

**JAIME ARTURO RODRÍGUEZ PEDRAZA**

**GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM EN LA  
RESPONSABILIDAD DEL SERVIDOR PÚBLICO CUANDO EXISTE  
IDENTIDAD DE SUJETO, IDENTIDAD DE OBJETO E IDENTIDAD DE  
CAUSA**

**[Monografía de Maestría En Derecho Con Énfasis En Derecho Procesal  
2013-2014]**

**BOGOTÁ D.C., COLOMBIA**

**2020**

**UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA**

**FACULTAD DE DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN DERECHO PROCESAL**

**2013-2014**

**Rector** **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

**Decana de la Facultad de Derecho:** **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

**Secretaria General:** **Dra. Marta Hinestrosa Rey**

**Director del Departamento de  
Derecho Procesal:** **Dr. Ramiro Bejarano Guzmán**

**Director de monografía:** **Dr. William Monroy Victoria**

**Examinador:** **Dr. Camilo Burbano Cifuentes**

## **DEDICATORIA**

Este trabajo está dedicado a mi familia, lo máspreciado a lo largo de mi vida, mi esposa Nohora Esperanza Rey, mis hijos Sergio Arturo, Ricardo Adolfo y Daniela Esperanza, quienes han sido mis compañeros, amigos y cómplices en los momentos de triunfo, alegría, derrotas y tristeza.

También a la memoria de mi padre, José Hernando, y a mi madre, Ana Josefa, de la cual gracias a Dios aún disfruto.

A la memoria de mis grandes amigos Ricardo Ortiz Lozada y Álvaro Castillo Suarez.

## **AGRADECIMIENTOS**

Mis agradecimientos a la Universidad Externado de Colombia, Facultad de Derecho, a mis docentes, especialmente al Doctor William Monroy Victoria, por sus valiosos aportes y recomendaciones para el desarrollo de este trabajo. También a mi esposa Nohora Esperanza quien siempre me ha apoyado en las disímiles decisiones, ya equivocadas o acertadas, y ha sido mi soporte emocional y moral y gran amor de mi vida. A Sergio Arturo, mi hijo mayor, que en su condición de periodista ha sido mi más enconado apoyo y crítico en este trabajo, sus aportes, correcciones, consejos y exigencias han sido fundamentales y definitivos para el logro de este objetivo. A mi hijo Ricardo Adolfo, futuro médico, que en las situaciones difíciles de salud que tuve este año ha sido mi cuidador, apoyo y fortaleza. A mi hija Daniela Esperanza, profesional en estudios literarios, quien con sus aportes, orientaciones, correcciones y consejos fue un apoyo fundamental en la terminación de este trabajo.

Y finalmente a mis amigos que, de una u otra manera, han estado pendientes de mis logros profesionales y personales.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>VI</b>
<b>1. PRIMER CAPÍTULO: BREVE RESEÑA SOBRE EL PRINCIPIO-GARANTÍA DE NON BIS IN ÍDEM</b> .....	<b>1</b>
<b>2. SEGUNDO CAPÍTULO: EXISTENCIA DE LA GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM EN PROCESOS DISCIPLINARIOS Y PENALES CON IDENTIDAD DE SUJETO, IDENTIDAD DE OBJETO E IDENTIDAD DE CAUSA</b> .....	<b>7</b>
2.1 POSTURAS JURISPRUDENCIA INTERNA .....	14
2.1.1 CORTE CONSTITUCIONAL .....	14
2.1.2 POSTURA DE LA CORTE RESPECTO DEL POSTULADO NON BIS IN ÍDEM.....	15
2.1.3 CONSEJO DE ESTADO .....	34
2.1.4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN.....	36
2.1.5 CÓDIGO ÚNICO DISCIPLINARIO .....	39
<b>3. TERCER CAPÍTULO: SUFICIENCIA DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA PARA LA PROTECCIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, SIN ACUDIR A LA SANCIÓN PENAL COMO ULTIMA RATIO</b> .....	<b>41</b>
<b>4. CUARTO CAPÍTULO: RAZONABILIDAD Y NECESIDAD DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA Y PENAL CUANDO EXISTE IDENTIDAD DE SUJETO, IDENTIDAD DE OBJETO E IDENTIDAD DE CAUSA</b> .....	<b>50</b>
<b>5. QUINTO CAPÍTULO: ANÁLISIS DESDE EL DERECHO EXTERNO SOBRE LA RAZONABILIDAD Y NECESIDAD DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA Y PENAL, EXISTIENDO IDENTIDAD DE SUJETO, IDENTIDAD DE OBJETO E IDENTIDAD DE CAUSA</b> .....	<b>65</b>
5.1 Tribunal Constitucional Español .....	65
<b>CONCLUSIONES</b> .....	<b>80</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>85</b>

## INTRODUCCIÓN

Este trabajo se desarrolla movido por la inquietud en analizar si el principio de NON BIS IN ÍDEM, como garantía procesal, se vulnera o si por el contrario se encuentra plenamente garantizado cuando se ejerce la acción penal y disciplinaria existiendo identidad de sujeto, identidad de objeto e identidad de causa. Aun sabiendo que la jurisprudencia ha sido muy consistente en sostener que no se presenta tal vulneración, pues la acción Penal y la acción disciplinaria, en primer término, son autónomas e independientes y la protección de bienes jurídicos es distinta, de suerte que, en un proceso Penal en el que el sujeto de investigación y sanción sea el mismo en un proceso disciplinario que enmarque los mismo hechos, no significa que deba, o pueda, ser condenado en ambas instancias punitivas o, por el contrario, deba ser absuelto idénticamente, pues se presentan escenarios como que Penalmente sea responsable pero disciplinariamente no, o contrario sensu, y como que finalmente puede ser responsable tanto disciplinaria como penalmente.

Es claro que, la acción disciplinaria puede llegar hasta la destitución e inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos por determinado tiempo y para contratar con el Estado, generando una especie de ‘muerte’ del sujeto para tener relaciones laborales y negociales con el Estado. Aquí nos vemos obligados a hacer referencia a la reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Petro Urrego Vs. Colombia, respecto de las facultades del poder disciplinario y fiscal para inhabilitar y destituir funcionarios públicos de elección popular.

La corte soporta el fallo en los siguientes párrafos:

*“Párrafo 113. Por otro lado, el Código Disciplinario Único prevé en sus artículos 44 y 45 la facultad de la Procuraduría para destituir e inhabilitar funcionarios públicos, y define las implicaciones de dichas sanciones en los siguientes términos: “a) La terminación de la relación del servidor público con la administración, sin que importe que sea de libre nombramiento y remoción, de carrera o elección, o b) La desvinculación del cargo, en los casos previstos en los artículos 110 y 278, numeral 1, de la Constitución, o c) La terminación del contrato de trabajo, y d) En todos los casos anteriores, la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función, por el término señalado*

*en el fallo, y la exclusión del escalafón o carrera”. La Corte ya concluyó anteriormente que una sanción de inhabilitación o destitución de un funcionario público democráticamente electo por vía de autoridad administrativa y no por “condena, por juez competente, en proceso Penal”, es contraria al artículo 23.2 de la Convención y al objeto y fin de la Convención (supra párr. 100). Por las mismas razones, la Corte concluye que el Estado incumplió con sus obligaciones previstas en el artículo 23 de la Convención, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento, por la existencia y aplicación de las normas del Código Disciplinario Único que facultan a la Procuraduría a imponer dichas sanciones a funcionarios públicos democráticamente electos, como fue el caso del señor Petro” (Caso Petro Urrego Vs Colombia, 2020).*

Este pronunciamiento de la Corte es de inusitada trascendencia para nuestro ordenamiento interno, pues si bien es cierto es una garantía de los principios democráticos, también lo es en cuanto genera una enorme responsabilidad a la jurisdicción Penal en términos de eficiencia y eficacia, pues tendrá el derecho Penal que garantizar, a la sociedad colombiana, que los fenómenos de corrupción y mal ejercicio de la función pública, por parte de aquellos funcionarios de elección popular, no se convierta en la generalidad, será entonces responsable este poder punitivo del Estado de investigar, suspender, inhabilitar, destituir y condenar, cuando se tipifiquen conductas consideradas en el actual ordenamiento disciplinarios como faltas gravísimas.

**“Párrafo 114.** *Por otro lado, el Tribunal constata que el artículo 60 de la Ley 610 de 18 de agosto de 2000 señala que “la Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él”. Asimismo, dicho artículo señala que no se podrán posesionar en cargos públicos “quienes aparezcan en el boletín de responsables” hasta que se cancele la sanción. Para efectos del presente análisis, esta norma debe ser entendida en su relación con el artículo 38 del Código Disciplinario Único, el cual prevé que “[t]ambién constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes: [...] 4. Haber sido declarado responsable fiscalmente”. De lo anterior se concluye que, aun cuando las facultades de la Contraloría no contemplan la atribución directa para destituir o inhabilitar funcionarios públicos de elección popular, las sanciones pecuniarias que pueden imponer, cuando estas resultan en la obligación de realizar el pago de una deuda fiscal de alta cuantía, como sucedió en el caso del señor Petro, pueden tener el efecto práctico de inhabilitarlo en virtud de lo dispuesto en el artículo 38 del Código Disciplinario Único y de la prohibición a los funcionarios competentes de dar posesión a quienes aparezcan en el boletín de responsables fiscales” (Caso Petro Urrego Vs Colombia, 2020).*

**“Párrafo 115.** *En relación con lo anterior, la Corte concluye que las sanciones impuestas por la Contraloría pueden tener el efecto práctico de restringir derechos políticos, incumpliendo así las condiciones previstas en el artículo 23.2 de la Convención y que han sido reiteradas en la presente sentencia. En esa medida, el Tribunal considera que el artículo 60 de la Ley 610 de 2010 y el artículo 38 fracción 4 del Código Disciplinario Único son contrarios al artículo 23 de la Convención Americana, en relación con el artículo 2 del mismo instrumento” (Caso Petro Urrego Vs Colombia, 2020).*

Lo que se presenta en el fallo, supone un reto importante que se impone al ejercicio del control fiscal, ya que exige buscar mecanismos que permitan la vigilancia y la protección efectiva de los recursos públicos. Acá, entre tantos interrogantes que ha generado este fallo, podríamos pensar si se puede estructurar una especie conexas más directa entre el daño fiscal y la responsabilidad Penal, para que surja una respuesta pronta cuando el órgano de control fiscal advierta la existencia del detrimento al patrimonio del Estado y lo ponga en conocimiento de la jurisdicción Penal.

