractor, a través de su conducta contraria al mandato, comunica defectuosamente, y es ahí, al aplicársele el correctivo disciplinario que corresponda, que la vigencia de la norma subjetiva de determinación se actualiza y cobra eficacia. El derecho disciplinario necesita del infractor para refrendarse, la contradicción es el lubricante de actualización que se comunica a la sociedad para que se mantenga vigente la confianza en sus instituciones públicas y en la actividad de los particulares que cumplen función pública.

Esta particular especie del derecho sancionador, tiene un claro objeto de protección, deberes funcionales, que se activa cuando el destinatario de la ley disciplinaria falta a sus deberes, incurre en prohibiciones, se extralimita en el ejercicio de derechos y funciones, viola el régimen de inhabilidades, incompatibilidades o incurre en conflicto de intereses, todo esto orientado a la prevención y adecuada gestión de la función pública que persigue el cumplimiento de los fines y funciones del Estado. Para nada tienen cabida bienes jurídicos como pasa en el derecho penal, el cual va dirigido a particulares vinculados al poder del Estado bajo el régimen general de sujeción.

El artículo 5 de la Ley 734 de 2002 prevé: *“La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”*.

La Corte Constitucional en Sentencia C-948 de 2002 reiteró que la responsabilidad disciplinaria se fundamenta en el incumplimiento de los deberes funcionales.

En la misma sentencia, el órgano de cierre constitucional precisó que, en materia disciplinaria, el mandato legal debe dirigirse a asegurar el cumplimiento de los deberes funcionales que le competen al servidor público o al particular que cumple funciones públicas pues, las faltas le interesan al derecho disciplinario en cuanto interfieran tales funciones. De allí que el derecho disciplinario valore la inobservancia de normas positivas en cuanto este actuar implique el pretermitir el deber funcional, esto es, el desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas. En dicha providencia la Corte Constitucional, precisó:

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

*sus fines, lo que se encuentra al origen de la antijuridicidad de la conducta. (...)*

Dicho contenido sustancial remite precisamente a la inobservancia del deber funcional que por sí misma altera el correcto funcionamiento del Estado y la consecución de sus fines.

La doctrina especializada, en forma reiterada se ha pronunciado en torno al mismo asunto, no es el incumplimiento formal de los deberes, sino que los mismos deben tener la entidad para afectarse sustancialmente, no es el deber por el deber. Por citar alguno, entre tantos otros tratadistas, se trae lo expuesto por un ex procurador general de la nación:

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

*(...)*

*En una palabra, aunque el comportamiento se encuadre en un tipo disciplinario, pero se determine que el mismo para nada incidió en la garantía de la función pública y los principios que la gobiernan,*

*deberá concluirse que la conducta está desprovista de ilicitud sustancial.*

*Tan cierto resulta lo anterior que el propio legislador, resaltando el carácter sustancial de la afectación sustancial, descartó el compromiso disciplinario para aquellas hipótesis de conductas que afectan en menor grado el orden administrativo y le estableció mecanismos diversos al emprendimiento de la acción disciplinaria (artículo 51 del C.D.U.)*

*(...)*

*En el orden precedente y desde un referente de justicia, la sustancialidad de la ilicitud determinará cuando se compruebe que se ha prescindido del deber exigible al disciplinado en tanto implique el desconocimiento de los principios que rigen la función pública, entendiéndose por tal la antijuridicidad sustancial del comportamiento. (Ordóñez, 2009, pp. 26-28).*

La teoría de la imputación objetiva como elemento configurador de la teoría del injusto, ha concebido que este tiene que ser interpretado de conformidad con los fines y funciones que cumple el derecho en la sociedad, y su contenido dependerá de la misión que se asigne al derecho sancionador como especie. Para el derecho penal, la organización social lo ha podido concretizar para proteger bienes jurídicos, para la dirección de

conductas o estabilización de expectativas sociales, en tanto que para el derecho disciplinario corresponde la prevención y ejecución, eficiente y eficaz de la gestión pública como garantía del cumplimiento de los fines y funciones del Estado.

Como exteriorización de su yo y su racionalidad, la libertad de la persona significa autodeterminación, condición necesaria y suficiente para imputar al ser humano su hecho como propio y atribuirle las consecuencias del mismo. Así las cosas, es posible sostener que el acto de imputación es un juicio teleológico dada la capacidad de la voluntad para establecer y realizar fines, luego la acción y consecuentemente la imputación tiene un contenido objetivo, que no solo abarca la atribución de hechos conocidos y queridos, sino da alcance también a aquellos que potencialmente habrían constituido objeto de la voluntad, es decir los hechos imprudentes o culposos (Cancio, 2001, pp. 32-33).

Delo anterior, es dable a través del siguiente silogismo, desprender un principio válido de voluntad objetivizada, primera premisa: una persona ostenta racionalidad, autonomía y libertad para ejecutar actos; segunda premisa: el activador de la acción para establecer y realizar fines es la voluntad, conclusión: al comprobarse que la acción es de esa persona, su voluntad se constituye en el único vehículo objetivo posible de exteriorización de su racionalidad, autonomía y libertad humana.

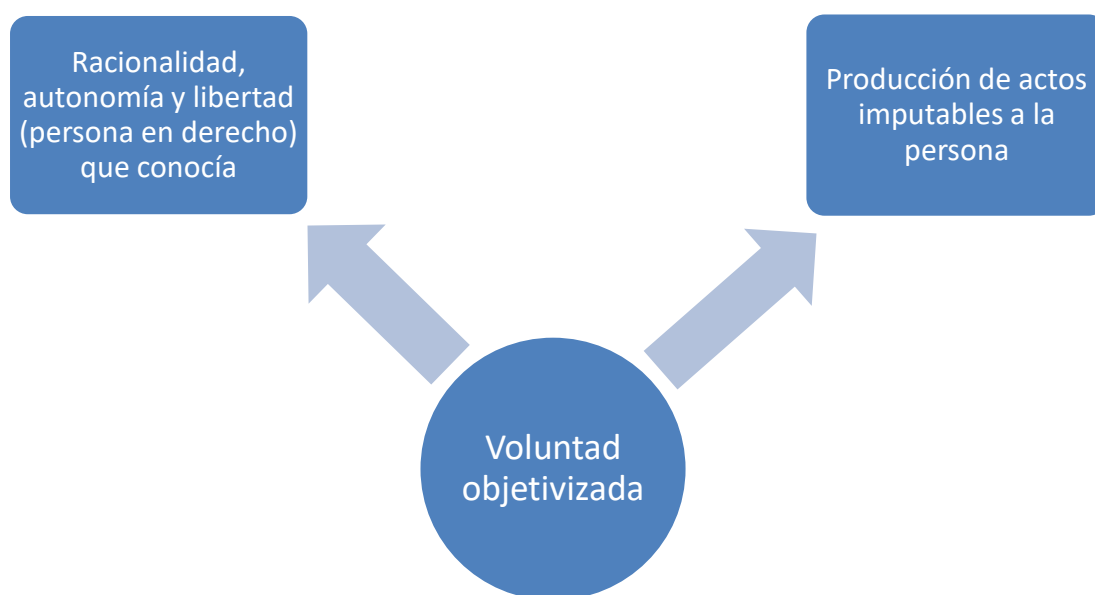
La voluntad es un medio objetivo de comunicación de los atributos de la persona (racionalidad, autonomía y libertad), que se exteriorizan con los actos, razón por la cual el dolo o la culpa no son condiciones que deben corresponder a una actividad probatoria de demostración psicológica, sino que se solventan a través de un juicio de atribución objetiva, que requiere única y exclusivamente la verificación del conocimiento del sujeto como presupuesto de su querer. De ahí que, si la persona conocía una situación y la llevó a cabo, como exteriorización de su racionalidad, autonomía y libertad, es porque quería su producción, luego se reitera el dolo o la culpa no se demuestran, se imputan o atribuyen objetivamente a partir de la verificación objetiva del conocimiento exteriorizado en su acto de comunicación.

El único puente razonable para materializar los actos que se conocían es la voluntad, luego verificados objetivamente los extremos (conocimiento y acto del sujeto), en tratándose de personas, es porque existió la voluntad que de esta manera ha sido objetivizada como vehículo para establecer fines o cometidos fundados en el conocimiento, tiene carácter teleológico.

En el derecho sancionador disciplinario, la culpa se diferencia del dolo, en cuanto en que para la primera modalidad de título de imputación reside en el disciplinado una situación de confianza en la no producción del riesgo como consecuencia de una situación de ignorancia supina,

desatención elemental, violación de reglas de obligatorio cumplimiento o la inobservancia del cuidado esperado.

Para diferenciar, objetivizada la voluntad, la culpa es dolo degradado o imperfecto al estar contaminado por una situación de confianza del enjuiciado en la no producción del riesgo. En disciplinario, si dicha confianza se origina por ignorancia supina, desatención elemental o violación de reglas de obligatorio cumplimiento, se está en presencia de culpa gravísima, y será grave cuando ella obedezca a la inobservancia del cuidado esperado, la distinción a partir del artículo 44, parágrafo, Ley 734 de 2002 - C.D.U., texto declarado exequible luego de someterse a examen de constitucionalidad, Sentencia C-948 de 2002.



**Figura 1. Voluntad objetivizada**

Fuente: Elaboración autor.



A diferencia del derecho penal en donde sus fines y funciones van dirigidas a la población en sentido amplio con un vínculo de relación general con el Estado, en materia disciplinaria, la finalidad es más concreta, el asunto se limita al encausamiento de la conducta de los destinatarios de la ley disciplinaria, a la permanente observancia de su deber funcional, es decir, es un asunto eminente de dirección de conductas, que subyace en la teoría del valor y de las normas, y así su reproche refiere al desvalor de acción y a la vulneración de la norma subjetiva de determinación, respectivamente.

Los tipos disciplinarios son el continente de las faltas (ellas son el contenido prescrito en sus ingredientes normativos y descriptivos) en que puede incurrir el disciplinable en el ejercicio de sus funciones o con ocasión del cargo que ostenta, luego la conducta típica presupone la creación de un riesgo desaprobado (descrito en las faltas disciplinarias en particular) que se puede presentar en fallas en la previsión efectiva o en la diligencia exigible.

La Corte en ejercicio del control concentrado de constitucionalidad en Sentencia C-796 de 2004 definió el principio de tipicidad como la obligación que tiene el legislador de describir las infracciones disciplinarias, actividad que debe hacerlo en forma clara, completa e inequívoca, señaló que dentro de los elementos del tipo disciplinario se encuentran: a) la descripción de la conducta, b) la naturaleza de las

sanciones, c) los montos máximos y mínimos, d) los criterios de proporcionalidad que debe tomar en cuenta el juzgador disciplinario.

La verificación del resultado sería equivalente al incumplimiento del deber funcional de manera objetiva, es decir, que el disciplinado: 1. incumplió sus deberes, 2. Incurrió en prohibiciones, 3. Se extralimitó en el ejercicio de derechos y funciones, 4. Violó el régimen de inhabilidades, incompatibilidades o incurrió en conflicto de intereses. Encontrarse de manera objetiva en alguna de las situaciones antes numeradas, corresponde a la defraudación de la garantía de la función pública a que el disciplinable se comprometió en virtud del principio de sujeción especial y como una decisión manifiesta de su voluntad cuando optó por esa especial condición.

Ese resultado, bajo el propósito de este estudio, no debe observarse desde el punto de vista naturalístico sino normativo, es decir, cuando el disciplinado defrauda expectativas de comportamiento, lo que se esperaba de él como sujeto competente colaborador de los fines del Estado, por lo cual no tiene relevancia jurídica disciplinaria alguna si su conducta fue por acción, omisión o comisión por omisión (este último cuando se atribuye el resultado producido por otro servidor a aquél que tenía la obligación de vigilancia y control), lo que interesa en un plano funcional es que defraudó su rol funcional esperado, su acto comunicativo fue contrario al establecido, en otras palabras puro desvalor de acto.

Este entendimiento del resultado desde la óptica de la teoría de la normas, concretizado en la vulneración de la norma subjetiva de determinación como impoluto desvalor de acto, sin tener relevancia alguna el resultado naturalístico como una manifestación de cambio en el mundo fenomenológico perceptible por los sentidos, disiente de una perspectiva personal y de equipo concebida en otro estudio de investigación pretérito, en esta misma maestría, cuando en su parte conclusiva se dio a entender que para la imputación objetiva es indispensable un resultado naturalístico, lo cual en esta nueva tesis es menester corregir. Allí se indicó:

*“En ese orden de ideas, en el caso de faltas disciplinarias que requieren para su estructuración de un resultado, situaciones en las que el resultado es una condición de agravación de la conducta o en los casos cuando el servidor público está obligado a prevenir la ocurrencia de resultados, es necesario que se analice no solo la causalidad entre la conducta y dicho resultado, sino la relevancia típica disciplinaria y si, además, dicho resultado puede ser atribuible a la inobservancia del desvalor de acción desde el punto de vista funcional y normativo, siguiendo y aplicando algunos principios de la imputación objetiva, teoría desarrollada de forma mucho más avanzada y profunda por el derecho penal.” (Berdugo y otros, 2013, p. 155)*

Los efectos materiales de la conducta, escapan del interés jurídico del nuevo derecho disciplinario funcional, la modificación del mundo naturalístico perceptible por los sentidos, es decir, el daño como consecuencia de esa defraudación de expectativas es un aspecto ajeno a los fines del derecho disciplinario, que solo es mantener la vigencia de la norma de conducta de la persona vinculada bajo ese régimen de sujeción especial, lo otro, el daño consecencial constituye el injusto administrativo que es la esfera externa de la infracción disciplinaria intrascendente para el derecho sancionador *prima ratio*, que por su concepción normativa es eminentemente abstracto y procura su vigencia en su esfera interna con la imposición del correctivo disciplinario como respuesta contra fáctica a la negación del infractor.

En clave de imputación objetiva, el resultado naturalístico tampoco es el aspecto medular de la concreción de la conducta a valorar en ejercicio del *ius puniendi*, al respecto se ha dicho que las razones existentes para un entendimiento normativo del tipo no quedan limitadas a los delitos de resultado, en ese sentido es oportuno referir que autoridades en la materia, como Jakobs y Bacigalupo utilizan el término "*adecuación social*" como el más representativo de la imputación objetiva del comportamiento, y en otros apartes, se afirme que esta teoría de la imputación objetiva va aproximándose a convertirse en una teoría general

de la conducta típica, en donde la atribución del resultado ya no es la cuestión dominante (Cancio, 2001, pp. 48,66).

El proceso disciplinario de corte inquisitivo (el investigador-acusador y el juzgador se funden en una misma persona, sin existir la adversariedad de contendores propia del sistema penal acusatorio) y como garante de los derechos fundamentales, tiene el deber de realizar una investigación integral. Para explicar este aspecto resulta conveniente traer a colación lo expuesto por la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación, en el fallo de 25 de noviembre de 2010, dentro del expediente IUS 267683, cuando señaló:

*“Sobre el principio de investigación integral en materia disciplinaria, la Sala constata en primera medida que este principio tiene plena aplicación en el ámbito de los procesos disciplinarios, por mandato legal expreso; en efecto, en el Código Disciplinario Único artículo 129 se dispone que, el funcionario buscará la verdad real. Para ello deberá investigar con igual rigor los hechos y circunstancias que demuestren la existencia de la falta disciplinaria y la responsabilidad del investigado, y los que tiendan a demostrar su inexistencia o lo eximan de responsabilidad.*

*En el proceso disciplinario bajo estudio la Sala Disciplinaria no observa que la primera instancia haya desconocido el principio de investigación integral, lo que se advierte es que el quejoso, al parecer,*

*entiende que por no practicarse todas las pruebas que él consideraba pertinentes y no hacerse las preguntas que en su entendido eran necesarias, entonces la investigación no es integral, olvidando que el principio en cita compele al operador disciplinario a investigar con igual rigor tanto hechos que demuestren la existencia de la falta como la inexistencia de la misma, y resulta que la primera instancia también debía practicar las pruebas solicitadas por la disciplinada, en tanto las considerara pertinentes, conducentes y útiles, sin que el quejoso estuviera facultado para objetar la práctica de estas pruebas.”*

El resultado o producción del riesgo desaprobado, se satisface con la realización por acción, omisión o comisión por omisión, de alguna de las faltas disciplinarias contenidas en la ley, los tipos disciplinarios se estatuyeron como las formas o relación de causalidad entre el comportamiento del disciplinable y la concreción de los resultados, al verificarse el incumplimiento de deberes, incursión en prohibiciones, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades o incursión en conflicto de intereses. Estas formas de comunicación exteriorizadas en la conducta, *per se*, constituyen el resultado con contenido abstracto, de relevancia en materia disciplinaria, sin trascender a sus consecuencias materiales.

En materia disciplinaria están presentes los elementos constituyentes de la teoría de la imputación objetiva: acción y resultado normativo (no naturalístico), los cuales son immanentes en la consolidación de la responsabilidad disciplinaria. Ese binomio debe estar en relación mutua, para que el resultado (incumplimiento del deber funcional en alguna de sus formas) se le pueda imputar al autor como el producto de su comportamiento (adecuación en alguno de los tipos disciplinarios).

Esa entidad de resultado normativo, no naturalístico, tiene su virtualidad por motivos de intervencionismo estatal, y se asimila en materia penal a los delitos de peligro abstracto en donde sustancialmente no se protegen bienes jurídicos del derecho privado, sino permanencia del *statu quo* de la sociedad bajo el instrumento de protección de normas, el cual se activa con la sanción.

La relación especial de sujeción que vincula a los destinatarios de la ley disciplinaria, desde la perspectiva de capacidad en la imputabilidad formal, exige en el proceso de investigación la delimitación de sucesivos niveles objetivos de contexto de competencia del procesado, y ese “objetivo” significa concreción de la norma conforme a los patrones generales del sujeto en un determinado rol social (Cancio, 2001, p. 70).

La relación de causalidad en disciplinario tiene contenido estrictamente deontológico, no es una causa en sentido natural que

provoque el incumplimiento del deber funcional, esta debe estar previamente establecida (principio de legalidad), y es precisamente en el catálogo de las faltas disciplinarias que de manera taxativa se consolidó ese compendio, otras causas distintas a ellas, son ajenas a esta modalidad del ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por lo anterior, la teoría de la equivalencia de las condiciones no tiene ninguna cabida en el derecho disciplinario, solo es aceptable la causa objetivamente productora del resultado axiológico, y con un ingrediente esencial adicional: que tenga construcción normativa.

La causalidad adecuada disciplinaria adopta a través de la ley disciplinaria aquella conducta que de acuerdo a la experiencia general ostenta la capacidad y tendencia hacia el logro del resultado, así las condiciones que han colaborado de manera fortuita al logro del resultado, son disciplinariamente irrelevantes. El juicio de posibilidad y probabilidad que concibió KRIES para la definición de la causalidad adecuada en lo penal, es una labor de apoyo en disciplinario, aun cuando dicho ejercicio de ponderación, proporcionalidad y probabilidad se entiende subsumido en la actividad legislativa previa a la estructuración de las faltas disciplinarias, que como toda actividad humana es dinámica y puede el legislador crear, extinguir o modificar, dependiendo de las formas de interacción social que orienten su curso.



La teoría de la relevancia típica resulta de gran valía en lo disciplinario. El punto está en hacer una interpretación más exacta del incumplimiento del deber funcional, como motivador en la dirección de conductas de los destinatarios de la ley disciplinaria, disposición encaminada al cumplimiento de los fines del Estado. La relevancia típica tiene su desarrollo propio en materia disciplinaria en lo referente a la ilicitud sustancial, como eficaz y relevante infracción del deber funcional.

Una conducta de carácter disciplinario solo puede ser imputada, cuando se ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado (infracción disciplinaria, independiente que sea por acción, omisión o comisión por omisión), que se concreta en la producción del resultado, al verificarse el incumplimiento del deber funcional con entidad de ilicitud sustancial.

La imputación objetiva sirve para limitar la responsabilidad disciplinaria, constituye un mecanismo para verificar el comportamiento prohibido y por ende es una teoría general de la conducta típica. Explica los fundamentos del tipo disciplinario de acción y de omisión, de la participación, a título de dolo o culpa, estos últimos como expresión de la previsión efectiva y la diligencia exigible, respectivamente. La prescriptiva normativa precisa si un comportamiento se encuentra o no socialmente prohibido, incluso concreta los límites de la posición de garante desarrollada en los tipos de acción por omisión.

#### **4.2. El correctivo disciplinario para garantizar la permanencia de identidad social**

La sanción disciplinaria dirigida a aquella persona competente que se encuentra en un grado de relación especial de sujeción, y que a la misma vez es un referente del comportamiento esperado de aquel que sirve al público, cumple un mensaje comunicativo en el sistema social que no es otro que garantizar la identidad de esa misma sociedad, el correctivo disciplinario es la contradicción de la negación de la norma que el servidor público o particular que cumple función pública, encontrado responsable disciplinariamente, previamente comunicó al sistema social.

El derecho disciplinario que se comunica reactivamente con la sanción, está establecido en la sociedad como un subsistema de corrección y garantía de permanencia de otro subsistema, aquel de carácter normativo que deriva de esa relación reforzada de sujeción de unos particulares cualificados, luego ese otro subsistema social normativo, la función pública materializado en la prevención al incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones, y violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, se comunica y se enfrenta con la trasgresión del infractor entrando en tensión de primacía, y ahí es cuando interviene el subsistema de reacción, garantía y

corrección concretizado en la sanción disciplinaria como instrumento de comunicación en pro de la vigencia normativa.

Así las cosas, el derecho disciplinario como instrumento de vigencia de la norma, y desde la perspectiva funcionalista, no crea un orden nuevo social, no es dispositivo proyector de cultura, es solo un instrumento de comunicación de garantía y permanencia del orden existente, cualquiera que este sea, no crea contenidos sociales ni normas de conducta, perpetua las existentes, es esa su verdadera contribución social, ser garante de la existencia de lo que hay, por eso es válido en cualquier modelo de sociedad, en este caso el que deriva de esa especial relación de personas con el Estado.

*“las actividades que desarrollan los servidores públicos admiten dos lecturas: una, los deberes y las obligaciones que implican el desempeño de sus actividades; y la otra, la vigilancia de que debe ser objeto dicha actividad, para garantizar que efectivamente se cumplan los fines del Estado, en busca de satisfacer el interés general”.* (Brito, 2002, p.120).

De la anterior transcripción se verifica que el derecho disciplinario está orientado a satisfacer las expectativas sociales de vigencia de la norma para cumplir el objetivo de prosperidad del Estado, y los deberes impuestos al servidor público son el instrumento o medio para ese

propósito, estos están previstos en la constitución, la ley y el reglamento. El derecho disciplinario más que una especie del *ius puniendi* del Estado, en un esquema funcionalista debe ser visto como un garante de la vigencia de la norma, que se vale de la sanción no para intimidar sino para actualizar la aplicabilidad de la pauta de conducta, finalidad que no es otra que el apego al deber funcional que le asiste al servidor público o quien cumple función pública, el infractor destinatario del correctivo es importante pues es a través de ese acto de comunicación, la sanción, que a la sociedad en general se le informa de la refrendación de la vigencia y confiabilidad de la norma.

Para garantizar esos cometidos de establecimiento social, es fundamental, más que en el derecho penal, que el sujeto disciplinable sea considerado y definido a través de lo social, y no como un ente zoológico-psicológico que manifiesta sus propias subjetividades, habrá de verificarse en sede de capacidad que es competente para comunicar mensajes con contenido social, y dada esa condición de cualificado para el derecho disciplinario constituye un engranaje dialéctico, basado en el dato y el contra dato, de contraste entre jurídico y antijurídico, el deber ser y el ser, esa dualidad define la existencia de la norma. A modo metafórico: *“para identificar que la cebra tiene líneas blancas hay que reconocer la existencia y valor de las líneas negras”*, es un juego de tesis y antítesis, donde la resultante es la síntesis o el absoluto, el cual determina

el modelo de sociedad que tiene vigencia, solo así el derecho es capaz de exteriorizar comunicativamente el concepto de sociedad vigente, de ahí que el derecho disciplinario necesita de su contrario, el responsable disciplinario, para que con la sanción actualice la vigencia de la norma de conducta.

La norma de conducta, en el derecho disciplinario es la tesis, la falta disciplinaria es la antítesis, y la síntesis es la vigencia de la primera que ratifica su existencia, o cuando es reiterativo e incontrolable en la dialéctica entre unos y otros, surge una síntesis distinta a la tesis original que obliga a modificar la norma de conducta, a través de una reforma, interpretación o matiz del tipo disciplinario, caso en el cual, el modelo de sociedad cambió y el mensaje comunicativo del absoluto es otro, que debe someterse al mismo ciclo dialéctico de manera permanente.

Como manifestación del cambio de referente y ante la realidad social del momento, un recordado ex presidente dijo públicamente: *“reduciré la corrupción a sus justas proporciones”*, interpretando no el deber ser, sino la vigencia social alcanzable. La norma de conducta material se perpetúa o redefine y comunica bajo su sometimiento a la contradicción del infractor (singular o plural), es él o ellos, quienes le renuevan la vigencia o la alteran, a través de su actuar contrario al deber funcional.

En un mundo utópico, donde no hubiese infractor de la norma subjetiva de determinación (injusto o ilícito disciplinario, visto desde la teoría de las normas), el derecho disciplinario se tornaría inane, porque no tendría campo de aplicación y perdería su carburante de impulso, que no es otro que la contradicción que comunica el infractor, que lo actualiza y refrenda.

La sanción disciplinaria emerge cuando de ese enfrentamiento tesis - antítesis, resulta un vector de fuerte contradicción no capaz de soportar el juicio axiológico que gobierna la función pública, el simple comparativo de la conducta con el mandato normativo se identifica con la tipicidad, y lo segundo refiere a la ilicitud sustancial, para de manera conjunta constituir la infracción del deber funcional como comunicación activadora de la respuesta del establecimiento, previa verificación de la culpabilidad como condición subjetiva para apartarse de la proscrita responsabilidad objetiva.

En virtud a la relación especial de sujeción, la comunicación válida del infractor no puede establecerse a partir de individuos que expresan sus eventos empíricos, supone la existencia de personas con capacidad de comunicar en sentido jurídico disciplinario, es decir, requiere validez del interlocutor con facultad de comunicar para ser un sujeto disciplinable, no un ciudadano del común, de ahí que el normativismo no se explica a partir de conceptos personales o psicológicos, sino que exige esa

conciencia de persona como constructo normativo expresada a través de actos de comunicación válidos en el mundo jurídico, es ese precepto del imperativo normativo que se mantiene vigente con la imposición del correctivo como comunicación válida a una persona disciplinada que también está al mismo nivel de producir actos de comunicación válidos, por eso no son destinatarios del derecho disciplinario los ciudadanos en general, sino tan solo personas capaces, desde el punto de vista formal positivo como desde lo material.

De lo anterior se explica que el proceso disciplinario no puede concebirse desde el concepto decimonónico de norma, como un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica. En materia disciplinaria bajo la perspectiva funcional, la norma implica una expectativa de comportamiento de la persona cualificada como expresión de un ambiente axiológico, estabilizada contra fácticamente como dispositivo de vigencia normativa. La persona como sujeto capaz de transmitir comunicación en sentido jurídico sabrá qué expectativas contienen los comportamientos de los otros y así que esperan los demás de él, es decir, expectativas de expectativas.

La sanción disciplinaria como acto comunicativo del establecimiento emerge como garantía en caso de que la expectativa sea defraudada por una persona capaz de transmitir, y bajo el entendido que la misma tenga la entidad de afectar sustancialmente el deber funcional,

las contradicciones menores tampoco tienen un carácter comunicativo de relevancia jurídico - disciplinaria, es lo que se conoce en la doctrina como la nimia ilicitud, y esta no tiene trascendencia en las comunicaciones de connotación jurídico disciplinarias, así sean exteriorizadas por un interlocutor válido.

En el mismo sentido la Corte Constitucional en Sentencia C- 948 de 2002, se ha referido al derecho disciplinario como garante del establecimiento, en los siguientes términos:

*“En ese contexto la Corte ha precisado que el derecho disciplinario pretende garantizar la obediencia, disciplina, y el comportamiento ético, la moralidad y eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo; cometido éste que se vincula de manera íntima al artículo 209 de la Carta Política, porque sin un sistema punitivo dirigido a sancionar la conducta de los servidores públicos resultaría imposible al Estado garantizar que la Administración Pública cumpliera los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad a que hace referencia la norma constitucional”*



### **4.3. La inexistencia del libre albedrio como derivado de la autonomía de la voluntad a la luz de la neurociencia**

En la propuesta investiga subyace el presupuesto de que la voluntad a considerar necesariamente tiene que ser aquella de construcción eminentemente normativa producto del subsistema social del derecho, dejando relegadas posturas de orden psicológico que se fundan en el conocimiento tradicional basado en que el individuo es una unidad zoológico pensante, y que la exteriorización del comportamiento tiene su base en lo anímico y lo espiritual como una manifestación del yo personalísimo, aspecto que por demás indemostrable desde lo científico tampoco aporta utilidad en el entramado de la complejidad social en donde se hace indispensable el entendimiento objetivizado y uniforme de persona, como ente competente que tiene la capacidad de responder a las exigencias de expectativas comportamentales, claro sin perder de vista que el ser humano es una especie biológica social, y por lo tanto debe ser así valorado y estudiado.

La investigación adelantada por el profesor Fernando Luna Salas (Luna, 2019, pp. 143-154), en torno a la neurociencia aporta base científica que aun cuando se encuentra en fase experimental y en construcción, permite con grado de certeza confirmar que en el ámbito de la lógica y la experimentalidad, la voluntad y el libre albedrio en el individuo son solo suposiciones puesto que desde lo biológico, químico y eléctrico el ser

humano está determinado. Del citado estudio resulta útil traer algunos aportes que confirman lo dicho, así:

La neurociencia como disciplina novel, estudia la organización funcional del sistema nervioso central, es decir del cerebro, dentro de la estructura de este, se encuentra la corteza cerebral donde radican las acciones voluntarias como el lenguaje, el habla, el pensamiento y la memoria. Ante la complejidad y lo mucho que está por conocerse del sistema es pertinente presentar lo que al respecto ha dicho la Asociación Británica de Neurociencias:

*“Todavía queda mucho por descubrir y aprender y, fundamentalmente en aspectos tan importantes como la conciencia; por lo que el estudio de la corteza cerebral y las funciones en las que está implicada es uno de los campos de investigación más activos y excitantes dentro de las Neurociencias.”* (Asociación Británica de Neurociencias, 2003, p. 5)

En medio del limitado avance científico en la materia, se ubica la voluntad como mecanismo biológico que tiene lugar en los procesos mentales y su exteriorización en las manifestaciones de conducta, último aspecto de trascendencia jurídica.

La neurociencia se ocupa de estudiar fenómenos como la percepción, la inteligencia, el lenguaje, las emociones, la conciencia, el yo,

las decisiones. Con los resultados ya alcanzados por la neurociencia, se tiene la negación o contradicción de tesis de la filosofía, psicología y ciencia jurídica de aplicación en el derecho sancionatorio, particularmente en campos como el libre albedrío, la reducción de los estados mentales a simples procesos neuronales y la conceptualización de la normatividad, como una especie de las leyes de la naturaleza.

En el ámbito de aplicación de la neurociencia se encuentran grandes retos y cambios en la responsabilidad moral y jurídica, cuestionando si las acciones humanas cumplen o no el presupuesto de la libertad de acción como requisito de la teoría clásica de la responsabilidad, así como también la libertad de voluntad como mandato realmente controlable por el agente, pilar y principio jurídico básico. Los estudios apuntan a la no existencia del libre albedrío, cuyo origen está cimentado en la autonomía de la voluntad, los resultados revelan que el cerebro y en general el sistema nervioso central, origina y condiciona la conducta humana que es objeto de estudio por parte del derecho.

Los resultados son tan sorprendentes que se ha demostrado la inexistencia de la voluntad, aspecto que sería el final o por lo menos el replanteamiento del esquema del derecho sancionatorio, y del derecho en general. Con estos avances que aporta esta nueva ciencia, se deberán reconsiderar las instituciones jurídicas que conservan esquemas de conducta del individuo como sistema psicofísico, soportados más por la

tradición, que por cimientos científicos desarrollados con todo el rigor del caso.

La reingeniería del derecho, tendrá que abarcar aspectos de gran relevancia como la determinación de la capacidad del individuo, la imputabilidad, la imparcialidad del juez, la voluntad, la responsabilidad jurídica, la credibilidad del testigo, el error como vicio del consentimiento o como eximente o atenuante de la responsabilidad, etc., etc., nada de esto, debería ser considerado por el derecho, sin el rigor neurocientífico que explique cómo funcionan estos procesos en el cerebro humano, y, por lo tanto, en la conducta. Todo ello implica, un cambio de *chip* (circuito integrado de control), en la cultura jurídica.

El Instituto de Neurociencias y Derecho - INEDE, promueve la investigación científica para armonizar el mundo del derecho con los recientes hallazgos en el estudio del cerebro, para ser utilizados en el sistema legal, de manera válida y eficaz. Las técnicas neurocientíficas se basan en el descubrimiento de que, la neurona es una célula nerviosa completa que se constituye en la unidad morfo funcional básica del sistema nervioso, a partir de ello, han surgido múltiples técnicas para llegar al conocimiento neurocientífico, como la tomografía, la magnetoencefalografía, la resonancia magnética, entre otras tantas imágenes diagnósticas que, ante la presencia de un estado cerebral determinado, es válido suponer la existencia de un estado mental correspondiente, es

decir, la predisposición biológica, en contravía al libre albedrío como manifestación controlable por el individuo.

Son tantos y prometedores los avances en esta nueva ciencia, que ya se construyó el primer sistema de interfaz entre el cerebro computadora y el método llamado huellas digitales cerebrales o evaluación computarizada del conocimiento, en donde es posible, con base científica, verificar si alguien miente o no al inducírsele una imagen impresa en su memoria para verificar su previo conocimiento. Al respecto de esta técnica el profesor y director de esta tesis, doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau se refiere, en su obra Neurociencias y Derecho.