**“Párrafo 116.** *Asimismo, el Tribunal advierte que la Ley 1864 de 2017 modificó la Ley 599 del 2000 del Código Penal, para incluir delitos relacionados con los mecanismos de participación democrática. En el artículo 5 de la citada ley se dispuso la modificación del artículo 389 del Código Penal a fin de establecer el tipo Penal de “elección ilícita de candidatos”, que consiste en lo siguiente: “[...] El que sea elegido para un cargo de elección popular estando inhabilitado para desempeñarlo por decisión judicial, disciplinaria o fiscal incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años y multa de doscientos (200) a ochocientos (800) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. La Corte nota que esta norma, si bien no reconoce facultades para la restricción de derechos políticos, ni fue aplicada en el caso concreto del señor Petro, puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, constituyendo así un riesgo para sus derechos políticos y los de sus electores. En este sentido, el Tribunal considera que el artículo 5 de la Ley 1864 de 2017, en tanto puede generar el efecto de inhibir a una persona para postularse a un cargo público de elección popular cuando haya sido objeto de una sanción disciplinaria o fiscal, pues podría incurrir en un delito sancionado con una pena de 4 a 9 años de prisión, constituye un incumplimiento del artículo 23 de la Convención Americana en relación con el artículo 2 del mismo instrumento” (Caso Petro Urrego Vs Colombia, 2020).*

Esta norma se había convertido en un muro de contención para evitar que personas, que han ejercido la función pública y han sido sujetos de inhabilitación, pudieran llegar a ejercer cargos de elección popular. En una primera observación se podría concluir que la Corte arrasó con uno de los mecanismos

más efectivos contra la formación de empresas político-criminales que venían cooptando el poder político especialmente en los entes territoriales, con un agravante, la proliferación de elecciones atípicas. Pero la trascendencia de este último párrafo, que sirve de sustento al fallo, analizado someramente surgirá cuando, por vía de diversas interpretaciones, se pueda llegar a pensar que en Colombia se acabó el régimen de inhabilidades para aspirar a cargos de elección popular. Enorme responsabilidad se impone al estado de derecho para solucionar esta disyuntiva jurídica, presentada por la Corte Interamericana en este, como ya se ha dicho, trascendente pero discutible pronunciamiento.

La postura de la Corte sin duda nos obliga a repensar posiciones analizadas en nuestro trabajo, nos invita a una revisión más serena de lo que tenemos en nuestro ordenamiento interno y proponer alternativas para que, sin que se rompa el principio democrático, se garantice a la sociedad que quienes llegan a ejercer la función pública, por la vía de elección popular, sean las personas que realmente merecen estar allí.

Ya será, en nuestros capítulos 4 y 5 que se verá sustancialmente replanteado lo pensado inicialmente gracias al fallo en análisis, pues allí precisamente tratamos de Explicar la razonabilidad y necesidad de la sanción disciplinaria y Penal cuando existe identidad de sujeto, identidad de objeto e identidad de causa y se pretende un análisis desde el derecho externo sobre la razonabilidad y necesidad de la sanción disciplinaria y Penal, igualmente cuando se presenta la triple identidad.

Seguramente llegaremos a concluir las altas Cortes, la Procuraduría General de la Nación, mantienen criterios sólidos respecto a que el principio NON BIS IN IDEM se mantiene incólume dada la independencia de las dos instituciones punitivas, la penal y la disciplinaria, fundada en los objetivos distintos perseguidos y desde luego, la diferencia de los bienes jurídicos que protegen y que esa independencia en el derecho interno mantiene una marcada diferencia con el derecho sancionatorio español y chileno, pues allá el poder

sancionatorio Disciplinarios está sometido al poder penal y debe ceder bajo las circunstancias de identidad fáctica.

También podremos llegar a concluir que la garantía del principio genera preocupación en algún sector de la doctrina y de los litigantes, pues en el derecho punitivo sancionatorio interno es muy difusa la posibilidad de tener certeza cuál es la suficiencia de la acción disciplinaria y cuando y como es necesario activar el poder penal para garantía de los bienes jurídicos tutelados.

## 1. PRIMER CAPÍTULO: BREVE RESEÑA SOBRE EL PRINCIPIO-GARANTÍA DE NON BIS IN ÍDEM

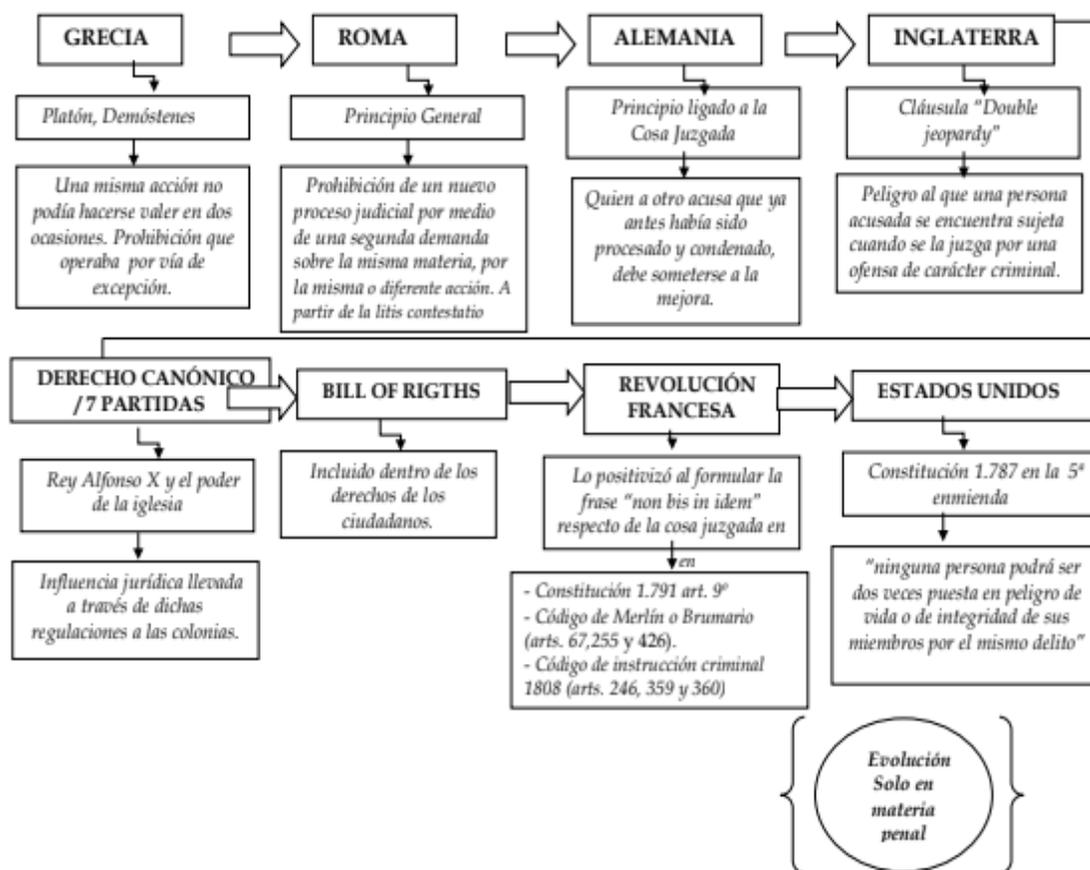
Se ha sostenido que el principio *NON BIS IN ÍDEM* presenta su inicio, origen y nacimiento jurídico en el:

*“derecho romano, con el propósito de proteger a los ciudadanos romanos de los excesos o doble persecución por parte de los administradores de justicia, prohibiéndose expresamente la duplicidad de penas o sanciones, ya sean estas punitivas o pecuniarias, cuando se desprenda de una misma compatibilidad de sujeto, los mismos hechos, el mismo tiempo y sobre todo la misma fundamentación jurídica, con la finalidad de evitar ser juzgado y sancionado dos veces por la misma causa o materia alcanzando la garantía estatal de cosa juzgada” (Samuel, 2017).*

Para España, según José Antonio Rodríguez Martínez, la Constitución de 1978 no recogió el principio *NON BIS IN ÍDEM*, pero la doctrina ha defendido su vigencia por entender que la formulación de la doble sanción está implícita en el propio principio de legalidad del artículo 25 de la Constitución vigente, que vetaría una tipificación simultánea de iguales conductas con los diferentes efectos sancionadores (García de Enterría), o también implícito en el principio de exigencia de racionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos contenido en la norma del artículo 9.3 de la Constitución española.

Veamos como la doctora ANGELA MARIA JIMENA JIMENEZ-GARCIA en su artículo titulado “¿En Colombia se respeta el principio *NON BIS IN ÍDEM* ?” publicado en la Revista Principia Iuris, ISSN Impreso 0124-2067 / ISSN En línea 2463-2007 Julio-diciembre 2015, Vol. 12, No. 24 - Págs. 39 – 57, nos presenta en el siguiente cuadro una línea muy completa de la evolución histórica del principio que nos permite ver la consistencia de este a través de diferentes etapas de las civilizaciones.

Figura No. 1. Evolución del principio *Non bis in idem*.



Fuente: Autor.

(García, 2015).

Adentrándonos un poco a nuestro derecho interno, Colombia suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto De San José) la cual fue aprobada en nuestro ordenamiento mediante la ley 16 de diciembre de 1972. Convención que, en el numeral 4 del del artículo octavo, dispone que “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos” (Pacto de San José, 1972, art. 4). De igual forma el Estado colombiano es parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la ley 74 de diciembre de 1968, pacto que en el artículo

14.7 establece que “nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento Penal de cada país” (Ley 74, 1968, art. 14.7).