Las técnicas de neuroimagen al tenor de los presupuestos contenidos en el artículo 422 del código adjetivo penal, ley 906 de 2004, es válido que sean consideradas como prueba pericial novel. Esta prescriptiva adjetiva señala:

*ARTÍCULO 422. ADMISIBILIDAD DE PUBLICACIONES CIENTÍFICAS Y DE PRUEBA NOVEL. Para que una opinión pericial referida a aspectos noveles del conocimiento sea admisible en el juicio, se exigirá como requisito que la base científica o técnica satisfaga al menos uno de los siguientes criterios:*

*1. Que la teoría o técnica subyacente haya sido o pueda llegar a ser verificada.*

2. *Que la teoría o técnica subyacente haya sido publicada y haya recibido la crítica de la comunidad académica.*
3. *Que se haya acreditado el nivel de confiabilidad de la técnica científica utilizada en la base de la opinión pericial.*
4. *Que goce de aceptabilidad en la comunidad académica.*

La neurociencia ha logrado establecer que las intenciones no son procesos cerebrales, y que la intencionalidad no se coloca en una parte del cerebro, la conciencia no es algo que sucede en el cerebro, sino que implica el contacto con el mundo exterior, es un resultado de cerebro, cuerpo y entorno. Con todo ello, se incurre en una falacia fundamental cuando en el mundo social y en el jurídico, particularmente en los juicios de responsabilidad se atribuye al sujeto humano, es decir, al cerebro, habilidades y funciones que son propias del sujeto como una resultante con toda su complejidad social que se manifiesta en la vida, las neuronas actúan en función del ambiente en que interactúa el sujeto.

El debate se centra en el problema de la voluntad y la libertad, pues para un gran sector de los neurocientíficos, esos patrones, atribuidos al individuo, con base científica, no existen. La voluntad es una ilusión, una ficción, solo existen descargas eléctricas neuronales, de allí surge una dificultad lógica, ¿el ser humano es realmente libre o está determinado?,

siendo lo último, el libre albedrío tampoco existe, solo hay impulsos eléctricos cerebrales que lo determinan.

Si esto es así, habría un nuevo comienzo del derecho sancionatorio, en razón a que hasta ahora se tiene como base la voluntariedad de la conducta, que es la que se cuestiona, o por lo menos habrá de redefinirse para el mantenimiento de la culpa y por ende la responsabilidad, pero ya, en otros términos. El determinismo aboga por que la voluntad está predispuesta por la actividad neuronal de una parte del cerebro, luego no cabría la voluntariedad del comportamiento criminal, ni tampoco diferenciar las conductas voluntarias e involuntarias. Experimentos con base científica, han revelado que la decisión consciente de realizar cualquier movimiento está precedida de cierta actividad eléctrica en el cerebro, que es el que toma la decisión por su cuenta, antes de que el individuo sea consciente de ello, claro esto a pesar de ser ciencia, no es una verdad incuestionable, otros, también sostienen que el actuar y las decisiones tienen su origen en comportamientos aprehendidos en la relación social, y no solo como mandatos eléctricos cerebrales, en todo caso, el debate está abierto y no se puede ser ajeno, a la nueva realidad demostrativa.

#### **4.4. La distinción entre falta disciplinaria y culpabilidad como sustrato de la responsabilidad**

Desde tiempos remotos en el derecho sancionador, particularmente en sus especies penal y disciplinario, se ha hecho una distinción entre el aspecto objetivo evidenciado en el ámbito fenomenológico o normativo, entendido como aquel acontecer no deseable socialmente en el mundo empírico perceptible sensorialmente a través de los sentidos o como defraudación de expectativas normativas (este último contenido, esencia de este estudio), y el aspecto subjetivo consistente en la determinación del sujeto responsable de ese evento (naturalístico o normativo) que amerita la imposición de la sanción previamente establecida, cuya utilidad es el mantenimiento del orden social a través del acto comunicativo que confirma la vigencia de la norma que ha sido desautorizada por el infractor competente.

Esa primera relación entre el evento desaprobado socialmente y que es evidenciado en el mundo exterior o normativo con el responsable del mismo, se entiende como la imputación causal, ella apunta a determinar quién fue el responsable de ese suceso perturbador de la configuración social, quién mediante un acto comunicativo contradijo las condiciones sociales pre establecidas por el legislador, quién es el que pretende subvertir el orden. Pero esa comunicación de desapego, así de simple, no es suficiente para que el Estado active su poder coercitivo de



contradicción de esa contradicción para restablecer el orden, habrá que determinarse otras condiciones.

En el juicio de responsabilidad, como dispositivo de comunicación y restaurador de la vigencia de la norma a través de la sanción, sea en materia penal o disciplinaria, se demanda de manera *sine qua non* el de la culpabilidad. Por ello se predica que el concepto de la responsabilidad, tanto en el derecho penal como en el disciplinario, es subjetivo y, por consiguiente, debe atender las condiciones personales del presunto autor. La doctrina penal ha dado claridad de ello, fundamentos que tienen plena aplicabilidad en el ámbito del derecho disciplinario.

*“Se entiende por culpabilidad o responsabilidad plena el juicio de exigibilidad en virtud del cual se le imputa al agente la realización de un injusto penal, pues, dadas las condiciones de orden personal y social imperantes en el medio donde actúa, se encontraba en posibilidad de dirigir su comportamiento acorde con los requerimientos del orden jurídico y no lo hizo. Se trata de un juicio de carácter eminentemente normativo fundado en la exigibilidad, idea que preside toda la concepción de la culpabilidad y en virtud de la cual el agente debe responder por su comportamiento ante los tribunales legalmente constituidos - según el rito procesal consagrado con anterioridad al hecho por el ordenamiento jurídico estatal -. Por no haber actuado conforme a la norma.*

*Lo anterior evidencia el carácter individual y social de la culpabilidad, pues se es responsable en un contexto histórico concreto, en una organización social determinada, y en función de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual, por ello, el juicio de culpabilidad no puede desbordar los marcos propios del estado social y democrático de derecho y debe corresponderse con sus postulados inspiradores, empezando por el supremo mandato constitucional de respetar la dignidad de la persona humana, Constitución Política, artículo 1°”*  
(Velásquez, 1995, p.492)

La aplicabilidad del sistema de responsabilidad subjetiva tiene sentido y vigencia en el ámbito penal como disciplinario, como especies diferentes del derecho sancionador, y es así, porque el elemento subjetivo de la responsabilidad del sujeto infractor que lo hace destinatario, en función de la necesidad y el merecimiento de la pena o el correctivo disciplinario, respectivamente, está integrado por un juicio de exigibilidad, y el despliegue de su conducta debe incluir la representación mental (imputación subjetiva) o normativa (imputación objetiva) del deber previsto en la norma subjetiva de determinación, que debió haber observado como persona competente, por lo tanto, su desapego o

contradicción comunicativa debe provenir del elemento volitivo constituido por los ingredientes del dolo o la culpa, en este mismo sentido dándole cobertura al derecho disciplinario, se pronunció el órgano de cierre constitucional en Sentencia C-155 de 2002, así:

*“Si la razón de ser de la falta disciplinaria es la infracción a 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 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”.*

Hay pleno consenso que, en el derecho disciplinario, en la estructuración de la falta como en el juicio de responsabilidad, es indispensable acudir a la verificación de la culpabilidad como principio transversal a toda la actuación, de donde eventualmente se desprende la culpa y el dolo como modalidades de aquella, sin que para estos efectos sea relevante su ubicación dogmática. Para la configuración íntegra de este última, el dolo, deberán observarse los siguientes elementos:

- a. Atribuibilidad de la conducta. Aquí, el dispositivo normativo comunicativo disciplinario adquiere su precepto de determinación, en este punto colige la inimputabilidad, sea desde el punto de vista

formal o material, el primero indica que la persona no es destinataria de la norma condición que habrá de verificarse como una categoría de capacidad previa al proceso disciplinario como tal, y la segunda, cuando asista en el disciplinado una condición de inimputable que no le haya permitido en el caso en concreto, actuar libremente y comprender la ilicitud de su comportamiento, esto se verifica en sede de culpabilidad, y si es el caso no sería destinatario del correctivo disciplinario, porque su comunicación equivocada en cuanto a contradicción de la norma, no emerge de su voluntad, como mensaje válido comunicativo, no es un interlocutor válido en la dialéctica de la negación.

La anterior ubicación sistemática de la inimputabilidad dependiendo de si esta es formal o material, capacidad y culpabilidad, respectivamente, es contrario a la posición doctrinal de un sector donde se ha indicado: *“Sin embargo, en materia disciplinaria, si se tiene en cuenta la quintuple división de la estructura de la responsabilidad anotada en forma precedente, fácil será comprender que la imputabilidad hará parte de la capacidad. En efecto, la capacidad debe considerarse como el primer elemento de la estructura de la responsabilidad disciplinaria, la cual se presenta en dos dimensiones diferentes:*

1. *Capacidad desde el punto de vista formal-positivo, que consiste en la comprobación de que la persona sí es sujeto disciplinable...*
2. *Capacidad desde el punto de vista material, tanto positivo como negativo...*

*Pese a lo anterior, es bastante usual -aunque no muy preciso- que en las providencias disciplinarias se exponga que la imputabilidad (capacidad) haga parte de la culpabilidad.” (Pinzón, 2016, p. 33)*

- b. Exigibilidad del cumplimiento del deber – juicio de reproche, es decir la demostración psicológica o normativa de que el sujeto como persona debía y podía haberse comportado de una manera alternativa, ajustada al precepto de conducta.
- c. Conocimiento de la situación típica disciplinaria. Que el sujeto como constructo normativo de persona, conocía o podía conocer (por su relación especial de sujeción), los ingredientes normativos y descriptivos de la norma vigente, que determina su comportamiento esperado.
- d. Conciencia de la ilicitud, refiere al conocimiento de la prohibición para conductas activas, o el deber que tenía que cumplir, en tratándose de omisivas, en ambas, el conocer que su actuar era contrario a derecho, lo que implica su contradicción voluntaria - normativa al precepto de conducta vigente.

- e. Voluntad psicológica o normativa (esta última es la que toma partida este estudio), para llevar a cabo la conducta prohibida u omitir su deber.

Cuando no se ha podido verificar probatoriamente la concurrencia de los anteriores aspectos, la conducta, en ningún caso podrá ser atribuida a título de dolo, a continuación, se trae aparte de un fallo de la Procuraduría Provincial de Armenia (IUS 2015-98436), allí, se investigó a un secretario de hacienda municipal y tuvo que endilgarse la conducta a título de culpa grave, al no probarse la voluntad del sujeto, en los siguientes términos:

*“En este orden de ideas, en el caso sub examine están demostrados los elementos de atribuibilidad de la conducta, la exigibilidad del cumplimiento del deber frente a las normas que fueron imputadas; está demostrado el conocimiento sobre la situación típica y, por, sobre todo, el conocimiento de la ilicitud de la conducta, pero no la voluntad para abstraerse del cumplimiento de sus deberes funcionales, situaciones estas que conducen a determinar que estamos frente a una actuación CULPOSA”.*

La voluntad, entendida como ese nexo psicológico entre la conducta desaprobada y el sujeto disciplinable, que se pretende probar en el ámbito de lo anímico y espiritual, es un cometido prácticamente imposible, en el

mejor de los casos se acude con desespero y ansiedad a indicios y a veces suposiciones que terminan siendo unas manifestaciones del fuero subjetivo del fallador, que en poco o en nada atienden la realidad y por lo tanto desvanecen el dolo al no contar con este ingrediente volitivo, distinto escenario, si se tuviera en cuenta una voluntad como un concepto normativo exigible a la persona y no al individuo como construcción eminentemente psicológica. A continuación, otro caso que la Sala Disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación tuvo que revocar en segunda instancia por la misma falencia en punto de la voluntad como elemento constitutivo del dolo, IUS 2008-34555:

*“En virtud del artículo 13 de la Ley 734 de 2002, se encuentra proscrita todo tipo de responsabilidad objetiva, siendo sancionables las faltas cometidas a título de dolo o culpa.*

*La Sala no comparte la graduación de la culpabilidad realizada por el a quo al señalar que el disciplinado obró con dolo, toda vez que a criterio de este cuerpo colegiado no se encuentra demostrado el elemento volitivo que hace parte de ese grado de culpa.*

*Respecto del dolo la Sala ha señalado lo siguiente:*

*Para el derecho disciplinario, el dolo es la voluntad deliberada (elemento volitivo) del agente de cometer una falta a sabiendas de su ilicitud (elemento intelectual, intelectual o cognitivo).*

*Frente a esta concepción, los elementos para la configuración del dolo disciplinario son los siguientes:*

- 1. Atribuibilidad de la conducta (imputabilidad).*
- 2. Exigibilidad del cumplimiento del deber (juicio de reproche).*
- 3. Conocimiento de la situación típica.*
- 4. Conciencia de la ilicitud.*
- 5. Voluntad, para realizar u omitir el deber o la prohibición". (...)*

*(...) en lo referente al elemento volitivo no es claro que su querer estuviera encaminado a que se configurara la prescripción de la acción disciplinaria seguida en contra del disciplinado; para la Sala no se encuentra probado este elemento esencial dentro de la estructura del dolo disciplinario, ni entiende cómo se puede desprender este elemento volitivo de lo observado en el libro radicator, ya que de esta prueba como de las estadísticas elaboradas por la Jefe de la Oficina de Sistemas se puede evidenciar el trabajo evacuado por la Procuraduría Regional, ante lo cual no debe olvidar la primera instancia que para firmar cada proyecto de los evacuados durante el periodo comprendido entre diciembre de 2007 a agosto de 2008 el disciplinado debió leer cada proyecto tanto de pruebas, archivos, nulidades, inhibitorios, fallos absolutorios y sancionatorios, autos de indagación preliminar de apertura de investigación, cargos, informes de supervigilancias y recusaciones, posteriormente hacer*



*las correcciones que hubieran a lugar, volver a examinar los proyectos y determinar que las correcciones se hubieran hecho de conformidad como él lo hubiera ordenado lo cual conlleva una carga dispendiosa de trabajo, así que para esta colegiatura no se puede señalar que por el hecho de que un proyecto cualquiera permaneció en el Despacho del encartado aproximadamente un mes se pueda inferir de allí el elemento volitivo del dolo, habida cuenta que de las fechas de salida que obran en el libro radicador no se puede determinar si esos libelos salieron para correcciones o fueron efectivamente firmados por el encartado.*

*Como se ha sostenido en anteriores oportunidades por este despacho en cuanto al dolo y su prueba, esta se puede dar ya sea por confesión o mediante indicios, pero se repite, en el caso sub examine, no es dable inferir el elemento volitivo del dolo por el simple hecho que en las copias del libro radicador se observa que algunos proyectos se demoraban un mes en salir, puesto que dicha apreciación se puede desvirtuar con lo señalado por el disciplinado, cuando manifestó que él decidió proyectar el fallo disciplinario, argumento que no ha sido desvirtuado y por el contrario, según se desprende de la declaración del Dr. PARRA VILLARREAL había un proyecto diferente al de la Dra. ORTIZ PICÓN, lo cual explica el por qué no evacuó bajo el mismo término que los demás proyectos.*

*Así las cosas, al no encontrarse configurados todos los elementos del dolo no es posible sostener que el actuar del encartado hubiera sido bajo esta figura jurídica, por lo cual es necesario entrar a determinar si su conducta fue cometida a título de culpa gravísima, grave o leve. Hasta aquí lo traído a colación de dicha sentencia.*

En los sistemas sociales, la operación de base es la comunicación, el sujeto trasmite un mensaje contrario al orden establecido, el cual es evidenciado por la comunidad en virtud al acoplamiento estructural que sirve de canal comunicativo, y como lo importante en el sistema es el sistema en sí mismo, la perdurabilidad del mismo, la sociedad como fin en sí misma (estado de derecho de corte socio céntrico), se espera que el otro subsistema encargado de contra atacar la contradicción se comunique con el contradictor a través del mismo canal estructural para que imponga la sanción concebida para este tipo de comunicación defectuosa - principio de legalidad, y en el imaginario del infractor y en el colectivo social quede grabada aquella como una comunicación defectuosa, de allí surge la refrendación de la vigencia de la norma como fin último y esencial de la sanción.

Como se indicó anteriormente, la imputación causal es necesaria pero insuficiente para que se reivindique la vigencia de la norma como mensaje comunicativo del Estado en virtud a la imposición de la sanción

al sujeto autor de la conducta desaprobada socialmente, esa postura estrictamente causal, correspondería a la responsabilidad objetiva proscrita en nuestro estado de derecho configurado como un plexo de garantías a favor de sus asociados, mismas que son también mensajes comunicativos que estructuran nuestra identidad social y que se encuentran vigentes como normas que han soportado la contradicción errada de autoridades, pero que el Estado en el diseño de la contradicción de la contradicción en ejercicio de los medios de control correspondientes mantiene vigentes, también las normas que le son vinculantes a él como Estado, de allí se desprende que el sistema comunicativo no solo ordena a los ciudadanos al esquema normativo preestablecido, sino que incorpora al Estado como integrante a modo de subsistema del sistema social que también amerita ser auto referenciado en virtud al acoplamiento estructural que posibilita las comunicaciones asertivas y de corrección del mismo sistema para mantener su identidad, es un tema de seguridad jurídica, expectativa de expectativas entre el Estado y los servidores públicos o particulares prestadores de función pública.

Cumplida la imputación causal explicada como ese vínculo entre el evento perturbador como comunicación defectuosa - contradicción del orden establecido y el sujeto responsable del mismo, habrá que dar paso a una segunda verificación cual es la relación de culpabilidad, es decir, la concreción de la voluntad psicológica o normativa del sujeto con el actuar

desaprobado socialmente, en otros términos si la comunicación equivocada del sujeto tuvo su origen o no en la voluntad del mismo, esta es la nota que diferencia una básica responsabilidad objetiva de una compleja con carácter subjetivo (psicológica o normativa, esta última defendida en esta tesis), que integra la voluntad de aquel que coadyuva al sostenimiento del entramado social, esta es la nota de dignidad humana en el proceso sancionatorio, se valora a la persona como un fin en sí mismo.

#### **4.5. El dolo como juicio normativo de imputación o de adscripción exclusiva y excluyente del conocimiento, a partir de competencias funcionales del disciplinado**

A efectos de que el concepto normativo de dolo adoptado, no se quede en un simple planteamiento abstracto sino que tenga aplicabilidad en los casos disciplinarios en concreto, resulta plausible distinguir la concepción del mismo dentro de dos planos diferenciables pero concatenados en una misma dinámica probatoria, el teórico y el práctico, el primero a modo de faro que iluminará el sendero que habrá de recorrerse para la verificación casuística de la existencia de sus contenidos, en el caso concreto.

Desde ya se anuncia que no es legítimo exigir teóricamente el componente volitivo subjetivo del dolo, cuando descendiendo al caso

práctico no sea verificable de modo válido alguno, resulta inane exigir lo indemostrable. Siendo, así las cosas, el dolo propuesto habrá de cimentarse de manera exclusiva y excluyente a partir del conocimiento como fundamento normativo teórico, y por otra parte derivada de las competencias funcionales del disciplinado en el caso en concreto como fundamento práctico de la conducta que se esté investigando, en otras palabras, en el plano conceptual el dolo se funda en el conocimiento y en el plano práctico el conocimiento exigible se relaciona con el rol funcional del enjuiciado.

Dentro del trámite averiguatorio, la adscripción de intencionalidad del disciplinado, tendrá que ser un proceso de reconstrucción de la conducta objeto de investigación sobre la base de un acontecimiento reinterpretable, a partir del conocimiento exigible al sujeto en el cumplimiento de su rol funcional. De lo anterior colige el destierro final por parte del adscriptivismo, de la prueba de la voluntad entendida como un *"querer"*, cuya génesis sea la intención a nivel psicológico para facultar la imputación de acciones en el proceso. Así las cosas, es importante que el investigador y el fallador, quienes participan en el proceso ritual institucionalizado de adscripción conozcan los mandatos funcionales exigibles al disciplinado, para determinar objetivamente que es esperable o tolerable, conforme a la observación de otras conductas o actos (Oxman, 2019, pp. 445, 448, 450).

Bajo esos fundamentos el dolo en el proceso disciplinario funcional será materia de atribución normativa, dinámica procesal ajena al equívoco e infructuoso intento de indagar en la mente del sujeto, pretendiendo presentar un garantismo subjetivo que en el ejercicio práctico se derrumba como “*castillo de naipes*” por adolecer de estructura demostrable, ni siquiera la especialidad médica de la psiquiatría, ni la psicología, ni alguna otra disciplina cuyo campo de aplicación sea la mente del individuo ha podido demostrar empíricamente la voluntad efectiva del individuo en un momento específico, mucho menos lo logrará el derecho, eso por ahora es un escenario incognoscible y quizá con las conquistas de la neurociencia el horizonte apunte a la predeterminación, tal como se presentó en numeral precedente, entonces, ningún sentido tiene anunciar que se demostrará lo indemostrable, es una cuestión de “*etiqueta*”, por llamar bajo un eufemismo lo que realmente corresponde a una falacia de garantismo.

De manera residual ha de señalarse que el enfoque psicológico de dolo, donde en el proceso se insiste en probar de manera directa y/o indirecta un estado mental del disciplinado (técnica y científicamente un anhelo inalcanzable), desdibuja la legitimidad y eficacia para imponer una sanción ya que, al fallador en un Estado social y democrático de derecho le corresponde probar más allá de toda duda razonable el injusto y la culpabilidad como desarrollo del principio de dignidad en ejercicio del *ius*

*puniendi* del Estado, no hay duda que el instrumento afectaría derechos fundamentales sin contundente evidencia demostrativa.

Oportuno, traer a colación apartes de sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, de marzo 23 de 2017, radicado 2011-00519, al resolver una acción de nulidad y restablecimiento de derecho, se refirió así:

*“Indicios no son pruebas suficientes para declarar la responsabilidad disciplinaria, la autoridad disciplinaria no puede proferir una sanción disciplinaria sancionatoria con fundamento exclusivamente en indicios. El derecho disciplinario como forma del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, debe procurar por el respeto de las garantías propias que conforman el debido proceso que son procedimentales y sustanciales. Indicó que se requiere la demostración de los elementos propios que conforman la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad”.*

En otro aparte, señaló que:

*“se requiere que la autoridad encargada procure encontrar: i. La verdad de los elementos probatorios legalmente permitidos ii. Analice las pruebas conforme los parámetros de la sana crítica iii. Respete los niveles de certeza exigidos por el legislador para declarar la responsabilidad. En punto de los medios de prueba fijados para*

*determinar la responsabilidad, específicamente con relación al indicio, la corporación advirtió que estos no constituyen un medio probatorio, sino que se les ha considerado como simples herramientas a tener en cuenta al momento de apreciar las pruebas”.*

Se trajo a colación, porque en la práctica se acude con exclusividad a los indicios para este infructuoso cometido, al respecto se ha dicho:

*Es absolutamente imposible establecer “directamente”, a través de un medio probatorio, qué conocía el sujeto, cuál era la voluntad de este y qué posibilidades tenía de haber mostrado un comportamiento diferente... Adicionalmente, todos sabemos que las posibilidades de darse una confesión son mínimas y excepcionales. De ahí que se tenga que concluir, entonces, que la mejor forma -o en estricto rigor la única- de probar la culpabilidad es por la vía indirecta, que no es otra cosa, técnicamente hablando, que la prueba indiciaria...”*  
(Pinzón, 2016 p. 208).

En la casuística procesal, se está probando con aquello a lo que no es legítimo acudir exclusivamente para demostrar responsabilidad disciplinaria en un estado social y democrático de derecho, con afectación al supra constitucional principio de la dignidad humana, puesto que, de



fondo, de esa manera, se instrumentaliza al sujeto en procura de los fines preventivos y retributivos de la sanción. Los enfoques psicológicos, al inferir un elemento de la intimidad emocional del investigado (con indicios, especialmente aquellos de aptitud), ingresan a los terrenos del derecho disciplinario de autor, al pretender ilegítimamente recrear a partir de suposiciones estados mentales de intención o de conocimiento al momento de la conducta.

Para reforzar este yerro procesal, es oportuno y diciente lo expuesto por otro autor, en cuanto a que un derecho sancionador racionalmente fundado debería renunciar a la pretensión de construir una naturaleza de lo mental y una explicación de su relación con las acciones humanas, exclusivamente, desde la perspectiva de la primera persona. Lo anterior, porque constituiría un error categorial enunciado peyorativamente con la metáfora del *“fantasma dentro de la máquina”*, pretender afirmar que:

(i) es posible conocer de alguna forma la voluntad de las personas. Si esto es así, todo lo que se diga en relación con ello, no es más que conjeturas. Al mismo tiempo, según la misma posición teórica (ii) toda pretensión de explicación lógico-racional de la vinculación entre la voluntad humana, entendida como causa de las acciones y la realización o modificación de un estado de cosas, está basada en una conexión, por así decirlo *“misteriosa”* o *“incomprobable”* (Oxman, 2019, p. 23).

Retomando la posición normativa que defiende esta tesis, el dolo bajo la perspectiva funcional propuesta, no será un ejercicio de demostración psicológica, sino una actividad de imputación a partir de criterios normativos derivados del rol funcional asignado al servidor público o particular que cumple función pública, como instrumento legítimo de resolución de casos particulares.

La actividad demostrativa de la intencionalidad debe contextualizarse conforme a las reglas y normas que gobiernan y les dan sentido a las competencias funcionales esperadas en cualquier rol, bajo el entendido de que las comunicaciones son exteriorizadas por sujetos competentes. A modo de símil se trae a colación el siguiente comparativo con el *“deporte ciencia”*, que ilustra un tratadista:

En este punto, es recurrente la comparación entre la interpretación del sentido que se le atribuye a las acciones conforme a las reglas del juego y la valoración de las acciones (jugadas) utilizando como ejemplo el ajedrez. Esta analogía supone que no puedo conocer los planes (intencionalidad) de los jugadores sino hasta que estos se manifiestan en el juego (hasta el momento en que se conocen), lo que equivale a decir que únicamente puedo conocer la intención que es interpretada conforme a las reglas o normas del juego: el ataque al flanco del rey solo aparece

evidente una vez que se realiza la jugada que desencadena la serie de combinaciones que le dan sentido (Oxman, 2019, p. 453).

Visto así, solo es dable imputar significado a una conducta, si ella es puesta en relación o con referencia a reglas, por eso, solo se sabe si alguien juega un juego, si sigue las reglas y si los demás conocen o saben cuáles son las reglas del juego; es por esta razón también que, el significado de una acción penal o disciplinaria surge del apego a reglas, por ello, el concepto de acción solo resulta interpretable conforme a su predicado normativo (Oxman, 2019, p. 457).

De manera congruente, el punto de inflexión para la distinción del dolo con la culpa o imprudencia, no se encuentra en aquello incognoscible que sucedió en la mente del disciplinado sino en un concepto objetivizado de posibilidad de confianza en el caso concreto de no producción del riesgo, como consecuencia de una situación de ignorancia supina, desatención elemental, violación de reglas de obligatorio cumplimiento e inobservancia del cuidado esperado.

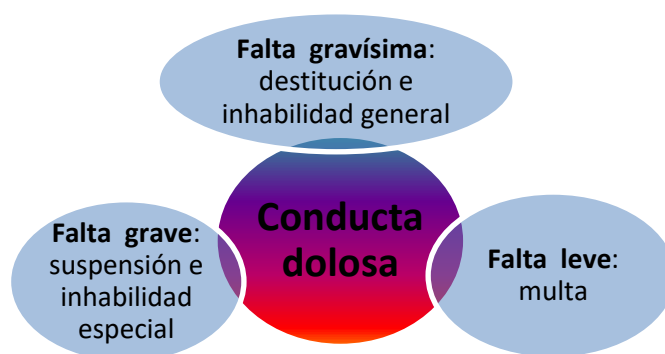
El tradicional elemento volitivo del dolo, por imposibilidad de demostración queda entonces supeditado al fundamento cognitivo, que sí tiene el carácter de verificación objetiva en el caso particular, por ello se ha postulado que *“quien actúa conociendo lo que hace, entonces lo quiere; en cambio, quien actúa sin conocer lo que hace o con un conocimiento errado de lo que hace, entonces no puede decirse que lo quiere”*(Sánchez

Málaga, 2017, p. 502), de esta inferencia surge la necesidad de ensamblar el concepto teórico de dolo con el práctico que se propone en este estudio, previo a ello, habrá que decirse que el conocimiento errado es el aspecto negativo de los presupuestos del dolo, tema que se analizará en el siguiente numeral de esta tesis.

Ahora, en cuanto al aspecto positivo procesal y práctico del dolo como ejercicio de imputación a partir de criterios normativos derivados del rol funcional del disciplinado, este se atribuye al disciplinado, cuando el juzgador establece tres requisitos: primero, que el enjuiciado tenía el deber de conocer el riesgo no permitido que produjo su resultado, segundo, que tenía la posibilidad de conocer dicho riesgo al cumplir las exigencias académicas y de experiencia del cargo estando debidamente capacitado conforme al protocolo que tenga establecido la entidad, y tercero, que le asistía la imposibilidad de confiar en la no producción del riesgo como consecuencia de una situación de ignorancia supina, desatención elemental, violación de reglas de obligatorio cumplimiento o la inobservancia del cuidado esperado.

Al verificarse afirmativamente los dos primeros, pero no así el tercer requisito, decae la imputación normativa dolosa, tornándose en culposa gravísima en sus tres primeras manifestaciones (ignorancia supina, desatención elemental y violación de reglas de obligatorio cumplimiento) y culposa grave en el último evento (inobservancia del

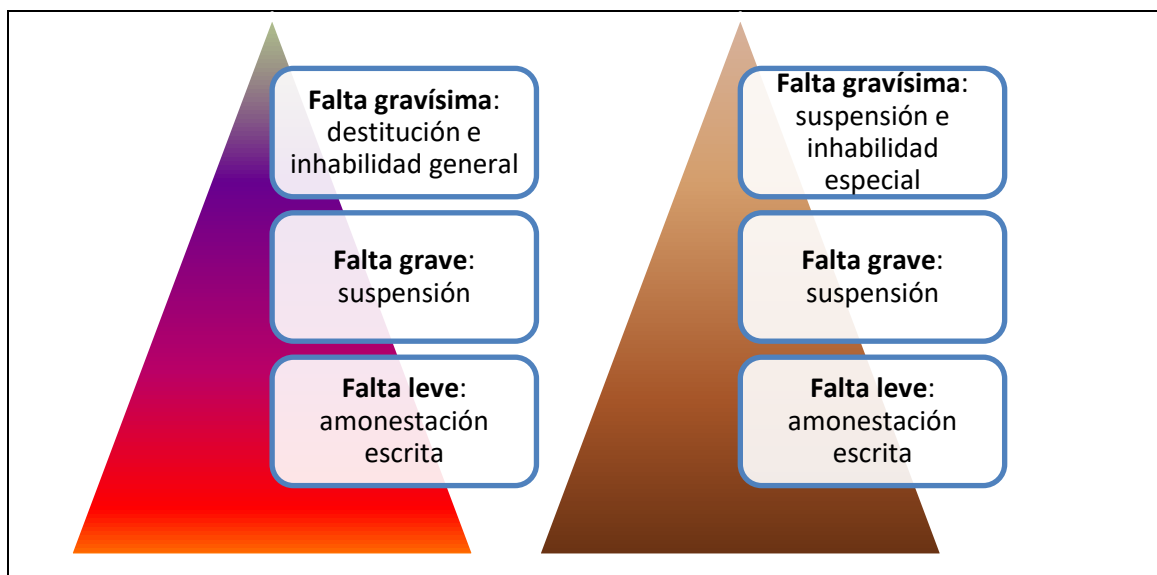
cuidado esperado). Esta clasificación cobra importancia a efectos de determinar la modalidad de respuesta contra fáctica del Estado en punto del tipo de correctivo disciplinario a imponer, como se grafica a continuación, considerando que el legislador previó faltas gravísimas, graves y leves (Art. 42 y ss. C.D.U.).



**Figura 2. Sanción para la conducta dolosa**

Fuente: Elaboración propia.

CONDUCTA	CULPOSA
CULPA GRAVÍSIMA	CULPA GRAVE



**Figura 3. Sanción para la conducta culposa**

Fuente: Elaboración propia.

Bajo la estructura normativa propuesta, en cuanto a la esencia del dolo o la culpa, es latente que el conocimiento exigible al procesado, no hace referencia a aquel efectivo e indemostrable que tenía el disciplinado *ex ante* de la conducta, sino que necesariamente concita a la posibilidad efectiva de conocimiento que debía ostentar la persona competente, presupuesto de aptitud que acreditará el fallador al verificar la concurrencia de los tres requisitos antes señalados. Por lo dicho, la condición no predica de un conocimiento actual verificable, sino potencial, exigible al servidor público o particular que cumple función pública, conforme a su competencia funcional, que se traduce en la expectativa a no defraudar.

Para corroborar, lo no conocido puede ser imputado por cuanto el no conocer no es algo fortuito, sino obra de la libertad, pues el conocer era una circunstancia que al sujeto le resultaba posible conforme a sus competencias funcionales, que se esperaba no defraudara. Lo anterior parafraseando, y dándole aplicabilidad funcional a Hegel, tomado de nota traída por otro autor (Cancio, 2001, p. 33).

En ese orden de ideas, el dolo corresponde a la imputación a modo de adscripción del conocimiento potencial o esperado en punto del deber de identificar el riesgo no permitido que produjo su resultado abstracto, y la posibilidad objetiva de estar en esa condición a partir de los requisitos de aptitud exigibles al disciplinado al ostentar el cargo donde defraudó las expectativas funcionales del mismo, la modalidad culposa deviene como un defecto del conocimiento que se concretiza en la confianza en la no producción del resultado, por ignorancia supina, desatención elemental, violación de reglas de obligatorio cumplimiento o la inobservancia del cuidado esperado.

En síntesis, el dolo normativo disciplinario adoptado en esta tesis, atiende al conocimiento potencial o actualizable y la culpa es una imperfección taxativa de este, en los casos antes señalados.