No se observa, en el ordenamiento constitucional que rigió en nuestro país antes de la Constitución de 1991, la consagración del principio en análisis, lo que nos lleva a pensar que este solo tenía obligatoriedad de aplicación en virtud de los convenios multilaterales suscritos y ratificados por el Estado colombiano.

Es prudente observar, que el artículo 8.4 de la convención establece que el “inculpado absuelto” tiene la garantía del principio *NON BIS IN ÍDEM*, sin hacer referencia a quien haya sido condenado. Una lectura desprevenida del artículo podría llevarnos a pensar que la interpretación ha de ser restrictiva, pero la jurisprudencia y la doctrina han dado una interpretación extensiva y garantista que, además, se ve complementada con lo que establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 14.7, pues allí se contempla a quien ha sido “condenado absuelto”. Pero como se afirmó estas aparentes interpretaciones restrictivas se han superado y el tema es pacífico respecto incluso que, no solo se aplica respecto del derecho Penal, sino que se hace extensivo a todo el poder punitivo del Estado.

La Constitución de 1991 en el artículo 29 dispone que “el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas” (Const., 1991, art. 29), y que “quien sea sindicado tiene derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho” (Const., 1991, art. 29) esta estipulación constitucional es no nada distinto a la consagración del Principio del *NON BIS IN ÍDEM* como derecho fundamental y garantía procesal.

Las doctoras María Lourdes Ramírez Torrado y Paola Álvarez en un artículo titulado ‘**El principio *NON BIS IN ÍDEM* en el derecho disciplinario del abogado**’, publicado en la Revista *Ius et Praxis* vol.21 no.1 Talca 2015, han

hecho un muy importante recuento de los debates que se llevaron a cabo en la Asamblea Nacional Constituyente para llegar a la incorporación del principio en el artículo 29 constitucional; el cual nos permitimos presentar de manera textual por su importancia histórica:

*“Se suscitaron varios debates al interior de la Asamblea Nacional Constituyente. De hecho, si bien en la sesión del 15 de junio de 1991 se aprobó el artículo 29 constitucional tal como hoy lo conocemos, en el primer proyecto presentado al respecto (cuyo autor fue el Gobierno Nacional), se manifestaba que todo acusado tiene derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa. Posteriormente los constituyentes Juan Gómez Martínez y Hernando Londoño presentaron un nuevo proyecto, el cual, si bien desarrollaba el debido proceso, no contenía alusión alguna a la posibilidad de doble juzgamiento. Lo mismo ocurrió con el proyecto que posteriormente presentará Alfredo Vásquez Carrizosa.*

*Ahora bien, ya en el acto reformativo 050, entre cuyos autores está Antonio Navarro, aparece como garantía procesal el no poder ser procesado Penalmente dos veces por el mismo hecho. Así mismo se aclara en un párrafo que las garantías fundamentales constitucionales prescritas serían aplicables en lo pertinente a todo tipo de procesos.*

*Posteriormente fueron presentados otros proyectos de actos reformativos. En uno cuyo autor fue Guillermo Plazas Alcid, se expresa que toda persona a la que se imputa un hecho punible tiene derecho a no ser sometida a un nuevo proceso por el mismo hecho, aun cuando a éste se le dé una denominación distinta, con excepción de lo previsto para el recurso extraordinario de revisión, la sentencia proferida en el exterior tendrá el valor de cosa juzgada en Colombia, salvo excepciones legales. En otro se propone que: "toda persona acusada de un delito tiene derecho a no ser juzgada dos veces por la misma causa".*

*Por lo demás, debe destacarse que, al aprobarse en primer debate por la subcomisión a la que le correspondía su estudio del artículo correspondiente al debido proceso, no se incluyó alusión alguna al NON BIS IN ÍDEM, lo que mereció aclaración del constituyente Pastrana Borrero. Igualmente, Augusto*

*Ramírez Ocampo hizo una propuesta al respecto, lográndose así que el 19 de abril se aprobara por unanimidad el artículo que incluía el principio en cita, el cual, el 16 de mayo siguiente, fue incluido también en una norma que consagraba el derecho de defensa, pero con una variación relevante en cuanto a redacción y contenido. Existía el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta.*

*Luego, los días 25 y 27 de mayo, se regresó al derecho a no ser juzgado dos veces por la misma causa, aunque al mismo tiempo la Sección Cuarta aprobó, como principio de la administración de justicia, que dentro del derecho Penal se garantizaría el derecho de defensa que implica el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.*

*Es importante destacar que el constituyente Hernando Londoño Jiménez rindió un informe sobre la "aplicación de los principios fundamentales del derecho Penal en toda actividad punitiva del Estado", en el cual destaca que el carácter del órgano que impone la sanción no altera la naturaleza del acto punitivo, pues ninguna diferencia ontológica se aprecia entre sanciones administrativas y jurisdiccionales, comoquiera que unas y otras afectan intereses esenciales de la persona.*

*Por lo demás, en el informe comentado el constituyente Londoño Jiménez recordó la providencia de la Corte Suprema de Justicia del 7 de marzo de 1985, en la que, con ponencia de Manuel Gaona Cruz, dicha corporación destacó que el derecho punitivo es una disciplina de orden jurídico que absorbe, como género, cinco especies a las cuales son aplicables las garantías señaladas en la Constitución y en la legislación Penal sustantiva y procesal que la desarrolle.*

*Entre esas garantías, obviamente se encuentra la de NON BIS IN ÍDEM, con la claridad, hecha en esa oportunidad por la colegiatura señalada, que no por la misma conducta, sino en relación con esta, con prohibición de doble sanción por la misma especie punible" (Ramírez & Álvarez, 2015).*

Se desprende de lo anterior que no fue pacífica la discusión respecto de la forma como se proponía incluir la garantía en el ordenamiento constitucional,

pero que claro que la intención era siempre la de su consagración como derecho fundamental como en efecto se logró.

Desde entonces la jurisprudencia y la doctrina se han encargado de decantar la estructura y aplicación del principio en el desarrollo del poder punitivo del Estado colombiano, y hoy se encuentran posturas muy concordantes, especialmente cuando se trata de la garantía de este. en las diferentes expresiones de ius puniendi pues así lo veremos el discurrir del presente trabajo al analizar las posiciones de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y la Procuraduría General de la Nación.

## 2. SEGUNDO CAPÍTULO: EXISTENCIA DE LA GARANTÍA DEL PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM EN PROCESOS DISCIPLINARIOS Y PENALES CON IDENTIDAD DE SUJETO, IDENTIDAD DE OBJETO E IDENTIDAD DE CAUSA

La garantía del principio de *NON BIS IN ÍDEM* en nuestro ordenamiento interno ha sido una preocupación jurisprudencial y doctrinal, pero además que, a diferencia de otros ordenamientos como el español, este principio está claramente expresado en el inciso tercero del artículo 29 de nuestra Constitución Política cuando estatuye:

*“Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”* (Const, 1991, art. 29) (énfasis fuera de texto).

Observamos que el ordenamiento superior ha establecido que el juzgamiento sólo podrá llevarse a cabo una sola vez por un mismo hecho, pero cuando hablamos de la preocupación doctrinal y jurisprudencial nos orientamos hacia el ejercicio del ius puniendi del Estado para juzgar a los ciudadanos en distintas jurisdicciones por conductas que tienen como estructura unos o un mismo hecho y como autor un mismo sujeto, que ha de responder ante la facultad sancionadora administrativa del Estado, es decir, la llamada jurisdicción disciplinaria, por desconocer los postulados y principios, que enmarcan el ejercicio de función pública, pero si esa misma conducta refiere un atentado contra el bien jurídico administración pública cuyo titular es el Estado, necesariamente deberá responder por ese mismo hecho o hechos ante la jurisdicción Penal. Surge, entonces, la discusión si al ser enjuiciado el sujeto activo desde perspectiva disciplinaria y Penal se vulnera el principio de *NON BIS IN ÍDEM*, entendido como garantía fundamental del debido proceso. Para entender tan importante preocupación a continuación haremos un recorrido por la doctrina y la jurisprudencia, no sin antes ver, desde esa misma

perspectiva, la estructura del principio, así como los postulados que le permiten actuar como garantía fundamental del debido proceso.

Las doctoras María Lourdes Ramírez y Paola Álvarez en su artículo titulado “El principio *NON BIS IN ÍDEM* en el derecho disciplinario del abogado, en Colombia” publicado en la Revista *Ius et Praxis*, Año 21, N.º 1, 2015, pp. 345 – 376 proponen la siguiente estructura del principio.

*“La finalidad del principio de evitar la duplicidad de castigos (o procedimientos) por una misma actividad determina que tales requisitos estén relacionados con los siguientes aspectos:*

*1ª) El principio opera en el ejercicio del ius puniendi estatal, lo que significa que la medida, aunque sea desfavorable, debe ser de naturaleza punitiva.*

*2ª) Debe existir una relación de identidad de: sujeto, hecho y bien jurídicos.*

*Debido a la excepcional eficacia del principio, por significar la inaplicación de una norma sancionadora o del doble procedimiento, se hace imprescindible la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos” (Ramírez & Álvarez, 2015).*

Para desarrollar la estructura plantean el siguiente análisis:

*“La aplicación del principio de NON BIS IN ÍDEM presupone la concurrencia de dos o más actuaciones punitivas efectivas diferentes, conducentes a la imposición de una sanción. Pudiendo revestir estas últimas diversas modalidades tales como: multa, decomiso, destrucción de la cosa, inhabilitación (C-028/2006), cierre de establecimientos, entre otras. Por lo tanto, no opera cuando alguna de las consecuencias no tiene la consideración de sanción administrativa. Es el caso de: medidas restitutorias de la legalidad, la responsabilidad civil, las medidas provisionales, la confesión presunta, la acción de repetición, la privación de beneficios, los intereses moratorios, la constitución de garantías, o la responsabilidad fiscal, entre otras” (Ramírez & Álvarez, 2015).*

Obsérvese que es imperativo que, para que surja la activación del principio, debe concurrir pluralidad de acciones distintas con carácter punitivo que claramente conduzcan a una sanción, más no se activa frente entre otras acciones como las restitutorias, como las de carácter patrimonial especialmente la responsabilidad fiscal, la responsabilidad civil y la acción de repetición.