#### **4.6. El error y la inimputabilidad en materia disciplinaria bajo la perspectiva funcionalista**

Como referente, el código penal, Ley 599 de 2000, dentro del capítulo de la conducta punible y refiriéndose a los eventos de la ausencia de responsabilidad en los numerales 10 y 11 del artículo 32 diferencia entre el error de tipo y de prohibición, respectivamente, así:

***ARTICULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD.** No habrá lugar a responsabilidad penal cuando:*

*(...)*

*10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. (...)*

*11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad.*

En los dos errores de tipo o prohibición, la prescriptiva normativa penal contiene la consecuencia jurídica cuando aquellos se traten de vencibles, para el de tipicidad será únicamente punible cuando la ley hubiere previsto la modalidad culposa, y en el de prohibición la graduación punitiva se rebajará en un 50%. En caso de ser invencibles



expresamente señaló como es lógico y consecuente, no habrá lugar a responsabilidad penal.

En materia disciplinaria, la ley no distinguió el error en cuanto a su ubicación en el ilícito disciplinario o en la culpabilidad, como tampoco el tratamiento en el caso de presentarse en la modalidad vencible, el numeral 6 del artículo 28 la Ley 734 de 2002, en el capítulo de la exclusión de la responsabilidad únicamente indicó:

*EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.*

*ARTÍCULO 28. CAUSALES DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA. Está exento de responsabilidad disciplinaria quien realice la conducta: (...)*

*6. Con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.*

Con la misma generalidad e imprecisión, el C.G.D., al referirse al tema, el numeral 7 del artículo 31, previó que no habrá responsabilidad para el sujeto que obre con la convicción errada e invencible de que su conducta no constituye falta disciplinaria.

Luego, en lo disciplinario podrá presentarse el error en cualquiera de estas categorías dogmáticas, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, pero como se señaló anteriormente al estar inescindiblemente unidas la tipicidad y la ilicitud, no es correcto afirmar, como en penal errores de

tipo y de prohibición, sino errores de hecho y de derecho, o en algunos casos mixtos, cuando incluyen elementos combinados. Estos pueden presentarse en diferentes estructuras o ingredientes descriptivos, valorativos, subjetivos, normativos, entre otros.

Tampoco disciplinariamente se previó, cuál sería la consecuencia jurídica al presentarse el error de hecho o de derecho bajo la modalidad vencible, por supuesto en caso de presentarse bajo la forma invencible la única salida lógica y justa será la exclusión de responsabilidad, y es así porque el sujeto por una situación más allá de sus posibilidades (invencible), deja de ser competente comunicativamente, con su conducta activa u omisiva afectada por el error de esa magnitud no está contrariando eficaz ni comunicativamente la norma, luego mal podría pensarse en un correctivo cuya finalidad sea confirmar la vigencia de ella, no hay oposición material del individuo *ergo*, no tiene lugar la respuesta contra fáctica, por carencia de objeto sustancial.

En un esquema funcionalista del derecho disciplinario, el individuo que bajo la situación de error invencible de hecho o de derecho, naturalísimamente trasgrede el mandato, pero esa convicción errada e insuperable de que su conducta no constituye falta disciplinaria, para ese caso en particular lo degrada de persona competente a individuo al expresar mera subjetividad sin trascendencia normativa relevante para el derecho sancionador, en esa modalidad de conducta, el sujeto no expresa

oposición a la norma con contenidos de pretender subvertir el orden, es decir, hay carencia de potencialidad para enervar la vigencia del mandato establecido. Para el entramado social de las comunicaciones en el subsistema del derecho, esa exteriorización “*aparentemente*” contraria al orden se torna inane, por haber sido emitida por un sujeto incurso en un craso e insuperable error en su actuar.

A modo de símil, en el fútbol, no requiere amonestación alguna el jugador que errada e invenciblemente anota y celebra su gol cuando momentos antes su posición era de fuera de lugar, sin que él pudiera percatarse que ya había sido sancionada por el árbitro, para toda la comunidad deportiva ese actuar contrario al deber de detener el juego como lo prevé la norma, no comunica una real y efectiva oposición de relevancia normativa que amerite una tarjeta amarilla para actualizar la vigencia de la prescripción, es un actuar desprovisto de contenido comunicativo precisamente por el error invencible del deportista que continuó el juego, al no tener esencia de contradicción no demanda la respuesta contra fáctica para actualizar la vigencia de la norma, ya que no se puso en duda su fuerza de mandato que define las características socialmente adoptadas de esta especie de práctica deportiva. Igual sucede en el derecho disciplinario, quien está incurso en error invencible no comunica con relevancia jurídica, *ergo*, no debe activarse el instrumento de refrendación de vigencia de la norma que no es otro que la sanción.

Para reforzar esta idea y en punto de descartar lo eventualmente antiético del comportamiento en el error invencible resulta apropiado traer a colación apartes doctrinales de gran relevancia:

*“El resultado como tal resulta prescindible para el núcleo de lo antiético, pues los principios morales no se concretan per modum conclusionis, sino per modum determinationis”.*

*Por ello ha dicho SAVATER que lo “serio de la libertad es que cada acto libre que hago limita mis posibilidades al elegir y realizar una de ellas. Y no vale la trampa de esperar a ver si el resultado es bueno o malo antes de asumir si soy o no su responsable” (...)*

*(...) “Pues bien, en la vida de interrelación subjetiva, toda vez que el comportamiento de que nos ocupamos trata de las relaciones entre los hombres, puesto que ello es lo que interesa fundamentalmente a la ética en la práctica, para el ejercicio de la acción es necesario cumplir con una máxima que nos enseña SAVATER: “Libertad es decidir, pero también, no lo olvides, darte cuenta de que estás decidiendo”. En fin, como señalan dos importantes autores nacionales, “acto humano (...) es aquel que el hombre ejecuta sabiendo lo que está haciendo y queriendo hacer lo que hace”.*  
(Gómez, 2004, p.197).

De lo anterior, resulta dable concluir que lo antiético de la conducta se anula cuando la ignorancia es invencible, por ello, se reitera no hay mensaje comunicativo valido alguno, por lo cual procede la exclusión de responsabilidad, por no haber norma alguna respecto de la cual actualizar su vigencia.

En el error de hecho vencible, resulta lógico, coherente y justo que la imputación solo podrá hacerse a tipo de culpa cuando la estructura del tipo disciplinario admita esa modalidad, lo cual es muy recurrente por la regla general de tipos en blanco en este derecho sancionatorio, pero por excepción, en caso de verificarse algún elemento que indique que solo puede cometerse a título de dolo, necesariamente habrá que descartar la responsabilidad por atipicidad. Esto desde el punto de vista axiológico tiene su fundamento en la relación especial de sujeción que vincula al disciplinado de quien se tienen expectativas en cuanto al deber objetivo y subjetivo de cuidado en clave de culpa disciplinaria.

Con relación al error vencible de derecho, y considerando la relación especial de sujeción del servidor público o particular que cumple función pública, escenario que se exige un mayor compromiso del destinatario de la ley disciplinaria, lo coherente es mantener la imputación dolosa atendiendo al conocimiento potencial o actualizable de la ilicitud, y solo será un factor de atenuación en la dosificación de la sanción, *mutatis mutandi*, del 50% como en el derecho penal, cuando esta sea en un

*quantum* específico y desagregable, no teniendo aplicación en el caso de la destitución por no poderse fragmentar o atenuar la medida.

En un esquema funcional del derecho disciplinario, es menester observar la inimputabilidad desde dos enfoques, uno formal y otro material, el primero refiere a que el individuo potencialmente infractor por no tener el vínculo de relación especial de sujeción con el Estado no es destinatario del precepto de conducta a observar, es decir, es un no obligado formalmente, para esta especie de derecho sancionador, el individuo no comunica jurídicamente para este subsistema, y otro material o sustancial que corresponde a un concepto psicológico en cuanto a que a pesar de ser destinatario formal normativo, es incapaz de comprender la ilicitud del comportamiento y/o de determinarse conforme a esa comprensión.

El primer enfoque es un tema de aptitud, y el segundo es de actitud, ambos en sentido negativo.

En los dos casos descritos anteriormente, inimputabilidad formal y material, su comunicación contraria a la norma de determinación es defectuosa y se torna irrelevante para el derecho disciplinario, por lo tanto se hace innecesario instrumentar o blandir el dispositivo comunicativo de vigencia de la norma que no es otro que la sanción disciplinaria, porque quien bajo esas circunstancias, se apartó del dispositivo general, no es persona en sentido normativo disciplinario, es un individuo de la

sociedad, no competente para entablar dialéctica jurídica de construcción en la identidad social, la expresión contraria a derecho dada su condición de inimputable no comunica en sentido normativo, es un acto despreciable para el derecho disciplinario, luego no requiere activar la respuesta contra fáctica para comunicar la vigencia de la norma, guardadas proporciones y solo para mayor claridad, es como pretender sancionar a un individuo de cualquier especie animal para comunicar a la sociedad de personas la vigencia y autoridad de la norma de conducta desconocida por aquél.

Quien no comunica en sentido normativo (inimputable formal o material), no amerita respuesta estatal para actualizar la vigencia de la norma, aunque desde el punto de vista naturalístico haya existido infracción.

#### **4.7. La voluntad como constructo normativo descartando el concepto psicológico**

El principio rector de culpabilidad de la Ley Disciplinaria consagrado en el artículo 13 del Código Disciplinario Único, prevé que en materia disciplinaria queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, y que las faltas solo son sancionables a título de dolo o culpa.

A su turno, la culpa se define en el párrafo del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, de la siguiente manera:

*“Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de normas 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”.*

La doctrina en materia disciplinaria ha señalado que el dolo está compuesto por el conocimiento de los hechos y su ilicitud, pero también de manera concurrente por el factor volitivo.

*“Conforme lo anterior, es necesario que se entienda que, en materia disciplinaria, si bien resulta importante el conocimiento de los hechos y el conocimiento de la ilicitud como componente del dolo, no menos atención y especial consideración merece el elemento volitivo del mismo, sobre todo, cuando tal aspecto es indispensable para poder diferenciar entre aquellos comportamientos dolosos y culposos”*  
(Ordóñez, 2009, p.71)

Integrado así el dolo en materia disciplinaria, la conducta ante la carencia por su inexistencia o falta de prueba que acredite alguno de estos dos componentes, conocimiento y voluntad, perdería necesariamente ese carácter doloso y en el juicio disciplinario no podría calificarse como tal,



pero la voluntad no es un concepto agotado por la ciencia y habrá de considerarse bidimensionalmente.

La voluntad, puede concebirse en dos perspectivas, una psíquica y real del sujeto que tiene su génesis en el ámbito anímico y muy personalísimo del espíritu del individuo que lo motivó a la realización de la comunicación defectuosa socialmente o hecho perturbador, si es así esta constatación demostrada probatoriamente, estamos refiriendo a la imputación subjetiva de la voluntad, aquí se entiende al sujeto como un sistema sicofísico, es una unidad zoológica - psicológica de hombre.

Otra perspectiva, la cual se defiende en esta tesis, es de orden funcional-normativista, consiste en valorar no al individuo en su más íntima motivación, sino considerar al sujeto capaz de comunicar como un constructo social normativo, de ahí que la relación entre él y el hecho perturbador tenga una connotación normativa de voluntad, que es una intención subjetiva implantada en el sistema social a través de mensajes comunicativos, que se cristaliza en la relación general de sujeción para asuntos penales y en la relación especial de sujeción para los disciplinarios, así tiene un carácter deontológico en razón a que prevalece la valoración del objeto en una construcción social de la voluntad para una persona competente socialmente, y no en un individuo aislado socialmente por fuera de los sistemas comunicativos y autopoieticos.

En las circunstancias de persona social competente, la voluntad es una construcción normativa con mensajes comunicativos de relevancia en el ámbito del modelo social, y a esa persona se le relaciona esa voluntad con el hecho perturbador comunicado en su libre disposición, estamos frente al concepto normativo de imputación objetiva de la voluntad.

Nótese que tanto en la atribución de la voluntad subjetiva, como en la objetiva- normativa, se está considerando la motivación del sujeto generador del mensaje equivoco concretizado en la relación causal ya explicada, luego, en cualquiera de las dos teorías, sus contenidos se apartan de la responsabilidad objetiva para enaltecer aquella donde se considera la voluntad del sujeto como elemento indispensable de la responsabilidad disciplinaria. La última, adoptada en esta tesis, es responsabilidad subjetiva, pero con contenido normativo al provenir de una persona considerada como un constructo también normativo.

Es un sistema de expectativas de expectativas construido normativamente, que brinda efectiva confianza del actuar en sinergia de toda la sociedad como un engranaje predecible y confiable que mitiga al máximo la incertidumbre que proporciona la subjetividad.

En el subsistema de derecho disciplinario propuesto, se describe el uso adscriptivo de las comunicaciones en sentido institucional-social, como fundamento para explicar la objetivación del contenido de la imputación a título de dolo, como desarrollo de la renuncia a cualquier

valoración mental de la voluntad, con lo cual se actualiza la idea del abandono progresivo de la noción de injusto personal, bajo el concepto de dolo natural enunciado bajo la fórmula académica de conocimiento y voluntad, y en su reemplazo, se postula una monista forma de dolo: el dolo como adscripción del conocimiento (Oxman, 2019, pp. 441-443).

#### **4.8. El potencial infractor disciplinario desde la exigencia de persona y no como individuo**

De lo hasta aquí compilado, se mantiene la división naturalista entre el evento, desaprobado socialmente mediante actos de comunicación positivos (incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones, y violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, impedimentos o conflicto de intereses), bajo la impronta del desvalor de acto, y el sujeto responsable de tal conducta, pero a ese vínculo con el sujeto, habrá que tomar partido si lo consideramos como individuo, o como persona.

La diferencia estriba en que el primero, corresponde a una unidad psicológica de hombre, allí, de alguna forma probatoria plausible o no, habrá de determinarse su voluntad como carga subjetiva para declararlo responsable como presupuesto legítimo, para aplicarle el correctivo y así comunicar la actualización de la vigencia de la norma, o si por el contrario, se precisa de otro subsistema donde la comunicación válida define el

patrón de voluntad de persona que debe imprimirse a la relación causal para verificar el aspecto subjetivo-normativo previo a la comunicación coercitiva de vigencia de la norma. En estos eventos, se erige la imputación subjetiva y objetiva de voluntad, respectivamente.

En el derecho disciplinario de corte funcionalista, se precisa la expectativa de expectativas para propiciar un ambiente de confianza de los resultados en el ejercicio de la función pública, reduciendo al máximo la incertidumbre, es mandatorio considerar al destinatario de la norma subjetiva de determinación como persona fundada en una construcción normativa predecible, capaz de comunicar con sentido jurídico normativo para que en caso de defraudar esa expectativa, esa comunicación defectuosa active la sanción como dispositivo de vigencia en la dialéctica contra fáctica instrumentada.

#### **4.9. Imputación subjetiva normativa de la voluntad para la falta disciplinaria dolosa y culposa**

En la distinción del tipo objetivo y subjetivo, propia del finalismo, se ha propiciado una mixtura entre la imputación subjetiva de la voluntad para el delito doloso y la objetiva para el culposo, igual sucede en el esquema disciplinario cuando se mantiene la tesis de que el dolo y la culpa se encuentran en la categoría dogmática de la tipicidad, al no poderse comprobar el vínculo psicológico o íntimo de la voluntad como

integradora de la culpabilidad en el delito a título de culpa, es lo que se conoce en la doctrina como *“la caza del dolo en el delito imprudente”*, y ahí se acude a la imputación objetiva de voluntad, al sustituirse ese dato psicológico inalcanzable e indemostrable por una comunicación del subsistema normativo de voluntad, referida a la imprudencia, negligencia, impericia, inobservancia de reglamentos, etc., entonces, a pesar de que en el ordenamiento se predica una imputación subjetiva psicológica, nótese que para el tipo penal o disciplinario subjetivo en la modalidad culposa y ante la imposibilidad de ubicar el *animus* personal y psicológico del sujeto en el actuar imprudente, se sustituye por esa voluntad normativa prediseñada como modelo de hombre medio, con contenidos puramente de comunicación normativa, que como se ha visto corresponde a la imputación normativa.

En otras palabras, sí se aplica atribución objetiva de la voluntad en el proceso penal y disciplinario, por lo menos para los tipos en la modalidad culposa por infracción del deber de cuidado, por ser esta una concepción eminentemente de comunicación normativa. Esta situación es más latente cuando en el post finalismo o funcionalismo se agrega para los delitos dolosos la *“creación de un riesgo jurídicamente desaprobado”* o *“el incremento del riesgo permitido”*, para la concretización de la voluntad del autor, aspectos eminentemente normativos.

Estos conceptos tienen en su esencia una construcción normativa amparada en el sistema social cada más complejo de la vida en sociedad, son en esencia actos comunicativos de modelos de comportamiento esperados que tienen implícitos unos riesgos que son inevitables para la prosperidad social, es decir, la comunicación asertiva envía el mensaje social y normativo de arriesgar el bien protegido pero dentro de unos márgenes y modalidades permitidas, riesgos que producto de la experiencia social y el modelo de sociedad adoptada ofrecen en el entender colectivo una relación favorable costo-beneficio.

Ese modelo social comunicativo del riesgo permitido integrador de la atribución objetiva en conductas dolosas, también es una construcción social de voluntad exigible a todas las personas competentes de la sociedad, y sustituye esa voluntad psicológica que a fuerza de aparente y quizá falaz garantismo aún se quiere seguir manteniendo vigente, y es que es calificable en esos términos por la forma como se verifica actualmente, principalmente a través de la prueba indiciaria declinando la posibilidad eficiente y eficaz de la demostración directa y lo más importante, real de la voluntad, como elemento integrante del dolo.

En materia penal como disciplinaria de vieja data se han distinguido dos categorías valorativas de la responsabilidad, entendido este último como concepto equiparable a sujeto merecedor y destinatario de la sanción, como medio comunicativo de refrendación de la vigencia de la

norma. Ellas son, el injusto y la culpabilidad para lo penal, e infracción del deber funcional y culpabilidad en materia disciplinaria, por lo menos para esta última por el vínculo de relación especial de sujeción más exigente que para el ciudadano del común, es legítimo aplicar en sede de culpabilidad, una voluntad subjetiva normativa, con lo cual se mitiga la incertidumbre en la expectativa de expectativas que debe ser la nota de confianza en la complejidad del sistema social.

#### **4.10. El referente de libre albedrío de la culpabilidad en un esquema de derecho sancionatorio**

Los contenidos que se le otorgue a la culpabilidad, son los anclajes necesarios para estructurar un esquema de imputación subjetiva o por el contrario normativa de la culpabilidad, cualquiera de las dos legítimamente válida, como presupuesto complementario e indispensable del injusto para que agregados como subsistema (enjuiciamiento) del sistema sociedad, se pueda predicar la sancionabilidad por fuera de la proscrita responsabilidad objetiva.

En el primer caso, desde las épocas de dominio del naturalismo siempre se adscribió la culpabilidad (responsabilidad individual del sujeto por la comunicación defectuosa, llámese injusto penal o infracción del deber funcional), a ese vínculo psicológico de voluntad de contradicción entre la conducta del agente y el evento establecido como indeseable en

el derecho positivo, como manifestación de la *lex perfecta* a modo de intimidación fundada en la amenaza de la sanción o como expresión de la motivabilidad del imperativo orientador de la conducta, *lex imperfecta*, en ambos casos por el deber de adecuarse al precepto normativo de mandato o prohibición, al haber podido y debido actuar de otro modo, aspecto de gran relevancia en el reproche de conducta diversa contenida en la culpabilidad, con mayor exigencia para el evento disciplinario en virtud a la competencia dada por la relación especial de sujeción de acentuada intensidad a aquella general exigible a todos los asociados, en lo penal.

Ese deber y poder (libre albedrío), de otro modo al momento de la realización de la comunicación defectuosa contrariando la norma vigente, no es susceptible de ser probado con rigor de confiabilidad técnica, “... *en Alemania existe unanimidad sobre que ningún perito sicólogo o siquiatria puede probar con medios empíricos la capacidad del autor concreto de poder obrar de una manera distinta a como lo hizo en el momento del hecho.*” (Lesch, 2001, p. 15), siendo así, en este modelo de enjuiciamiento subjetivo psicológico, y bajo el entendido de requerirse constatar empíricamente la culpabilidad, habría siempre que emitir un fallo absolutorio ante la ausencia probatoria de poder exigir una conducta alternativa, y así integrar legítimamente la culpabilidad como requisito *sine qua non* de la responsabilidad.



Obvio, en la práctica este no ha sido el derrotero observado, aquí se adopta una sustitución objetiva de persona *“la capacidad de una persona media, de un hombre medio, adulto y sano psíquicamente”* (Lesch, 2001, p. 15), y este modelo o prototipo de una determinada sociedad en un momento histórico se convierte en el referente de persona como constructo normativo basado en la experiencia social, ese alusivo de cotejo puede ser más o menos exigente, dependiendo si se ubica en el ámbito de las relaciones generales de sujeción, para el derecho penal, o en las relaciones especiales para el disciplinario, último donde el prototipo de persona es de mayor connotación, entonces esa exigibilidad de conducta alternativa, en la práctica si tiene un abandono del aspecto subjetivo mental, referido al posible infractor como individuo y se contrasta realmente con la persona predefinida por comunicaciones del subsistema sancionatorio, aspecto diáfananamente normativo.

Entonces en materia de culpabilidad, al derecho sancionador lo que interesa es la persona como ciudadano competente y no como un sujeto psicofísico, las pautas del establecimiento aceptado normativamente ya están definidas y será el individuo el que deba adaptar su conciencia y voluntad al precepto comunicativo de norma adoptada como referente, de no hacerlo estará emitiendo una comunicación contraria a derecho aun cuando a él, individualmente le parezca correcto, y el Estado a través de su subsistema sancionatorio producirá el mensaje de contradicción para

mantener la vigencia de la norma sin reparar en los impulsos o motivaciones individuales del sujeto, lo relevante para el derecho en una sociedad compleja es el ciudadano competente conforme a su rol.

## 5. SÍNTESIS

El esquema de derecho disciplinario con corte funcionalista propuesto en esta tesis, está justificado en virtud a los fines que debe cumplir el *ius puniendi* en la compleja sociedad actual, el cual no es otro que garantizar la identidad de esa misma sociedad, cualquiera que esta sea, desechando las subjetividades por no decir arbitrariedades de algunos operadores disciplinarios que con su actuar, han creado en el

imaginario colectivo el concepto de que las resultas de justicia dependen de, a quién van dirigidas y/o quién es el que juzga, más allá de los contenidos sustanciales del objeto comportamental juzgado.

El modelo de justicia disciplinaria diseñado, es en esencia objetivo-funcionalista, inspirado en la teoría de los sistemas de Niklas Luhmann, sociólogo que tuvo como objetivo cambiar el paradigma de los entramados en los contactos sociales, él modificó la forma en cómo se debería estudiar la sociedad, postulando que es algo más que la unión de individuos, esta debe asumirse como un sistema de comunicaciones, donde se parte de la premisa de que el universo en el que se habita es muy complejo, allí puede pasar de todo lo imaginable e inesperado, fenómenos físicos y sociales, que pueden ser verificados en determinadas circunstancias, pero no en otras, no hay leyes permanentes que expliquen todo, la única constante es el cambio. El derecho como subsistema social, se constituye en un dispositivo reductor de complejidades originadas en los contactos sociales que se manifiestan a través de actos de comunicación con fuerza de constituirse en estándares de comportamiento esperado.

En ese intrincado mundo de contactos vive el hombre, pero a pesar de la complejidad, todos esos eventos pasan al interior de ese mismo universo, el hombre para vivir en esa realidad, se debe adecuar a los sistemas vigentes para esa sociedad y época, porque ellos reducen la

complejidad. El sistema de la física, de la química, los sistemas sociales, entre otros, permiten establecer expectativas confiables de lo que va a ocurrir ante determinadas causas, si se suelta un objeto en un sistema físico, la expectativa es que el objeto va a caer por la fuerza de la gravedad, porque la física actual (que bien puede cambiar al llegar otras circunstancias), describe este fenómeno de una manera que determina confianza en las personas, hay predecibilidad relativa.

Los sistemas reducen la complejidad del universo, de ese mundo tan amplio y variado se escoge un segmento, ejemplo, el sistema de la química, en su campo de aplicación, al referirse a la composición y propiedades de la materia sin alterar los elementos constituyentes, reduce su complejidad sobre los resultados, la comunidad científica tiene confianza en los ensayos experimentados, como expectativas altamente probables, pero que hoy pueden ser y mañana no, dependiendo del medio donde sucedan. En la física, las leyes de Newton aplican en el ambiente que es perceptible por los sentidos, pero estas pierden vigencia en el mundo cuántico, es decir, todo es relativo, pero en similares circunstancias se puede confiar en uniformes resultados. Esos son los sistemas a la luz de Luhmann, homogenización, reducción de complejidades, en últimas, estabilización de expectativas.

Dentro de los sistemas de comportamientos esperados, emerge la sociedad como otro sistema de ese universo, ella está compuesta de otros

subsistemas, y es allí, que tiene su génesis el derecho, el cual, dentro del esquema de la sociedad funcional, su cometido es reducir la complejidad del mismo a partir de la comunicación que describe e identifica ese particular modelo social.

En un contacto repetitivo social, la persona genera expectativas respecto de los demás, así, si alguien le pregunta a otra persona en la calle algún aspecto del entorno, su expectativa es confiar en que esa persona le conteste, porque ese es el modelo social adoptado como válido, si excepcionalmente, alguien no responde en ese contacto, allí, se configuraría una singularidad de defraudación a esa expectativa social, y ese defraudador sería considerado como individuo no competente en el sistema social vigente para ese lugar y época, eso es comunicación, comunicar es que alguien pueda erigir una expectativa respecto de los demás, alguien espera que algo ocurra, y a partir de eso es que toda la comunidad puede vivir en un sistema social tan complejo, en el cual, se puede esperar un comportamiento adecuado de los demás a partir del propio acorde con el modelo establecido.

En el sistema sociedad existen subsistemas psíquicos y sociales, los primeros son del fuero interior y subjetivo del individuo, en tanto que los sociales, corresponden al acoplamiento comunicativo entre las personas integrantes de la sociedad, mediante comunicación de expectativas, Luhmann explica cómo se comportan esas expectativas en punto de

las relaciones interpersonales donde cada quien como persona competente socialmente espera que los otros no defrauden expectativas que se han edificado para ese tipo de sociedad, sin que necesariamente se hayan dictado de manera expresa, pero que sí corresponden objetivamente a las costumbres sociales para ese tipo de relaciones, es una comunicación no verbal en donde la fidelidad a la vigencia es la base de confianza para las comunicaciones, esas expectativas de lo que alguien legítimamente espera serán expectativas normativas o cognitivas.

Las expectativas cognitivas son aquellas que al ser defraudadas pierden vigencia, como aquel que construye su casa en la ladera de una montaña confiando en que no se derrumbara, pero cuando llega la época de lluvias, por el efecto del nivel freático del terreno, éste cede y la vivienda colapsa. Para una próxima oportunidad por el carácter cognitivo del ser humano, quien tenía la expectativa de que su casa se iba mantener en pie, pero por el cambio de temporada natural esa expectativa fue defraudada, si tiene que volver a construirla, muy seguramente no la irá a levantar en el mismo lugar, porque esa expectativa cognitiva perdió vigencia al momento en que fue defraudada, ya no se puede volver a confiar en el resultado inicialmente esperado.

De manera diferente, las expectativas socio normativas son aquellas que mantienen la vigencia, aunque sean defraudadas ocasionalmente. En el ejemplo antes descrito, a pesar de que en el contacto comunicativo con la

otra persona a quien se le preguntó algo y no contestó, defraudó la expectativa social vigente. Aun así, el interrogador como persona socialmente competente puede volver a confiar en la vigencia de la norma social de conducta, y así muy seguramente, acudirá a otra persona solicitándole lo mismo, porque en su fuero interior mantiene la expectativa de la vigencia de la norma en el contacto social, porque en esas relaciones de contacto para esa sociedad se tiene establecido por la costumbre, que ese comportamiento es el adecuado y esperado a pesar de que sea defraudado una y otra vez, a menos que se esté transformado en otro tipo de sociedad.

En la filosofía del derecho de HEGEL, quien dice: *“al castigar al delincuente se le honra como ser racional”*, deja como premisa que todo lo racional es real y todo lo real es racional, antes de HEGEL el conocimiento se movía entre el racionalismo y el empirismo es decir, que el conocimiento proviene del objeto o del sujeto a partir de la razón, fueron las bases de la epistemología objetiva y subjetiva, respectivamente, pero él crea una proposición matizada, que no es lo subjetivo, ni lo objetivo, en el mundo lo que realmente interesa es el absoluto, es decir, el producto entre lo subjetivo y lo objetivo, y es ahí que surge el concepto de la filosofía dialéctica de HEGEL. La tesis es la propuesta, la antítesis es la contrapropuesta y de ese antagonismo surge la síntesis como el absoluto que constituye el conocimiento a modo de

resultante dialéctico que interesa, toda proposición necesita de su contrario para autodefinirse, el derecho como referente de conducta necesita del infractor para actualizar su vigencia o redefinirse.

Bajo el esquema hegeliano, el derecho revela la identidad de una sociedad en un momento histórico cultural, donde determina cuáles son los derechos y deberes del individuo como límites de su libertad, las cosas se definen a través de su contrario, el derecho es la identidad social, y la negación de él, que es la contra cara del derecho, es el ilícito. En esa dialéctica de identidad y negación es que la sociedad y el derecho evolucionan redefiniendo sus características, la resultante es el absoluto, es un permanente ciclo vital de existencia del derecho, en sus tres momentos: tesis (derecho actual), antítesis (infracción) y síntesis (nuevo derecho, que puede ser el ya existente que cobra o actualiza su vigencia u otro redefinido).

Todo objeto para definirse con meridiana claridad requiere su contrario, *“la cebra refleja rayas negras en la medida que tiene rayas blancas”*, el antagónico reivindica su identidad, el derecho es un reductor de complejidades sociales, no es un dispositivo proyector de cultura como la religión, la educación o la política, solo identifica los contornos de libertad vigentes en la misma en un momento determinado, no crea ni modifica, sino que es la impronta o esencia de la sociedad, de la misma forma que *“el agua no va a la cascada a suicidarse”*.



Descendiendo al racionalismo del derecho disciplinario, el injusto, como manifestación pragmática de contradicción, tiene una existencia interna o aparente y otra externa o perceptible en el mundo material, esta última es la que da lugar al injusto civil o contencioso administrativo, es el daño que produce un cambio en el mundo fenomenológico perceptible por los sentidos, tiene un efecto naturalístico derivado del incumplimiento del deber funcional, esto último constituye la existencia interna del injusto. Es una relación de causa efecto entre el injusto interno y externo, secuencialmente.

La existencia aparente o interna del injusto disciplinario, se manifiesta a partir de la teoría del valor, en el desvalor de acción y, desde la teoría de las normas, en la vulneración o contradicción de la norma subjetiva de determinación, que ha comunicado el servidor público o el particular que cumple función pública como persona vinculada al Estado bajo el régimen especial de sujeción, es lo que interesa y activa la respuesta del derecho disciplinario, institución normativa que a través de la sanción, comunica contra fácticamente para desautorizar la desautorización que emitió el servidor y así refrescar la vigencia de la norma. Por lo anterior es dable concluir que es el desvalor de acto y no de resultado en el proceder oficial de la persona competente, lo que es relevante para el derecho disciplinario, el acto contradice la existencia interna de la norma y el resultado es la consecuencia externa de aquello,

aspecto último, ajeno a la función del derecho disciplinario en un escenario normativo axiológico.

Esta especie del derecho sancionador, el disciplinario, es un subsistema reductor de la conducta esperada de los servidores públicos y particulares que cumplen función pública en ejercicio de lo que se conoce como la conducta oficial derivada de su rol funcional, artículos 118 y 277, numeral 6°, constitución política.

Lo realmente trascendente, es la violación del derecho en cuanto a derecho y no en el predicado, la defraudación de conducta que la sociedad tiene en cuanto a que, quien es destinatario del derecho disciplinario se va a comportar conforme a la prescriptiva que ha sido comunicada e identifica el modelo de funcionario público o particular que cumple función pública, es una defraudación de expectativas, es la negación de la identidad social en el marco de la expectativa de función pública establecida.

En la dialéctica jurídico disciplinaria de corte funcionalista, el disciplinado, con su actuar contrario a la norma subjetiva de determinación comunica negando la existencia del derecho como prescriptiva o modelo de comportamiento aceptado socialmente, entonces es cuando el derecho disciplinario llega al “*rescate*” de la vigencia de la norma, y lo hace con el instrumento del correctivo disciplinario, el cual, en el mismo plano comunicativo del infractor, niega su negación,

reafirmando la vigencia de la norma, es un equilibrio de pesos y contrapesos, escenario donde el aparato sancionador tiene que tener la contundencia suficiente para desautorizar el mensaje comunicativo del infractor, o de lo contrario el nuevo modelo de configuración propuesto por el infractor, cobrará vigencia y se estará transformando la sociedad.

Siendo, así las cosas, la función del derecho disciplinario como sistema reductor de complejidades en la conducta oficial, es establecer el absoluto, como identidad de la prescriptiva en el ejercicio de la función pública en un modelo de sociedad y en un momento histórico, es decir, el orden social del servicio público definido a través de expectativas de comportamiento que eventualmente pueden ser defraudadas.

Esta especie del *ius puniendi* del Estado, desde la teoría de las normas, irradia las características de identidad de la conducta oficial, a modo de expectativas normativas, y la función de la sanción disciplinaria, no es otra que la reafirmación de la vigencia de la norma, la cual se activa cuando se produce la infracción comunicada válidamente por el disciplinable, como afrenta o desvalor de acción (desde la teoría del valor), y ahí, como respuesta inmunológica o de protección, se hace presente el correctivo disciplinario combatiendo la nueva estructura invasora que pretende modificar el ADN que identifica esa sociedad, a modo de atentado al *statu quo*.

El agente invasor es el injusto disciplinario, claro con culpabilidad, solo en ese binomio se entiende válidamente defraudada la norma con posibilidad de subvertir el orden y crear un nuevo modelo de prescriptiva de conducta, entonces se activa la sanción disciplinaria como respuesta inmune, respuesta que se materializa en negar la negación, evita que ese propósito de subversión se concrete, reafirmando la identidad social que se mantiene a pesar de los ataques a la misma.