Respecto de la responsabilidad civil por acciones u omisiones típicas, Ramírez y Álvarez, plantean citando a Bentacor Rodríguez:

*“Otro es el supuesto de la responsabilidad civil que tiene por finalidad el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta u omisión típica. Respecto a la concurrencia de estas instituciones se pronuncia Betancor Rodríguez, “un mismo hecho puede ser merecedor de una sanción administrativa y desencadenar la responsabilidad civil por los daños producidos,*

*pero se trata de la coincidencia de dos instituciones jurídicas sobre un mismo hecho y las consecuencias jurídicas que llevan aparejadas sirven a fines distintos: en el primer caso, la finalidad represiva, mientras que en el segundo es reparadora” (Ramírez & Álvarez, 2015)*

Continuando con el análisis de las diferentes acciones del poder sancionatorio del Estado, llama poderosamente la atención cuando hacen referencia a las medidas provisionales, y explican que:

*“Aquellos instrumentos que tienen como finalidad que no se continúen afectando o colocando en peligro los intereses de la Administración. Esta situación ha sido analizada entre otras ocasiones, **afirmando que tales medidas no quiebran el postulado, en tanto concurren con las sanciones, en la medida en que no ostentan una naturaleza punitiva, “ni comportan un juicio sobre la conducta de las personas a las que se les aplica, sino que corresponden simplemente a la constatación de hechos objetivos, que pueden llegar a afectar el buen funcionamiento de las instituciones”**. Muestras de esta situación sucede cuando la normativa contempla la suspensión para aquellas personas que han cometido conductas calificadas como gravísimas, y son suspendidas de sus actividades en tanto se adelanta el procedimiento administrativo sancionador” (Ramírez & Álvarez, 2015) (énfasis fuera de texto).*

Se presenta diáfana esta afirmación pues las medidas provisionales buscan garantizar que cese la afectación, se eviten daños mayores o se ponga en peligro el funcionamiento de la administración y, desde luego, no tienen carácter punitivo, por el contrario nos atreveremos a plantear que, son como lo dicen las autoras, esos son “instrumentos” accesorios o auxiliares de las acciones punitivas propiamente dichas, y claro, dado ese carácter, no son el juicio de conducta que se estructura sino más bien un subconjunto de este.

Continuando con el análisis estructural del postulado las tratadistas, en cita, plantean la segunda condición para que se active la aplicación del principio que la llama **La identidad de la actividad como presupuesto de la aplicación del Principio**, que “consiste en la necesidad de identidad, tanto en el plano subjetivo, objetivo y de bien jurídico” (Ramírez & Álvarez, 2015). A continuación, veamos cómo desarrollan cada una de estas identidades, las cuales nos vamos a tomar la licencia de transcribir textualmente, para luego, si es del caso, fijar una posición, pues lo que buscamos es tener clara la

estructura del postulado, para luego adentrarnos en el análisis propio de nuestro trabajo:

**“Identidad subjetiva.** La aplicación del principio de NON BIS IN ÍDEM exige que el poder sancionador sea ejercido en sede de una misma persona. A simple vista, la verificación de este elemento no presenta mayores inconvenientes, pues únicamente demanda que el sujeto pasivo sobre el que haya recaído o puede recaer una doble sanción o un segundo proceso sancionador sea la misma persona, con independencia del título de culpabilidad que resulte de la aplicación. Por consiguiente, basta con corroborar las características físicas e identidad del sujeto.

No obstante, esta simplicidad de los argumentos relacionados con la comprobación de la identidad subjetiva se quiebra en supuestos en los que una misma persona interviene en ejercicio de distintos títulos jurídicos. Entonces la identidad en comento no se circunscribirá a los rasgos que hacen a un individuo como único e irrepetible y que lo identifican y diferencian de otro, sino que la referida igualdad se podrá predicar, igualmente, en aquellos supuestos en que dos o más sujetos se encuentren vinculados a través de determinada relación que obligue a la Administración a considerarlos como un solo sujeto. Con esto nos referimos a la identidad subjetiva desde un plano jurídico. Son varias las hipótesis que se presentan respecto de la identidad subjetiva desde una óptica jurídica. Caso de la identidad entre los órganos de representación de las personas morales y la propia entidad, la identidad surgida por las obligaciones solidarias, o el supuesto de las diversas calidades que puede tener un individuo ante la Administración 41. Sin embargo, será esta última la que tiene relación directa con este trabajo.

De este modo, en el marco de cualquier tipo de actividad que se encuentre controlada por la Administración, una misma persona puede tener una relación pura y simple con esta, que se inserta en aquellas relaciones denominadas como de sujeción general; y a su vez podría estar vinculada con la Administración a través de una relación de sujeción especial. En esta hipótesis la cuestión a determinar es si se comprende que se reitera el poder sancionador de la Administración cuando se impone una sanción a la persona, en tanto como administrado general, y otra en razón de su vinculación especial con la Administración, por un mismo hecho. Frente a este interrogante la solución de la Corte Constitucional es pacífica, ya que está plenamente aceptado por la doctrina constitucional que una persona que se encuentra encargada de la protección de ciertos bienes jurídicos, y asimismo deba cumplir con los mandatos generales como ciudadano común, puede ser sancionada doblemente consecuencia de un mismo hecho. Lo anterior, teniendo en cuenta que a pesar de tratarse de un mismo sujeto éste mantiene con la Administración una relación diversa a la que sostiene con aquella en tanto que ciudadano. Por tanto, no existe una identidad subjetiva jurídica en el caso en cuestión.

**Identidad del bien jurídico tutelado.** La identidad en el bien jurídico protegido en las infracciones administrativas es el segundo elemento necesario para que el principio NON BIS IN ÍDEM opere. Queremos decir con ello, que para que una persona sea sancionada o se le siga un doble proceso, tanto la segunda

sanción, como el segundo procedimiento deben responder a bienes jurídicos diversos.

Este elemento lejos de presentar una claridad deseada se muestra un tanto oscuro en algunos aspectos como son: su denominación y objeto de aplicación. La falta de una claridad deseada se evidencia de igual modo en la legislación sectorial que no se ocupa de la cuestión.

Frente al interrogante: ¿Qué bien jurídico conforma el segundo requisito del NON BIS IN ÍDEM?, respondemos que no hay una respuesta contundente, en la medida en que la doctrina constitucional ha limitado exclusivamente sus esfuerzos a precisar los alcances de este requisito, en el caso de los efectos del NON BIS IN ÍDEM interespecie. Sin embargo, no se ha adentrado en la extensión del requisito al interior del sector netamente administrativo.

Entonces, en el caso del bien jurídico inter-especie, este asunto ha sido tratado de forma pacífica por la doctrina constitucional en la medida que ha identificado como bienes jurídicos diversos los protegidos por las distintas jurisdicciones. Nos referimos con estas últimas a: la Penal, administrativa: correctiva o disciplinaria, que salvaguardan intereses diversos, ya que confrontan normas de categoría, contenido y alcance distinto.

Esta cuestión se ha justificado; ya que de sancionar una sola vez al administrado que lesiona con su actuación diversos sectores del ordenamiento se dejarían impunes las agresiones de los bienes jurídicos, protegidos por los distintos sectores, con la inevitable consecuencia de generar una alarma social sobre “las políticas y acciones de la justicia administrativa y judicial”. De otra parte, en lo que corresponde con el bien jurídico intra especie, al no existir una respuesta por parte del legislador, como tampoco de la doctrina constitucional sobre el alcance del bien jurídico al interior del derecho administrativo, se suscita la cuestión de determinar cuál es el bien jurídico relevante como elemento integrante del principio en cuestión: ¿Será acaso el que protege las infracciones independientemente consideradas o, por el contrario, será aquel que se encuentra comprendido en una norma en su conjunto?

La primera opción está orientada a analizar cada uno de los elementos normativos que constituyen la infracción, pues en la medida que dichos elementos queden definidos claramente en la descripción típica, el legislador asegurará la protección del bien jurídico. En este sentido, se puede recurrir a la afirmación planteada por Jescheck: “el bien jurídico es el concepto central del tipo, en torno al que giran todos los elementos objetivos y subjetivos y, un importante instrumento de la interpretación.

Podríamos enfrentarnos a dos o más infracciones que si bien a simple vista parecieran iguales contienen elementos normativos que las diferencian y hacen posible la reiteración punitiva o la dualidad de procedimientos. En este caso vale la pena traer a colación el ejemplo previsto por Nieto García, el autor sostiene que las comunidades autónomas españolas, conscientes de la importancia de la protección del medio ambiente y de la repercusión que pueden traer los vertidos al mar en la pureza del agua, han dictado normas que sancionan conductas muy parecidas a las previstas en normativas ambientales, pero cuidándose de incluir elementos que las diferencien.

Resultado de la aplicación de este camino, el trabajo del operador jurídico será el de analizar detalladamente los ingredientes normativos que el legislador haya incluido en cada una de las infracciones para determinar si estamos ante una

*conducta que lesiona un mismo bien jurídico o, por el contrario, se trata de dos bienes jurídicos diversos. Pues en la medida que estos rasgos hayan sido previstos en el mismo tipo podremos establecer si nos enfrentamos al mismo bien o si, por el contrario, hacemos frente a dos bienes que, aunque muy cercanos buscan salvaguardar intereses diversos para la comunidad. Esta parece ser la postura de la Corte Constitucional que ha exigido la identidad de los fundamentos normativos como requisito indispensable del NON BIS IN ÍDEM.*

*De otra parte, en el segundo caso, cuando el camino escogido es el de interpretar el contenido del concepto de bien jurídico desde el conjunto de la norma y no desde los elementos normativos que integran la infracción se nos impone una lectura diversa. En este caso, de lo que se trata es de dos normas que contienen una descripción típica muy semejante y que a primera vista pareciera proteger el mismo bien jurídico. En este sentido, se optaría por la lectura del texto normativo en su conjunto para a partir de ahí desentrañar la verdadera intención del legislador y con ello precisar el bien jurídico que se buscaba proteger. Para lograr este objetivo, nos debemos remitir a los antecedentes que motivaron la norma o los debates legislativos que se dieron durante su proceso de elaboración o a su exposición de motivos, con el fin de indagar por el bien jurídico que el legislador intentó preservar en la ley.*

*Sin embargo, somos de la opinión que esta solución es solo posible para los casos en que la descripción del tipo legal no solucione la cuestión. Pues estamos convencidos que lo realmente importante es que el bien jurídico se haya plasmado en el tipo en concreto; y solo en la medida que éste se encuentre comprendido en la respectiva infracción, podrá ser protegido.*

*No obstante, somos conscientes que si las infracciones aludidas no entregan una solución a la cuestión no nos serviría de nada acudir simplemente a lo consagrado en la infracción, pues al ser exactamente iguales nuestra duda no sería aclarada. Por lo anterior, nos vemos obligados a recurrir al cuerpo de la norma o igualmente a la exposición de motivos del texto legal para desentrañar el espíritu del legislador.*

**Identidad objetiva o fáctica.** *Esta condición se erige como el tercer requisito del principio y significa que un hecho no puede ser sancionado o procesado en dos ocasiones. Es en el elemento objetivo o fáctico donde se observa con mayor nitidez el origen procesal del principio, porque esta faceta ha marcado profundamente el significado del requisito en el ámbito material, hasta el punto de confundirlo en ocasiones.*

*En lo que respecta a la faceta material del principio, se da en el evento en que, al administrado, no se le haya abierto ningún proceso administrativo, pero que con su actuación se le pueden abrir dos o incluso más expedientes por autoridades administrativas diversas. Es esta oportunidad, aun cuando no existe una quiebra del principio, ya que no se ha impuesto una sanción o se ha abierto un proceso, el administrado se podría encontrar, ad-ports, de que ello ocurriese.*

*La identidad fáctica como requisito del principio NON BIS IN ÍDEM puede tener dos lecturas. La primera de ellas se refiere a la normativa, y la segunda a la histórica de los hechos. Sin embargo, la interpretación que se ha impuesto ha sido la normativa, en la que interesan los hechos con relevancia normativa, es decir, aquellas situaciones que tengan determinadas características que se*

*ajustan al bien jurídico protegido en la infracción, y no los hechos desde una perspectiva espaciotemporal o histórica (León Villalba: 1998). Y la perspectiva procesal del principio que corresponde a la prohibición que una persona soporte juicios sucesivos o simultáneos por el mismo hecho. En la T-162/ 1998 se estableció: “esas particularidades fueron señaladas como la identidad de: i) motivos; ii) juicios; iii) hechos, iv) asunto v) objeto y vi) causa” (Ramírez & Álvarez, 2015).*

Después de tener clara la estructura del precepto en estudio, es oportuno analizar las posturas jurisprudenciales de las diferentes Cortes internas y desde luego de la Procuraduría General de la Nación.

## 2.1 POSTURAS DE LA JURISPRUDENCIA INTERNA

### 2.1.1 CORTE CONSTITUCIONAL

#### SENTENCIA T- 413 DE 1992

Esta sentencia surge en razón a que un abogado:

*“Interpuso acción de tutela ante el Tribunal Disciplinario el 9 de diciembre de 1991. Con ella, pretendió que se tutelarán sus derechos fundamentales, que consideraba violados por la sentencia del 3 de octubre de 1991, por la cual dicho Tribunal le impuso la sanción de suspensión en el ejercicio de la profesión de abogado por el término de 2 años, por haber infringido una norma del Estatuto del Ejercicio de la Abogacía (Decreto 196 de 1971). La norma presuntamente violada por el peticionario es aquella que prohíbe, en salvaguardia de la lealtad con el cliente: **"adquirir de él, parte de su interés en causa, a título distinto de la equitativa retribución de los servicios y gastos profesionales"** (Corte Constitucional, T-413, 1992).*

*Los derechos fundamentales que el abogado considera violados son los contemplados en los artículos 31, 58, y 29 de la Constitución Nacional. Porque el Tribunal le agravó la pena de 6 meses que en primera instancia le había impuesto la Sala Disciplinaria del Tribunal Superior de Cundinamarca; atentó contra su derecho a la propiedad privada; algunas notificaciones se hicieron en forma irregular y se le juzgó dos veces por el mismo hecho, en la **jurisdicción Penal y la disciplinaria**. Por último, considera que el Tribunal Disciplinario desapareció desde el momento en que entró a regir la constitución de 1991 y sus funciones fueron trasladadas al Consejo Superior de la Judicatura. Por lo tanto, fue sancionado por una entidad que había perdido jurisdicción y competencia para ello” (Resaltado fuera de texto), (Corte Constitucional, T-413, 1992).*

## 2.1.2 POSTURA DE LA CORTE RESPECTO DEL POSTULADO *NON BIS IN ÍDEM*

*“No se viola el principio NON BIS IN ÍDEM, por cuanto el juicio realizado en dos jurisdicciones distintas implica una confrontación con normas de categoría, contenido y alcance distinto. El juez disciplinario evalúa el comportamiento del acusado, con relación a normas de carácter ético, contenidas principalmente en el Estatuto de la Abogacía. Por su parte, el juez Penal hace la confrontación de la misma conducta, contra tipos Penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones. Por ello, es posible, como sucedió en este caso, que el juez Penal haya absuelto y, por su parte, el juez disciplinario haya condenado” (Corte Constitucional, T-413, 1992).*

En este escenario la Corte ha aplicado la identidad del bien jurídico tutelado y especialmente “el bien jurídico inter especie” (Ramírez & Álvarez, 2015), pues ha tomado este sendero separando claramente la decisión tomada en la jurisdicción disciplinaria y la de la jurisdicción Penal bajo el entendido que la primera evalúa la conducta desde la perspectiva ética en el ejercicio de la profesión en observancia de los postulados del estatuto del abogado, en tanto que la segunda confronta esa misma conducta, sostiene la Corte, con:

*“tipos Penales específicos que tienen un contenido de protección de bienes jurídicamente tutelados en guarda del interés social. Así que tanto la norma aplicable, como el interés que se protege son de naturaleza distinta en cada una de las dos jurisdicciones” (Corte Constitucional, T-413, 1992).*

Esta postura de la Corte genera una incertidumbre, pues no se precisa la diferencia respecto de las protecciones perseguidas con el bien jurídico tutelado y surge, en consecuencia, un interrogante ¿acaso los postulados éticos contenidos en el estatuto de la abogacía no persiguen la guarda del interés social, como sostiene la Corte, respecto de los bienes jurídicos tutelado Penalmente? Se podría pensar, entonces, bajo la premisa de la Corte, que solamente el derecho Penal está llamado proteger el interés social cuando es este, precisamente el último extremo punitivo a que debe acudir el Estado para garantizar esa paz social, razón de la justicia.

## SENTENCIA C - 427 DE 1994

*“Las sanciones Penales se dirigen, de manera general, a la privación de la libertad física y a la reinserción del delincuente a la vida social, al paso que las sanciones disciplinarias tienen que ver con el servicio, con llamados de atención, suspensiones o separación del servicio; lo que impone al acto sancionatorio un carácter independiente, de donde surge el aceptado principio, de que la sanción disciplinaria se impone sin perjuicio de los efectos Penales que puedan deducirse de los hechos que la originaron” (Corte Constitucional, C-427, 1994).*

Esto da origen a la postura de la Corte una acción de inconstitucionalidad contra los artículos 113 y 115 parciales del Decreto No. 2699 de noviembre 30 de 1991:

*“Por el cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación. Artículo 113. Para los Fiscales y Unidades de Policía Judicial la Oficina de Veeduría podrá adelantar investigación, en cualquier momento, sobre el tratamiento tanto ético, como de procedimiento, dado a los diferentes casos y procesos que tengan asignados. Si como producto de esta investigación se encuentran irregularidades, la oficina de Veeduría podrá separar temporalmente al funcionario responsable, mientras se comunica al superior inmediato o a la autoridad nominadora, según la gravedad de la falta (Decreto 2699, 1991, art. 113).*

*(...) **Artículo 115.** Constituyen faltas disciplinarias de los funcionarios y empleados de la Fiscalía General de la Nación el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la violación de las prohibiciones y la incursión en causales de inhabilidad e incompatibilidad legales. Además, constituyen faltas disciplinarias:*

*“1. Contra la moral y la ética:*

*b) Ejecutar en el lugar de trabajo o en sitio público, cualquier acto contra la moral o las buenas costumbres” (Decreto 2699, 1991, art. 115).*

*Sostiene la Corte, “La naturaleza propia de las causales disciplinarias tanto en la legislación nacional como en la extranjera no permite tener la causal, en manera alguna, en contravía de la lógica jurídica que inspira a los sistemas legales de esta clase. Pues esas causales, que interesan finalísticamente consideradas, a una lógica de tratamiento de gobierno de la función pública y del interés general, tienen en sus contenidos habituales elementos tales como las “buenas costumbres”, la “moral”, el “mal comportamiento social”, entre otros, en los que el poder disciplinario encuentra soporte a sus decisiones. Y debe distinguirse este poder sancionatorio-disciplinario del sancionatorio-Penal, pues mientras éste opera en el ámbito delincencional, aquel lo hace en el administrativo.*

*Asiste razón al Ministerio Público al sostener la admisibilidad jurídica de la validez de tipos abiertos en las conductas constitutivas de falta disciplinaria, ante la imposibilidad de contar con un catálogo de conductas donde se subsuman todas aquellas que se alejen de los propósitos de la función pública, y por ende resulten sancionables.*

*Lo anterior no significa que las conductas tipificadas como falta disciplinaria, no puedan ser claramente reconocidas por el servidor público, quien, además, al encontrarse en una de ellas, será juzgado conforme a la racionalidad propia de la causal, por la autoridad disciplinaria.*

*Sobre este aspecto de la falta disciplinaria, y utilizando criterios diferenciadores con la tipicidad de la conducta criminal, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional en distintas oportunidades. La Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en sentencia de junio 5 de 1975, expresó:*