La comunidad legítimamente, puede seguir confiando en que no se defraudarán las expectativas de comportamiento en el campo de aplicación de la conducta oficial esperada que define el modelo de sociedad prescrito en el derecho disciplinario, porque éste tiene un sistema inmune reactivo capaz de estabilizarse contra fácticamente, cada vez que los infractores pretendan desautorizar o subvertir el orden vigente, aquella potencialidad de homeóstasis en el sistema social genera un estado psicológico colectivo de confort socialmente válido para poder seguir confiando en las instituciones públicas y en el servicio público.

El correctivo disciplinario reafirma la vigencia de la norma a pesar de que se comentan ilícitos disciplinarios con culpabilidad, es decir, la responsabilidad disciplinaria que provoca la necesidad y merecimiento de la sanción, no como un mal por el mal, sino como un dispositivo dialéctico de reafirmación del derecho sancionador disciplinario por la negación de la persona en su posición de sujeto en relación especial de sujeción con el

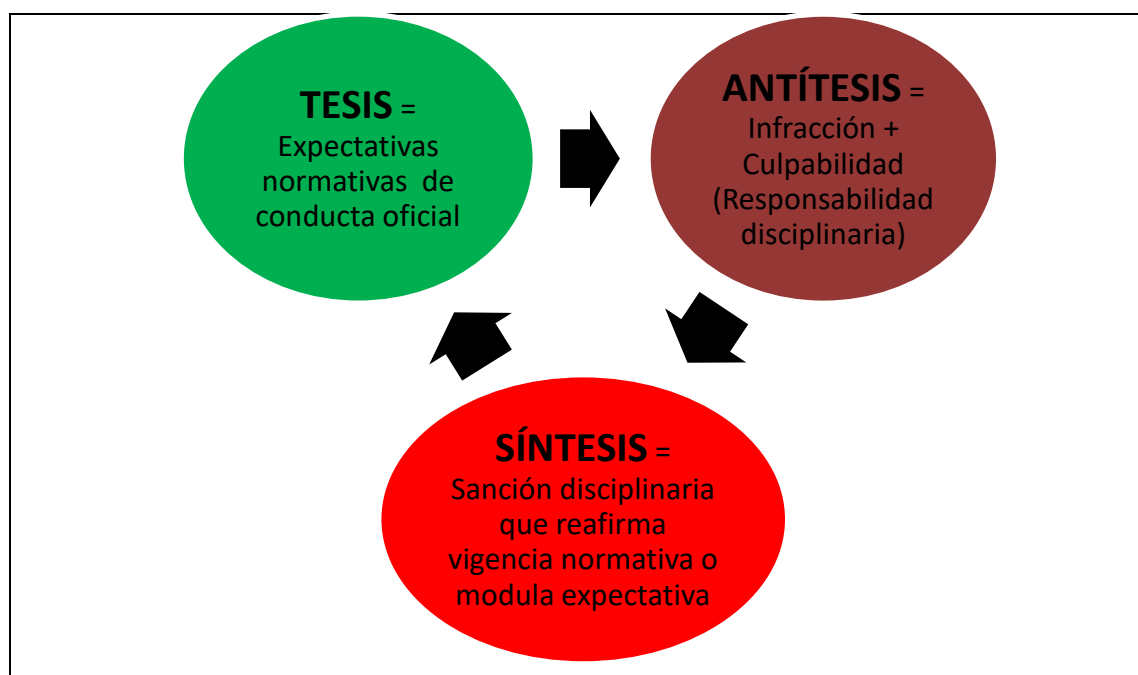
Estado, quien defraudó una expectativa de conducta oficial (factor objetivo) con culpabilidad (factor subjetivo).

La función del derecho disciplinario, como subsistema reductor de complejidades, es describir y mantener la identidad de la conducta oficial en un momento histórico, reflejar su configuración a la sociedad a través de expectativas normativas, y la función de la sanción, es el restablecimiento de la identidad social y de contera la confianza colectiva, que se reproduce bajo las reglas de la autopoiesis, concretizada en que las personas destinatarias del derecho disciplinario actuarán conforme a su mandato, lo que se traduce en la confianza en las instituciones políticas que gobiernan el modelo de Estado.

El derecho disciplinario necesita del responsable disciplinario (infractor disciplinario con culpabilidad), porque aquel es su contrario, y la forma de definirse es a través de la exteriorización de su antítesis, cada vez que se presenta la negación, éste se reafirma por vía de la sanción como estabilización contra fáctica o modula su identidad, y esa resultante constituye la síntesis o absoluto, que se incorpora en un ciclo vital y permanente de redefinición de la identidad de las expectativas del servicio público en el que la sociedad en general puede confiar en un momento determinado, en punto de la conducta oficial de sus servidores.

La síntesis como resultante, vuelve y se constituye en la nueva tesis o marco de referencia normativo, que por los contactos sociales y en el

ejercicio de la función pública, posiblemente será nueva y válidamente defraudada por otro infractor con culpabilidad (oposición subjetiva - normativa), que es la antítesis, y vuelve y produce una nueva síntesis de reafirmación de vigencia o modulación, absoluto que permanentemente continúa actualizándose como nueva tesis que identifica la conducta oficial, como expectativas de comportamiento en ese nuevo momento de aquel que ostenta la calidad de servidor público o es cumplidor de función pública. Es un ciclo permanente de reafirmación o actualización de expectativas de expectativas, que se definen, refrendan y/o modulan comunicativamente, a través de esta especie de derecho sancionador.



**Figura 4. Tesis, antítesis y síntesis.**

Fuente: Elaboración propia.

Para que el sujeto que ha comunicado su subjetividad contraria a la norma vigente y pueda válidamente ingresar a este círculo dialéctico, con potencialidad residual de alterar la prescriptiva de norma subjetiva de determinación o activar la comunicación contra fáctica del derecho disciplinario, que no es otra que la sanción, tiene que tener la condición de persona, definida como una construcción normativa en un contexto social donde sobre ella, se edifican expectativas de comportamiento a quien se le ha reconocido la libertad entendida en ese ámbito de derechos dentro de unos límites razonables socialmente, que comportan correlativamente obligaciones.

El anterior concepto normativo de libertad, es un aspecto ajeno al individuo como un sistema psíquico, solo es atribuible a un constructo social de persona, condición que es válida en un ambiente de relaciones generales de sujeción, necesario pero no suficiente para esta especie del derecho sancionador, que exige adicionalmente otro presupuesto que es la capacidad desde el punto de vista formal, lo que se traduce en que esa persona tenga una relación más exigente o especial de sujeción con el Estado, que se adquiere por su condición de servidor público o particular que cumple función pública para que pueda ser destinatario del derecho disciplinario como modelo comunicativo de comportamiento en el

cumplimiento de su deber funcional en el ejercicio de la conducta oficial, y eventualmente, ante su falta de apego a él, acreedor del correctivo disciplinario como comunicación actualizadora de la vigencia de esa misma prescriptiva.

En suma, para ingresar en el ciclo de la antítesis como oposición a la norma vigente (tesis), y tener la potencialidad de imponer una nueva síntesis o activar la vigencia de la norma, es indispensable que el sujeto sea persona como constructo normativo y adicionalmente sea destinatario del derecho disciplinario en virtud a su relación especial de sujeción con el Estado, en su condición de servidor público o particular que cumple función pública, el modelo dialéctico exige la validez del interlocutor para que active legítimamente el ciclo indicado, de lo contrario es pretender una *“tracción con la cadena rota”*.

Habiendo verificado esos aspectos estructurales y dialécticos de la oposición a la norma que determina la conducta esperada de esa especial persona, es oportuno precisar que para el derecho disciplinario funcional se torna irrelevante si ese actuar fue por acción o por omisión en el mundo material, porque eso corresponde a un asunto en el plano meramente naturalístico que se manifiesta exclusivamente en el mundo fenomenológico, esfera externa e irrelevante del injusto disciplinario, ello pertenece al injusto civil, o mejor administrativo para este caso, por tratarse de relaciones entre particulares y el Estado.



Diferenciar entre el hacer lo indebido u omitir la acción debida, conforme a las expectativas que de esa persona se tienen normativamente establecidas en el referente de su deber funcional derivado de esa relación especial de sujeción, desde el punto de vista disciplinario se torna intrascendente, es una discusión inane que en nada califica o matiza su actuar contrario a derecho (esfera interna del injusto disciplinario), desde el punto de vista funcional en cualquiera de las dos eventualidades naturalísticas (acción u omisión), o en la comisión por omisión, lo trascendente es el eventual desapego al rol funcional con connotación de ilicitud sustancial.

Lo valioso desde lo normativo, es que incumplió su deber funcional como vulneración de la norma subjetiva de determinación, aunado al desvalor de acción como expresión de contradicción a la teoría del valor, y con ello defraudó expectativas que conducen a que se active el aparato investigativo disciplinario, para que si se hizo con culpabilidad, como factor subjetivo (normativo) y complementario a ese ilícito disciplinario que constituyen en suma la responsabilidad, se comunique la sanción como mensaje reactivo de la vigencia de la norma como absoluto o síntesis, que permite a la sociedad poder seguir confiando que en el futuro toda persona con ese vínculo especial de sujeción, no defraudará las expectativas de comportamiento prescritas en la constitución, la ley y el reglamento que normativamente se consolidan en la conducta oficial

esperada, que comunican a ese garante obligado su deber funcional. Este subsistema reductor de complejidades de la prescriptiva de conducta oficial, es por antonomasia un modelo o ciclo de permanente comunicación dialéctica.

En el plano naturalístico puede distinguirse acción y omisión contraria al deber funcional, pero en lo normativo disciplinario, no tiene cabida. Siempre, en cualquiera de sus formas, se entenderá como una defraudación de expectativas socialmente adoptadas que de tener el carácter de ilicitud sustancial, integrada la responsabilidad disciplinaria con la culpabilidad, ameritan la imposición del correctivo disciplinario como instrumento comunicativo de vigencia de la norma para que la sociedad pueda continuar confiando en la conducta oficial esperada de aquellas especiales personas, servidores públicos o particulares que ejercen función pública, cumplidores de su respectivo rol o competencias funcionales que en un sistema de sinergia se espera que contribuyan eficazmente (eficiencia + eficacia) a la realización de los fines del Estado.

A modo de ejemplo de servidores públicos y solo para ilustrar lo intrascendente de la acción y la omisión, supóngase que en medio de una pandemia, conforme a protocolos científicos, y para mitigar sus efectos nocivos, a toda costa se debe evitar la conglomeración de personas, y un gobernante nacional decide fijar un día de comercio donde los precios de los productos no incluyan el impuesto al valor agregado - IVA, acción que

*ex ante* se sabe que motiva a los ciudadanos a visitar masivamente los establecimientos de comercio, poniendo en grave riesgo la salud de la comunidad en general por el impulso en la trasmisión del virus derivado del estrecho contacto; pero el alcalde local, conocedor *ex ante* del comportamiento esperado por los ciudadanos, debiendo proteger su vida y pudiendo adoptar medidas para contrarrestar el efecto lesivo esperado, omite cualquier acción preventiva. Ambos, mandatario nacional y local, están incurso en falta disciplinaria, defraudaron expectativas normativas que de ellos se esperaba conforme a su rol funcional, que sea el uno por acción y el otro por omisión, es un asunto naturalístico intrascendente, lo cierto es que la esfera interna del injusto disciplinario, “*incumplimiento del deber funcional*”, se materializó en las dos conductas, constituyen desvalor de acción desde la teoría del valor, y a partir de la teoría de las normas, vulneración de la norma subjetiva de determinación.

Los preceptos cualificados de persona, competencias diferenciadoras en virtud a la relación especial de sujeción con el Estado y concepto normativo de conducta, indiferente que sea por acción u omisión, permiten establecer cuando el comportamiento es jurídicamente relevante para el derecho disciplinario funcional que se cimenta en expectativas que eventualmente se defraudan con la infracción de deber funcional, lo cual por sí solo constituye el resultado normativo a tener en cuenta en la imputación objetiva, cuando se señala como la realización de

un riesgo no permitido y la verificación de su resultado, esto último, se reitera, concretizado en el incumplimiento del deber funcional conforme al rol esperado.

Lo anterior, se traduce en puro desvalor de acción, apreciado en conjunto con la vulneración de la norma subjetiva de determinación, a la luz de la teoría del valor y de las normas, respectivamente, de conformidad con su rol en el ejercicio del cargo o función pública encomendada en la prescriptiva de conducta oficial, que es lo mismo que sus competencias funcionales. A la persona disciplinable, le es exigible conforme a las expectativas socialmente legitimadas, derivadas de su catálogo de funciones que tiene su génesis en la constitución, la ley y el reglamento como marco normativo de su actuar esperado que, al ocasionalmente ser defraudado con culpabilidad, activa la sanción como dispositivo perpetuador de la vigencia de la norma para que la sociedad mantenga la credibilidad y confianza en esas expectativas que conciernen a todos los obligados funcionalmente y genere seguridad jurídica, a esa forma de organización que debe cumplir solo a lo que normativamente está obligado como deberes especiales, es una posición de garante de los fines del Estado dentro de los límites de su competencia funcional, todo en el marco de una sociedad basada en expectativas normativas de las cuales la comunidad puede legítimamente esperar su no defraudación.

La imputación objetiva limita la causalidad, el comportamiento relevante no es el resultado naturalístico sino aquel que contraviene la identidad de la sociedad concretizado en la defraudación de expectativas normativas, al tenor de las competencias funcionales o el rol funcional de la persona en esa posición de garante en el ejercicio de su función oficial, esa realización activa u omisiva *per se* representa un riesgo no permitido y la constatación de su resultado escapa de lo ontológico y reside exclusivamente en lo normativo, siendo así jurídicamente relevante y capaz de activar el ciclo dialéctico de tesis - antítesis y síntesis, para revalidar o reconfigurar expectativas de comportamiento social y normativamente aceptadas, que consagran el modelo social y político concebido por la organización jurídico política Estado, para la realización de sus fines en el ámbito constitucional y legal.

El juicio de imputación objetiva consiste en establecer si el comportamiento en esos términos es jurídicamente relevante y si su resultado normativamente hablando se puede atribuir a él, análisis que se ubica sistémicamente en la tipicidad, como comunicación defectuosa constitutiva del desvalor de acción a partir de la teoría del valor. Para que un comportamiento disciplinario pueda ser imputado objetivamente, se necesita una persona con el *plus* de estar bajo esa relación especial de sujeción que lo hace competente como destinatario del derecho disciplinario, es decir, que sobre él recaigan expectativas de

comportamiento relevantes para esta especie del derecho sancionador, panóptico de la conducta oficial.

Realizado lo anterior, se debe verificar el cumplimiento de los presupuestos que permiten establecer si el riesgo es o no desaprobado a la luz de la teoría de las normas como afrenta o no, a la norma subjetiva de determinación, esto es: riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y el comportamiento de la víctima, bajo el entendido que hay riesgos que hacen parte de la sociedad, necesarios para el desarrollo del tráfico social y mientras la persona se comporte bajo esos límites normativamente establecidos, está cumpliendo cabalmente las expectativas aun cuando sucedan resultados indeseados, es el costo de vivir en la sociedad moderna, en ese caso no defrauda su rol funcional o de competencia, todo observado a la luz de la conducta oficial encomendada.

El principio de confianza refiere a que todas las personas que conforman la estructura social creen legítimamente que los demás, que también se entienden personas como constructo social se van a comportar conforme a su rol funcional y por eso la sociedad se desenvuelve organizadamente, porque sobre todos hay expectativas que para los demás son expectativas de expectativas y cada quien responde solo por las defraudaciones que están bajo su ámbito de competencia y dominio, todas las personas actúan bajo el principio de confianza, cada uno

creyendo en la no defraudación de expectativas por parte de los demás, es un ambiente social de legítima confianza supra personal.

La prohibición de regreso limita la responsabilidad culposa en un hecho doloso donde quien cumplió con su deber funcional y con ello, a pesar de haber facilitado en el plano ontológico la comisión de un hecho defraudador de expectativas por parte de un tercero con ánimo doloso, el primero no estará llamado a responder por ese espurio resultado porque aquel cumplió deontológicamente dentro de su ámbito funcional, así en el mundo naturalístico se observe que hubo un aporte a la realización de la defraudación de expectativas del tercero, aspecto que será de personalísima responsabilidad de este último por ser un asunto exclusivo y excluyentemente normativo.

Por último, el comportamiento de auto puesta en peligro de la víctima también excluye la responsabilidad del agente, aun cuando desde lo físico éste haya causado el resultado indeseable, esto, en el evento en que normativamente se verifique que la víctima defraudó su rol funcional de auto cuidado, y fue ello la causa eficiente del resultado, puesto que desde el punto de vista normativo quien defraudó expectativas fue la víctima y no la persona materialmente productora del resultado, luego el resultado en el mundo fenomenológico no puede ser atribuido al agente que lo ocasionó ontológicamente, en razón a que éste no defraudó el cumplimiento de su deber funcional, una vez más, se privilegia lo

normativo y no lo ocurrido en el mundo natural, lo verdaderamente importante es el deber de competencias normativas socialmente estatuidas.

Todo lo anterior corresponde al injusto visto como el componente objetivo de la responsabilidad, pero a esto y para no caer en los terrenos de la responsabilidad objetiva, es indispensable adicionar el componente subjetivo, es decir, la culpabilidad para con la infracción al deber funcional integrar la responsabilidad disciplinaria.