*Las faltas disciplinarias, en cambio, no son diseñadas con el mismo pormenor, (que las acciones delictuosas), y de ordinario se las señala en diversos ordenamientos por vía genérica, que dan margen de apreciación a quien haya de calificarlas, pudiendo éste, para bien de la función pública, decidir en algunas circunstancias si un hecho ofrece aspectos suficientemente reprobables para justificar o no un correctivo disciplinario. Este proceder se aleja del principio sobre la legalidad de los delitos. Y las represiones disciplinarias, además de latas e individualizables, según la sana crítica del juzgador, se refieren siempre a la situación del inculpado en calidad de funcionario, de modo que apenas la afectan en relación con el servicio público, o sea con la actividad que atienda (amonestación, anotación en la hoja de vida, multa deducible del sueldo, suspensión, destitución, etc.). Obsérvese, en fin, que la represión disciplinaria es independiente de la Penal, de modo que, si el acto de un funcionario es a la vez de naturaleza Penal y de carácter disciplinario, el sujeto infractor puede ser sancionado tanto por el delito como por la falta disciplinaria, con cada uno de los correctivos previstos en los mandatos pertinentes" (G.J. Tomos CL II y CLIII números 2393 y 2394 págs. 86 y 87) (Corte Constitucional, C-427, 1994).*

En este pronunciamiento de constitucionalidad, la Corte delimita claramente la facultad Penal y Disciplinaria del Estado y deja expuesta de manera diáfana las profundas diferencias existentes entre estas dos instituciones.

Consecuencia de este análisis de la Corte podemos aventurarnos a decir que, el interrogante planteado en comentario respecto de la sentencia T-413 de 1997 empieza a disiparse y se forja cierta claridad que permite observar cómo el postulado garantista en análisis en el presente trabajo.

### **SENTENCIA C-484 DE 2000**

*El contralor tiene la facultad de imponer las sanciones pecuniarias que se deriven de la responsabilidad fiscal. Además, la finalidad del proceso fiscal es*

*el resarcimiento de perjuicios ocasionados como consecuencia de una gestión fiscal irregular. Por ende, es claro que el contralor puede aplicar sanciones pecuniarias, mientras que es más problemático sostener que también puede imponer otro tipo de sanciones, pues, como se señaló en el fundamento jurídico 4º de esta sentencia, el Legislador puede atribuirles a los contralores otras funciones, siempre y cuando estas sean acordes con su naturaleza jurídica.*

*Esta Corporación tampoco encuentra que la existencia de multas y amonestaciones en el proceso de responsabilidad fiscal, vulnera el principio del NON BIS IN ÍDEM en relación con las sanciones disciplinarias de los mismos nombres, pues como lo ha dicho en varias oportunidades esta Corte, sólo es posible predicar la vulneración del artículo 29 superior cuando dos sanciones consagran "identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona a la cual se le hace la imputación". Pues bien, la multa sancionatoria en el proceso de responsabilidad fiscal pretende resarcir el daño causado al erario, mientras que la multa en el proceso disciplinario se impone como sanción a una conducta en el servicio jurídicamente reprochable. Así mismo, la multa y la amonestación como medidas correccionales en el proceso fiscal no tienen la misma naturaleza que las sanciones disciplinarias del mismo nombre, como quiera que, estas últimas, son impuestas como consecuencia del incumplimiento de los deberes propios del servidor público y, las primeras facilitan el ejercicio de la vigilancia fiscal. De igual manera, las medidas comparadas no tienen el mismo objeto, ya que las primeras pretenden sancionar una conducta reprochable disciplinariamente y, las segundas, buscan garantizar la eficiencia y eficacia del control fiscal. Finalmente, las multas y las amonestaciones correccionales y disciplinarias tampoco se identifican en cuanto al sujeto pasivo, como quiera que las primeras podrán imponerse a cualquier persona que maneje bienes o fondos del Estado, mientras que las sanciones disciplinarias se desenvuelven en el estricto ámbito de la función pública.*

*En este orden de ideas, fue el propio Constituyente quien diseñó el marco general de conducta para cada uno de los órganos de control, quienes no sólo deberán ejercer sus funciones en forma separada y autónoma (C.P. art. 113) sino que deberán hacerlo conforme a la naturaleza jurídica de los poderes disciplinario y fiscal del Estado (C.P. art. 268, 277 y 278). Es más, la separación de las funciones disciplinarias y fiscales fue expresamente consagrada en el numeral 8º del artículo 268 de la Carta, según el cual el contralor general deberá "promover ante las autoridades competentes, aportando las pruebas respectivas, investigaciones Penales o disciplinarias contra quienes hayan causado perjuicio a los intereses patrimoniales del Estado", pues precisamente lo que el Constituyente quiso fue darle valor probatorio a los resultados de la investigación fiscal y no convertirlo en un órgano que impone y aplica sanciones<sup>61</sup>. Por lo tanto, para la Corte es claro que el Legislador no puede atribuir a la Contraloría facultades que invaden la función disciplinaria asignada a otro órgano autónomo" (Corte Constitucional, C-484, 2000).*

Este pronunciamiento del alto Tribunal Constitucional se construye producto de la acción inconstitucional ejercida por un ciudadano contra los artículos 99, 100, 101 y 102 de la LEY 42 DE enero 26 de 1993. Sobre la organización del

sistema de control fiscal financiero y los organismos que ejercen; que a continuación se transcriben:

**“Artículo 99:** Los contralores podrán imponer sanciones directamente o solicitar a la autoridad competente su aplicación. La amonestación y la multa serán impuestas directamente; la solicitud de remoción y la suspensión se aplicarán a través de los nominadores (Ley 42, 1993, art. 99).

**Artículo 100:** Los contralores podrán amonestar o llamar la atención a cualquier entidad de la administración, servidor público, particular o entidad que maneje bienes o fondos del Estado, cuando considere, con base en los resultados de la vigilancia fiscal que han obrado contrariando los principios establecidos en el artículo 9º de la presente Ley, así como por obstaculizar las investigaciones y actuaciones que adelanten las contralorías, sin perjuicio de las demás acciones a que pueda haber lugar por los mismos hechos.

*Parágrafo:* Copia de la amonestación deberá remitirse al superior jerárquico del funcionario y a las autoridades que determinen los órganos de control fiscal (Ley 42, 1993, art. 100).

**Artículo 101:** Los contralores impondrán multas a los servidores públicos y particulares que manejen fondos o bienes del Estado, hasta por el valor de cinco (5) salarios devengados por el sancionado a quienes no comparezcan a las citaciones que en forma escrita les hagan las contralorías; no rindan las cuentas e informes exigidos o no lo hagan en la forma y oportunidad establecidos por ellas, incurran reiteradamente en errores u omitan la presentación de cuentas e informes, se les determinen glosas de forma en la revisión de sus cuentas, de cualquier manera entorpezcan o impidan el cabal cumplimiento de las funciones asignadas a las contralorías o no les suministren oportunamente las informaciones solicitadas; teniendo bajo responsabilidad asegurar fondos, valores o bienes no lo hicieren oportunamente o en la cuantía requerida, no adelanten las acciones tendientes a subsanar las deficiencias señaladas por las contralorías; no cumplan con las obligaciones fiscales y cuando a criterio de los contralores exista mérito suficiente para ello.

*Parágrafo:* Cuando la persona no devengare sueldo la cuantía de la multa se determinará en términos de salarios mínimos mensuales, de acuerdo con la reglamentación que expidan las contralorías (Ley 42, 1993, art. 101).

**Artículo 102:** Los contralores, ante la renuencia en la presentación oportuna de las cuentas o informes, o su no presentación por más de tres (3) períodos consecutivos o seis (6) no consecutivos dentro de un mismo período fiscal, solicitarán la remoción o la terminación del contrato por justa causa del servidor público, según fuere el caso cuando la mora o la renuencia hayan sido sancionadas previamente con multas (Ley 42, 1993, art. 102).

#### **Argumentos de la demanda**

El actor considera que las normas acusadas vulneran los artículos 113, 118, 119, 121, 267, 268 y 277 de la Carta. Según su criterio, las sanciones de amonestación, solicitud de remoción y suspensión del cargo o de los contratos

*de los funcionarios públicos y de los particulares que administran bienes y fondos públicos, desbordan los límites del control fiscal y desconocen el principio de separación de poderes que la Constitución consagra.*

*El demandante sostiene que la naturaleza jurídica del control fiscal permite deducir que las sanciones fiscales deben ser exclusivamente pecuniarias. Pese a ello, considera que las sanciones cuya inexecución reclama son típicamente disciplinarias, toda vez que se producen dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública. Por ello, el actor concluye que la amonestación, solicitud de remoción y suspensión de contratos son sanciones de competencia exclusiva de la Procuraduría General de la Nación que no pueden ser impuestas en ejercicio del control fiscal. De ahí pues que, esas facultades sancionatorias otorgadas a los contralores “desconocen el principio de separación de funciones y desbordan la competencia propia de la Contraloría al asignarle atribuciones que le corresponden a la Procuraduría General de la Nación”.*

*De otra parte, la demanda afirma que las normas acusadas también vulneran el principio de NON BIS IN ÍDEM, como quiera que, si el mismo hecho origina responsabilidad fiscal y a la vez constituye una falta disciplinaria, es posible que la Contraloría y la Procuraduría impongan dos sanciones idénticas derivadas de una misma conducta. Por lo tanto, el actor propone que la Corte declare la inconstitucionalidad del artículo 101 de la Ley 42 de 1993 “en el sentido de que ella sólo tendría aplicabilidad cuando las causales que dan lugar a la imposición de la sanción de multa no constituyan falta disciplinaria” (Corte Constitucional, C-484, 2000).*

Razón le asiste a la Corte, pues las sanciones que estableció el legislador, en los artículos de la ley 42 de 1993 demandados, solo son de carácter pecuniario dado que, la suspensión y destitución solo puede solicitarla a las instancias competentes. Es necesario resaltar que tales sanciones tienen sustento en la relación de sujeción especial que los gestores fiscales tienen frente al órgano de control fiscal, por virtud de las obligaciones derivadas de la misma ley para el ejercicio de la función de fiscalización y guarda del patrimonio público que por mandato constitucional corresponde a la Contraloría General de la República.

No tiene sustento alguno la demanda al afirmar que:

*“las normas acusadas también vulneran el principio de NON BIS IN ÍDEM, como quiera que, si el mismo hecho origina responsabilidad fiscal y a la vez constituye una falta disciplinaria, es posible que la Contraloría y la Procuraduría impongan dos sanciones idénticas derivadas de una misma conducta” (Corte Constitucional, C-484, 2000),*

en primer término por las normas demandadas no corresponden a la evaluación de la gestión fiscal del servidor, que tiene bajo la su responsabilidad la de ejecutar gastos del Estado y la protección de bienes públicos, sino como ya se expresó, solo son producto del incumplimiento de obligaciones frente al ejercicio del control fiscal y se aplican como resultado de un proceso administrativo sancionatorio, con observación de todas las garantías procesales, y no de un proceso de responsabilidad que tiene su fundamento en detrimento patrimonial causado al Estado.

Es prudente observar tangencialmente los elementos pilares de la responsabilidad fiscal; **daño patrimonial del estado, dolo o culpa grave del gestor público y relación de causalidad entre el daño y la culpa.**

### **Daño patrimonial del Estado**

La doctrina y la jurisprudencia han definido el daño, como el detrimento, pérdida o menoscabo que afecte a una persona ya sea en sus integridades, o en su patrimonio. Este daño ha de ser el producto de la violación a una norma jurídica, lo que no es otra cosa que la antijuridicidad, y tener la capacidad de estructurar una responsabilidad, lo que en definitiva es toda lesión a un interés legítimo.

De este raciocinio se deduce que, para que surja la responsabilidad fiscal debe existir un daño al patrimonio del Estado.

### **Dolo o culpa grave del gestor público**

Para poder deducir si existe, o no, responsabilidad fiscal es imperativo determinar si la actuación del gestor fiscal se enmarca en los parámetros del dolo o la culpa, pues así lo estableció el legislador en los artículos 4° y 5° de la ley 610 de 2000. Pero no puede ser cualquier culpa, solamente se puede establecer responsabilidad cuando el gestor fiscal ha ocasionado, o permitido, que se ocasionara el daño patrimonial al Estado bajo una actuación dolosa o gravemente culposa.

## **Relación de causalidad entre el daño y la culpa**

Es este el último de los tres elementos esenciales de la responsabilidad fiscal, y se traduce en la relación de causa y efecto entre el presunto daño y la culpa. Nexos, que indispensablemente ha de existir para que surja responsabilidad fiscal, lo que de manera escueta significa, que el daño fiscal debe ser consecuencia directa de la conducta culposa del gestor fiscal.

Ahora bien, el juicio de responsabilidad fiscal lo ha definido la ley 610 de 2000 en:

*“Artículo 1. Definición. El proceso de responsabilidad fiscal es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa un daño al patrimonio del Estado” (Ley 610, 2000, art. 1).*

La misma norma en su Artículo 3 Define la Gestión fiscal con el siguiente tenor:

*“Para los efectos de la presente ley, se entiende por gestión fiscal el conjunto de actividades económicas, jurídicas y tecnológicas, que realizan los servidores públicos y las personas de derecho privado que manejen o administren recursos o fondos públicos, tendientes a la adecuada y correcta adquisición, planeación, conservación, administración, custodia, explotación, enajenación, consumo, adjudicación, gasto, inversión y disposición de los bienes públicos, así como a la recaudación, manejo e inversión de sus rentas en orden a cumplir los fines esenciales del Estado, con sujeción a los principios de legalidad, eficiencia, economía, eficacia, equidad, imparcialidad, moralidad, transparencia, publicidad y valoración de los costos ambientales” (Ley 610, 2000, art. 3).*

El objeto de la responsabilidad fiscal está determinado en mismo el ordenamiento legal en el artículo 4, con absoluta claridad:

*“La responsabilidad fiscal tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal. Para el establecimiento de responsabilidad fiscal en cada caso, se tendrá en cuenta el cumplimiento de los principios rectores de la función administrativa y de la gestión fiscal” (Ley 610, 2000, art. 4).*

Pero, para reforzar nuestra observación, es importante resaltar que ni la demanda ni el mismo Tribunal Constitucional se detuvieron sobre el postulado

que la norma de responsabilidad con tiene en el Parágrafo 1 del artículo 4: “La responsabilidad fiscal es autónoma e independiente y se entiende sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad” (Ley 610, 2000, art. 1).

En síntesis, el ejercicio del poder sancionador del ente de control fiscal, contenido en los artículos 99, 100, 101 y 102 de la LEY 42 DE enero 26 de 1993, no guardan relación alguna con la responsabilidad fiscal y el procedimiento para determinarla, en virtud de la autonomía y el carácter resarcitorio pecuniario dados por el legislador no existe la menor posibilidad, que al desarrollarse un proceso en el ámbito Penal o disciplinario, cuando se cumplan los requisitos de identidad, que estructuran el postulado que nos ocupa en este trabajo, se rompa la garantía procesal que apareja el mismo.

#### **SENTENCIA C-620 DE 2001**

*“Es menester aclarar que, la NON BIS IN ÍDEM no implica que una persona no pueda ser objeto de dos o más sanciones de naturaleza diferente por la comisión de un mismo hecho, siempre y cuando con su conducta se vulneren distintos bienes jurídicos tutelados. La imposición de diversas sanciones respecto de una misma conducta no implica de por sí una violación al principio NON BIS IN ÍDEM, como lo ha manifestado esta Corte, ya que se trata de medidas de distinta naturaleza no excluyentes entre sí, impuestas por autoridades que pertenecen a diferentes jurisdicciones” (Corte Constitucional, C-620, 2001).*

La Corte se pronuncia en este sentido orientada por acción de inconstitucionalidad con varios artículos de la ley 600 de 2000, entre ellos el parágrafo segundo del artículo 144, artículo que contempla un catálogo de medidas correccionales, para que el juez, en desarrollo de una actuación procesal, las ejerza con respeto de las garantías procesales, únicamente con el propósito de salvaguardar que el proceso mantenga su curso normal y permita la pronta aplicación de justicia. Vemos en la demanda cierta similitud con la que se analizó en la SENTENCIA C-484 DE 2000, puesto que las normas correctivas que buscan garantizar el comportamiento adecuado, dentro de un espectro de sujeción normativa, jamás son condenas, ni hacen parte de un enjuiciamiento propiamente dicho, sino que para el caso son

mecanismo que permiten garantizar el comportamiento de los actores procesales para garantizar la existencia de la actuación procesal principal.

De suerte que el párrafo demandado del artículo 144 de la 600 de 2000, cuyo contenido es “PARAGRAFO 2: Lo señalado en este artículo se aplicará sin perjuicio de las investigaciones disciplinarias o Penales a que haya lugar” (Ley 600, 2000, art. 144), no vulnera la garantía de *NON BIS IN ÍDEM*, pues a nuestro entender la norma no solo es correctiva sino preventiva, pues la acción del actor procesal va más allá de la simple trasgresión de una de las faltas contenidas en el catálogo, sino que rompa el esquema y salga al campo disciplinario o Penal. Por ejemplo, un fraude procesal, o cualquier acto que atente contra un bien jurídicamente tutelado, pero que además ponga en peligro la estabilidad del proceso, si se acogiese la tesis de la demanda se estaría allanando el camino a la impunidad.

Acá la Corte con sobrada razón hace uso de lo que han llamado Ramírez y Álvarez el bien jurídico interespecie.

## **SENTENCIA C-088 DE 2002**

*“Esta prohibición del doble enjuiciamiento, o principio del NON BIS IN ÍDEM, busca evitar que las personas estén sujetas a investigaciones permanentes por un mismo acto. Esta Corte ha reconocido además que en el constitucionalismo colombiano, este principio no se restringe al ámbito Penal sino que “se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho Penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política (impeachment) y el régimen jurídico especial ético - disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas)”. Sin embargo, la prohibición del doble enjuiciamiento no excluye que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diversas investigaciones y sanciones, siempre y cuando éstas tengan distintos fundamentos normativos y diversas finalidades. Esta Corte ha precisado que la NON BIS IN ÍDEM veda es que exista una doble sanción, cuando hay identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos y finalidad y alcances de la sanción” (Corte Constitucional, C-088, 2002).*

La Corte en esta oportunidad expone la universalidad del principio en estudio

en el derecho interno, de suerte que la confrontación de las normas no se circunscribe exclusivamente al ámbito Penal o a la confrontación de este con el disciplinario, sino que la garantía se extiende a todo el conjunto del derecho sancionatorio. Pero mantiene la línea jurisprudencial que este principio guarda celosamente del debido proceso y de suyo el derecho fundamental se quiebra cuando se produce una doble sanción, existiendo concurrencia de las identidades, en palabras de la Corte, de sujetos, acciones, fundamentos normativos, finalidad y alcance de las acciones.

### **SENTENCIA C-391 DE 2002**

*“No por generarse en un mismo supuesto fáctico una actuación ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y un proceso disciplinario, se incurre en vulneración del principio NON BIS IN ÍDEM . Ello es así porque la proscripción de generar dos o más juzgamientos por un mismo hecho exige mucho más que la simple identidad del supuesto de hecho que desencadena los distintos procesos. Por el contrario, para que el derecho fundamental a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho se consolide, se requiere que en esos procesos exista identidad de causa, objeto y persona pues sólo esa múltiple identidad es la que permite afirmar que se está ante hechos ya juzgados y, en consecuencia, ante la imposibilidad de que el Estado proceda nuevamente. No puede afirmarse que al promover una acción electoral y una acción disciplinaria con ocasión del nombramiento o la elección de un agente estatal y de la actuación de éste en la función pública a pesar de estar incurso en una inhabilidad, se esté generando un doble juzgamiento pues sólo el proceso disciplinario implica ejercicio de poder sancionador, recae sobre el agente estatal, involucra un juicio de reproche por la infracción de sus deberes funcionales, entre ellos el de observar el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y conduce a la imposición de sanciones” (Corte Constitucional, C-391, 2002).*

Reafirma en esta sentencia nuestro Tribunal Constitucional su postura de la aplicación del postulado que proscribire la doble incriminación al universo del ius puniendi interno, pero deja expresamente que es no suficiente la identidad fáctica en dos acciones, y para el caso de la sentencia observada (uno ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa y uno disciplinario), para que se vulnere la garantía fundamental, sino que debe existir claramente la concurrencia de, como mínimo, la trilogía de, en palabras de la Corte, identidad de causa, objeto y persona. Solo si existe esta concurrencia dice el Tribunal

se está ante hechos juzgados, lo que de suyo no es cosa distinta que la seguridad jurídica para el ciudadano y por suerte el Estado no puede actuar en nuevo juzgamiento.