<p>Infracción del deber funcional + Culpabilidad = Responsabilidad disciplinaria</p>
--

Entendida la responsabilidad disciplinaria como el activador de la sanción que se manifiesta como respuesta dialéctica contra fáctica a la comunicación defectuosa del infractor que desconoció la aplicabilidad y vigencia de la norma que refleja el modelo social y normativo vigente.

La culpabilidad como componente subjetivo de la responsabilidad, desde el punto de vista funcional no corresponde a ese elemento psíquico individual como unidad zoológica psicológica de hombre pensante, sino que trasciende también a una construcción normativa, es decir, es un aspecto subjetivo porque refiere a la persona pero en el marco de lo objetivo, puesto que la persona en una perspectiva funcionalista es una



elaboración normativa, luego la voluntad como componente del dolo y la exigencia de conducta alternativa (juicio de reproche) no es esa representación del individuo allá en lo psíquico en su imaginario, por demás indemostrable, sino que ésta también es una construcción normativa de acuerdo a su relación especial de sujeción y las competencias funcionales, a ese rol exigibles en el ejercicio de la conducta oficial, constitucionalmente prevista en los artículos 118 y 277, numeral 6°.

Así las cosas, esa imputación de voluntad tiene un carácter objetivo - normativo, dejando atrás la revelación casi siempre hipotética de la voluntad psicológica, básicamente soportada a partir de indicios de aptitud, actitud o concomitantes que si bien orientan con alguna probabilidad la existencia de ella en la comisión de la falta, para nada garantizan más allá de toda duda razonable su concurrencia, nivel de conocimiento exigible para la imposición de la sanción, que en muchos casos afecta derechos fundamentales dando al traste con el principio de dignidad humana en esta especie del derecho sancionador, al solo instrumentalizar al disciplinado con la imposición del correctivo.

En esta propuesta de derecho disciplinario en esencia funcionalista, el dolo es un juicio normativo de imputación o de adscripción del conocimiento que se incorpora al caso en concreto cuando el fallador verifica tres requisitos objetivos, primero, que el disciplinado en el

ejercicio de su conducta oficial, tenía el deber de conocer el riesgo específico en desarrollo de sus competencias funcionales que le faculta y limita, la constitución, la ley y el reglamento, segundo, que tenía la posibilidad de conocer dicho riesgo en virtud al cumplimiento de las exigencias de formación académica y experiencia que exige el cargo estando debidamente capacitado conforme al protocolo establecido, y tercero, que le asistía la imposibilidad de confiar en la no producción del riesgo como consecuencia de una situación de ignorancia supina, desatención elemental, violación de reglas de obligatorio cumplimiento y la inobservancia del cuidado esperado. Al no cumplirse el tercer requisito desaparece la imputación normativa dolosa, tornándose en culposa gravísima en sus tres primeras manifestaciones y culposa grave en el último evento.

Como es notorio en este trabajo investigativo se ha tomado partida por el concepto normativo de dolo como conocimiento exclusivo y excluyente a partir del rol social a que está obligado el servidor público o particular que cumple función pública, carácter funcional del esquema disciplinario como dispositivo reductor de complejidades, donde lo jurídicamente trascendental no es que el sujeto haya querido o no, en su intimidad de conciencia la realización de la conducta, no, dolo es que actúe con el conocimiento de que su proceder reúne los elementos de la infracción típica disciplinaria, no se tiene en cuenta el ánimo subjetivo

psicológico de la voluntad como manifestación del libre albedrío porque además de ser un concepto psíquico indemostrable para la psiquiatría, la psicología y otras ciencias afines, mucho más lo es para el derecho, y apuntaría a una imputación subjetiva de la voluntad que no tiene cabida en un escenario funcionalista, allí, el bastión nuclear es el deber funcional en el campo de aplicación de la conducta oficial, aspecto puramente normatizado.

En el derecho disciplinario funcionalista se defiende una atribución objetiva normativa en dos planos, uno, en el ámbito típico (imputación objetiva) como desvalor de acción aunado a la vulneración de la prescriptiva subjetiva de determinación, desde la teoría del valor y de las normas, respectivamente, y otro, en la culpabilidad, en este último escenario valga decir que aún en esquemas puramente subjetivistas, de manera no expresa pero si real y práctica también se aplica el objetivismo en figuras jurídicas como los tipos imprudentes, allí, no hay aspecto psicológico de voluntad sino normativo al estructurarse la culpa como la infracción al deber objetivo de cuidado, o cuando se sanciona el error de tipo vencible donde lo que se hace exigible no es la voluntad psicológica sino normativa, al considerarse que el disciplinado pudo y debió actualizar ese conocimiento, exigencia nuevamente normativa, la conciencia de la antijuridicidad y la exigencia de conducta alternativa, todos postulados jurídicos de construcción objetiva normativa, ajenos a

esa conciencia subjetiva psicológica del individuo que se predica debe ser demostrada al sujeto que es investigado.

En materia disciplinaria funcionalista el aspecto subjetivo se contrae al conocimiento, en torno a la defraudación de expectativas prescritas en la norma de determinación de las competencias funcionales acordes al rol esperado del servidor público o particular que cumple función pública, es decir, la conducta oficial, consecuente con esto, se desprende que previo al ejercicio de la función, le es exigible a la administración la comprobación también normativa de los requisitos del cargo y la capacitación en la temática propia del ejercicio funcional del empleo a desempeñar para poner a la persona en el punto de aptitud acorde con las expectativas funcionales que el cargo demanda.

Es solo a partir de ese momento, que se adquiere la competencia y aptitud funcional como persona en esa especial relación de sujeción con el Estado, luego en la práctica lo subjetivo se torna normativo, porque el medio de contraste de la persona para el desempeño de la conducta oficial, es la prescriptiva que regula el nivel de aptitud, competencia y exigibilidad, y no su voluntad psíquica, salvo en los casos de inimputabilidad material, puesto que en esos estados alterados de conciencia el sujeto pierde la calidad de persona competente al verificarse que la enajenación mental conduce eficazmente a la incapacidad de comprender la ilicitud del comportamiento y/o de determinarse conforme

a esa comprensión, siempre y cuando guarde vínculo y relación directa con el caso particular en examen, es decir, no existe el inimputable como sujeto para todo acontecer, sino que la inimputabilidad se concretiza para un hecho en particular que tenga directa relación con la particular incapacidad material del sujeto, de lo contrario, a pesar de que el individuo sufra algunas alteraciones, no podrá considerarse inimputable al no existir el señalado vínculo de acto frente a la particular incapacidad de comprensión y/o determinación. Parafraseando al profesor Nodier Agudelo Betancur en sus didácticas clases, al señalar, que no es válido afirmar: *allá va Juan el inimputable*.

## 6. CONCLUSIÓN FINAL

Esta propuesta investigativa presenta un modelo de derecho disciplinario a partir de la teoría general de los sistemas sociales diseñada por el sociólogo alemán Niklas Luhmann, se caracteriza por definir esta especie autónoma e independiente del *ius puniendi* del Estado como subsistema cerrado y autopoietico con enfoque funcionalista, cuya finalidad es garantizar la vigencia de la norma que identifica la sociedad (cualquiera que esta sea), a través del instrumento de la sanción como prevención general positiva. La base para reducir la complejidad de los contactos, estabilizar expectativas sociales y generar confianza de predecibilidad de resultados, es la comunicación.

El diseño reliva la calidad de servidor público o particular que cumple función pública, a quien en virtud a la relación especial de sujeción con el Estado se le considera no individuo, sino persona como constructo normativo, reconociendo sus libertades bajo un referente hegeliano que supone límites a su subjetividad con énfasis en el deber de servicio a la

sociedad en el desarrollo de su rol funcional prescrito en la constitución, la ley y el reglamento, dicho de otra forma, ejercitando la conducta oficial, artículos 118 y 277, numeral 6° de la constitución política.

Considerado el disciplinable en su posición de garante social, se sostiene la determinación del dolo no como ejercicio de demostración psicológica, sino como juicio normativo de imputación o de adscripción del conocimiento exclusivo y excluyente a partir de sus competencias funcionales, que procesalmente se atribuye cuando el fallador verifica probatoriamente la concurrencia de tres requisitos objetivos: I. Que el enjuiciado conforme a su rol funcional tenía el deber de conocer el riesgo no permitido que produjo su resultado; II. Que tenía la posibilidad de conocer dicho riesgo al cumplir con las exigencias académicas y de experiencia del cargo estando debidamente capacitado conforme al protocolo (puro conocimiento potencial inferido); III. Que le asistía la imposibilidad de confiar en la no producción del riesgo como consecuencia de una situación de: 1. Ignorancia supina 2. Desatención elemental 3. Violación de reglas de obligatorio cumplimiento 4. La inobservancia del cuidado esperado.

De lo dicho, en el análisis probatorio del caso en concreto, de no verificarse afirmativamente alguno de los dos primeros requisitos objetivos, la conducta resulta impune, en tanto que de no cumplirse el tercero, decae la imputación normativa dolosa, tornándose en culposa

gravísima en las tres primeras situaciones (ignorancia supina, desatención elemental o violación de reglas de obligatorio cumplimiento), o culposa grave en la última situación, esto es, cuando la imposibilidad de confiar en la no producción del riesgo sea consecuencia de la inobservancia del cuidado esperado. En breves palabras, culpa es dolo degradado al manifestarse la confianza en la no producción del riesgo por alguna de las cuatro condiciones taxativamente señaladas.

Para hacer defendible esta teoría procesal con enfoque normativo del dolo, de manera armónica y en sede de tipicidad, se acudió a la imputación objetiva como expresión de realización o incremento del riesgo no permitido y la verificación de su resultado, dentro de un ambiente funcionalista que concibe tal desapego como comunicación defectuosa de negación como desvalor de acción y vulneración de la prescriptiva subjetiva de determinación, desde las teorías del valor y de la norma, respectivamente, emitida por el disciplinable, y a la sanción como respuesta contra fáctica del subsistema derecho disciplinario del Estado, cuyo fin es el mantenimiento de la vigencia de la norma irradiando socialmente su confiabilidad.

El dialogo de comunicaciones (disciplinable - derecho disciplinario - comunidad), se engrana en un ciclo social de autopoiesis y homeóstasis a partir del racionalismo como postulado de tesis, el empirismo como oposición o antítesis, y el absoluto como resultante de síntesis, en la



dialéctica del derecho disciplinario como subsistema cerrado, reductor de complejidades en el ámbito de aplicación de la conducta oficial, que se caracteriza por su autodeterminación y donde la sociedad armoniza, como su entorno.

Probatoriamente establecido el incremento del riesgo tolerado, el resultado de la conducta con relevancia disciplinaria funcional por el que se tomó partido no es de esencia naturalística, ello corresponde al injusto civil o administrativo (asunto ajeno a la materia de esta tesis), sino aquel exclusivamente normativo que constituye la esfera interna de protección, puro desvalor de acto como contradicción a la ética de la responsabilidad, concurrente con la vulneración de la norma subjetiva de determinación. En virtud a ello, se torna inane distinguir si la conducta fue por acción, por omisión o comisión por omisión, lo nuclear del asunto se contrae al eventual incumplimiento del deber funcional, como comunicación de desapego a la conducta oficial esperada, en grado de ilicitud sustancial.

## BIBLIOGRAFÍA

Asociación Británica de Neurociencias. (2003). Neurociencias. La ciencia del cerebro: una introducción para jóvenes estudiantes. Recuperado de <https://es.slideshare.net/alehlizarraga/neurociencias-15560160>.

Berdugo Angarita, A. E.; Cadrazco Blanquicet, M. J.; Corredor Baldeón E.; Duarte Acosta, J. A.; Mena Martínez, D. J.; Pinzón Navarrete, J. H.; Vergara Pérez, Ch. T. (2013). La imputación objetiva en el Derecho Disciplinario. Revista de Derecho Penal y Criminología, Vol. 34, nro. 97. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 113-157.

Brage Camazano, J. (2004). Los límites a los derechos fundamentales, Dykinson, Madrid (España).

Cancio Meliá, M. (2001). Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza (Argentina).

Congreso de la República de Colombia (05 de febrero de 2002). Ley 734. Diario Oficial No. 44.708 de 13 de febrero de 2002. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia (28 de enero de 2019). Ley 1952. Código Único Disciplinario. *Se derogan la Ley 734 de 2002 y*

*algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.* Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (18 de enero de 2011). Ley 1437.

Diario Oficial No. 47.956 de 18 de enero de 2011. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (19 de diciembre de 2003). Ley

863. Diario Oficial No. 45.415 de 29 de diciembre de 2003. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (24 de julio de 2000). Ley 599.

Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio de 2000. Bogotá.

Congreso de la República de Colombia. (28 de enero de 2019). Ley 1952.

Diario Oficial No. 50.850 de 28 de enero de 2019. Bogotá.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. (23 de marzo

de 2017). Sentencia 2011-00519/2009-2011. Rad.: 11001-03-25-

000-2011-00519-00(2009-11. Sección Segunda. Subsección A. [CP]

William Hernández Gómez. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (01 de febrero del 2012). Sentencia C-

030. [MP] Luis Ernesto Vargas Silva. La Corte. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (06 de noviembre de 2002). Sentencia

C-948. [MP] Álvaro Tafur Galvis. La Corte. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia (08 de mayo de 2013). Sentencia T-266. [MP] Jorge Iván Palacio Palacio. La Corte. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (05 de agosto de 1966). Sentencia C-341.[MP]Antonio Barrera Carbonell. La Corte. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (05 de marzo de 2002). Sentencia C-155. [MP] Clara Inés Vargas Hernández. La Corte. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (24 de agosto de 2004). Sentencia C-796. [MP] Rodrigo Escobar Gil. La Corte. Bogotá.

Corte Constitucional de Colombia. (29 de noviembre de 2006). Sentencia C-988. [MP] Álvaro Tafur Galvis. La Corte. Bogotá.

Gallego Anabitarte, A. (1960). Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. Contribución a la teoría del Estado de derecho. Ponencia presentada, en el Seminario de Derecho Público del profesor MALNZ, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich. Recuperado [webwww.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs](http://webwww.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MAVqs).

García De Enterría, E. (2001). Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid (España). Tomo I.

García De Enterría, E. (2001). Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas, Madrid (España). Tomo II.

Gómez Pavajeau, C. A. (2007). Dogmática del derecho disciplinario. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. Primera edición (2001), tercera edición (2004), cuarta edición (2007) y quinta edición (2012). Bogotá (Colombia).

Gómez Pavajeau, C. A. y Molano López, M. R. (2007) La relación especial de sujeción. Estudios. Universidad Externado de Colombia. Año 2007.

Jakobs, Günter. (1996). Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia).

Jellinek, G. (1914). Teoría general del Estado. Tercera edición. Leipzig (Alemania).

Lesch, H. H. (2001). Injusto y Culpabilidad en Derecho Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia).

López Díaz, C. (2004). Introducción a la imputación objetiva. Universidad Externado de Colombia- Centro de Investigación en Filosofía y Derecho. Bogotá (Colombia). Primera edición, cuarta reimpresión.

- Luna, S. F. (2019). Técnicas neurocientíficas como medio de prueba pericial. *Revista Prolegómenos*, 22(44), pp. 143-154. DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.4160>.
- Montealegre Lynett, E. y Perdomo Torres, J. F. (2013). *Funcionalismo y Normativismo Penal Una introducción a la obra de Günter Jakobs*. Centro de Investigaciones de Filosofía y Derecho Universidad Externado de Colombia. Bogotá (Colombia).
- Ordoñez Maldonado, A. (2009). *Justicia Disciplinaria. De la ilicitud sustancial a lo sustancial de la ilicitud*. Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. IEMP Ediciones. Bogotá (Col.).
- Oxman, N. (2019). El dolo como adscripción de conocimiento. *Política Criminal*. Vol. 14, N° 28, Art. 12, pp. 441-467. DOI: <https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/12/Vol14N28A12.pdf>
- Pinzón Navarrete, J. H. (2016). *La culpabilidad en el derecho disciplinario*. Instituto de Estudios del Ministerio Público. IEMP Ediciones. Bogotá (Colombia).
- Polaino Navarrete, M. (2007). *El moderno funcionalismo jurídico - penal*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. México (México).

Real Academia Española. (2001). Diccionario de la Lengua Española. Mateu-Cromo. Artes Gráficas. Vigésima segunda edición. Madrid (España).

Sánchez Herrera, E. M. (2012). Dogmática practicable del derecho disciplinario, preguntas y respuestas. Tercera edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá (Colombia).

Sánchez Málaga, C. A. (2017). Tesis doctoral, doctorado de derecho y ciencia política. Concepto y delimitación el dolo. Teoría de las condiciones para el conocimiento. Universitat de Barcelona, facultad de derecho. Barcelona (España).

Saza Serrano, C. M. (2009). Teoría General del Derecho Disciplinario. Editorial Temis.

Velásquez Velásquez, F. (1995). Derecho Penal, parte General. Segunda edición. Editorial Temis, Bogotá (Colombia).

Velásquez Velásquez, F. (2009). Derecho Penal, parte General. Cuarta edición. Librería jurídica Comlibros, Bogotá (Colombia).