## **SENTENCIA 870 DE 2002**

*“La aplicación del principio NON BIS IN ÍDEM no está restringida al derecho Penal, sino, que se hace extensivo a todo el universo del derecho sancionatorio del cual forman parte las categorías del derecho Penal delictivo, el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional, el derecho de punición por indignidad política y el régimen jurídico especial ético disciplinario aplicable a ciertos servidores públicos (pérdida de investidura de los Congresistas). El principio analizado hace parte de las garantías a las que tiene derecho el sindicado, en sentido amplio, por procesos disciplinarios” (Corte Constitucional, C-870, 2002).*

En este pronunciamiento de constitucionalidad de una norma sancionatoria contenida en el artículo 28 de la ley 393 de 1997, la Corte ha encontrado que, al ser confrontada con el decreto 196 de 1971, Estatuto del abogado, para la época especialmente los artículos 47, 52 y 63; tal conducta se halla tipificada allí y concluye que las sanciones disciplinarias dispuestas en el Decreto 196 de 1971 son idénticas en cuanto al sujeto, el objeto y a la causa a las dispuestas en el artículo 28 demandado.

Después de hacer un recorrido por su propia jurisprudencia, en la que se incluyen gran parte de las sentencias que hemos venido analizando en este trabajo, el alto Tribunal Constitucional sostiene que:

*“el principio NON BIS IN ÍDEM prohíbe que una persona, por el mismo hecho, (i) sea sometida a juicios sucesivos o (ii) le sean impuestas varias sanciones en el mismo juicio, salvo que una sea tan solo accesoria a la otra. Una norma legal que permita que ello ocurra viola este principio” (Corte Constitucional, C-870, 2002)*

y en consecuencia declara inexecutable la expresión “disciplinarias o” contenida en el artículo 28 de la Ley 393 de 1997.

## **SENTENCIA 1093 DE 2004**

*“Al respecto, basta citar los múltiples pronunciamientos de esta Corporación en los cuales se ha enfatizado que los distintos tipos de responsabilidad a los que están sujetos los servidores del Estado, Penal, disciplinaria, fiscal, patrimonial-son independientes, y que una misma conducta puede dar lugar, en forma simultánea, a una declaratoria de responsabilidad en uno de estos ámbitos y a una exoneración en otro, o a la declaración conjunta de varios tipos de responsabilidad, sin que por ello se entienda violada la garantía constitucional del debido proceso particularmente el principio de NON BIS IN ÍDEM -, puesto que las finalidades que persiguen los regímenes correspondientes son distintas entre sí, y los bienes jurídicos tutelados son diferentes en cada régimen” (Corte Constitucional, T-1093, 2004).*

En este escenario la corporación, si bien resuelve una acción constitucional de tutela sin que el tema en profundidad sea la garantía que enmarca el postulado materia de análisis en este trabajo; mantiene su posición y línea que ha trasado en análisis de constitucionalidad, tanto que hace referencia a sentencias como la C-427 de 1994, C-244 de 1996 y 088 de 2002 que por fortuna hemos tenido la oportunidad de analizar en este trabajo.

## **SENTENCIA 1189 DE 2005**

*“Un mismo comportamiento puede implicar consecuencias negativas para un servidor público en ambos ámbitos, sin que ello conlleve la violación de la prohibición del doble enjuiciamiento o principio del NON BIS IN ÍDEM” (Corte Constitucional, 1189, 2005).*

Es sentencia se produce por una acción de inconstitucionalidad en contra del literal i) del artículo 41 de la Ley 909 de 2004, que reprodujo el literal g) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998 frente al cual la Corte Constitucional había examinado su constitucionalidad por presunta vulneración del postulado de *NON BIS IN ÍDEM* y cuya Exequibilidad fue declara en la sentencia C-088 de 2002 analizada ya en este trabajo, sin embargo la Corte no declaró la cosa juzgada material, por cuanto el uno de los argumentos de nueva demanda consistía en que el legislador había guardado silencio respecto de las garantías procesales de obligatorio cumplimiento para la declaratoria de la vacancia por abandono del cargo, de suerte le mantiene la constitucionalidad

de la norma bajo el entendido que la administración debe respetar las formas propias para expedición de actos administrativos de carácter particular, cuyo soporte normativo contiene el Código de lo Contencioso Administrativo. Pero, con respeto a nuestro postulado, la Corte fue fiel a su precedente y es así como ha citado la sentencia C-088 de 2002 para expresar:

*“Para proceder al examen de la estructura y el texto mismo de la disposición acusada, esta Corporación estima pertinente reiterar lo dicho en la sentencia C-088 de 2002, en la cual se consideró que una norma con idéntico texto normativo al ahora enjuiciado consagrada en la Ley 443 de 1998 era constitucional por ausencia de afectación de la prohibición del doble enjuiciamiento o del principio del NON BIS IN ÍDEM . El actor, en aquella oportunidad, estructuraba el cargo de inconstitucionalidad precisamente sobre la base de la existencia de idéntica disposición consagrada en el Código Disciplinario Único como una falta gravísima en dicho ámbito”* (Corte Constitucional, T-1093, 2004).

#### **SENTENCIA C-720 DE 2006**

*“La posibilidad de que un servidor público o un particular, en los casos previstos en la ley, sean procesados Penal y disciplinariamente por una misma conducta no implica violación al principio NON BIS IN ÍDEM, pues se trata de dos juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta”* (Corte Constitucional, C-720, 2006).

El Tribunal Constitucional predica que, si bien es sabido que el derecho disciplinario se sustenta en algunos principios propios del Penal, por virtud de ser ambos partes de la capacidad punitiva del Estado, no significa que ningún goce de categoría especial respecto al otro, pues ambos protegen bienes jurídicos distintos, el disciplinario busca garantizar la buena marcha de la administración pública, y en palabras de la Corte, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Entre tanto, el Penal, como última necesidad de aplicación de la punibilidad, protege a la sociedad en su conjunto de los actos delictivos tipificados en la ley Penal, pero desde luego buscando la resocialización del individuo y su reinsertión a la a ese núcleo social al que ha ofendido.

No tuvo suerte la demanda de acción de institucionalidad contra el numeral primero del artículo 48 de ley 734, dado que, allí no se condiciona al actor disciplinario a esperar una respuesta de autoridad judicial para determinar si las faltas disciplinarias desarrolladas, por el disciplinable, corresponden a una descripción de delito consagrada en el ordenamiento Penal, es una simple y llana verificación.

### **SENTENCIA 161 DE 2009**

*“Para esta Sala es claro que la rama judicial y la autoridad disciplinaria pueden conocer de manera autónoma respecto de una misma conducta, sin que por tal razón se vulnere el principio NON BIS IN ÍDEM . En este orden de ideas, **cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno Penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege.** En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso Penal las normas buscan preservar otros bienes sociales trascendentes que no necesariamente coinciden con aquellas. La imposición de diversas sanciones respecto de una misma conducta, sean éstas de orden correccional, disciplinaria, Penal o de índole fiscal, tampoco comporta una violación al principio NON BIS IN ÍDEM, pues se trata de medidas de distinta naturaleza no excluyentes entre sí, impuestas por autoridades que pertenecen a diferentes jurisdicciones y cuya competencia, por expreso mandato legal, es única, especial y específica. Como lo ha manifestado este Tribunal en diferentes fallos, puede existir una concurrencia o paralelismo de responsabilidades, disciplinarias, Penales y fiscales etc., sin que lo anterior implique violación al principio NON BIS IN ÍDEM” (Corte Constitucional, T-161, 2009), (énfasis fuera de texto).*

Durante el recorrido jurisprudencial, que nos hemos propuesto en este trabajo, para desentrañar del precedente las posturas respecto de la garantía del postulado constitucional fundamental de *NON BIS IN ÍDEM* cuando en juzgamientos Penales y disciplinarios exista identidad de sujeto, identidad de objeto e identidad de causa; se ha encontrado una consistente línea que ha permitido conocer que el Tribunal Constitucional ha mantenido un inflexible

postura al respecto de este tópico, pero es quizá en esta sentencia que escuetamente y, sin ambages el principio no se quiebra porque en palabras de la Corte:

***“cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno Penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege”*** (Corte Constitucional, T-161, 2009) (énfasis fuera de texto).

### **SENTENCIA C-914 DE 2013**

*“El principio NON BIS IN ÍDEM es un derecho fundamental, y hace parte del conjunto de garantías que componen el derecho fundamental del debido proceso. De acuerdo con el literal 4º del artículo 29, el principio tiene como contenido el derecho del sindicado a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el fundamento del NON BIS IN ÍDEM se encuentra en la defensa de la seguridad jurídica y la justicia material”* (Corte Constitucional, C-914, 2013).

A esta conclusión llega el Tribunal Constitucional frente al cargo de inexecutable sobre la potestad sancionadora del Ministerio del Trabajo prevista en el artículo 20 de la Ley 1562 de 2012, por una aparente vulneración al principio del *NON BIS IN ÍDEM* al ser confrontada aquella con la potestad disciplinaria general de la Procuraduría frente a particulares si existe identidad personal, y concurrencia parcial de objeto y causa.

Con la fidelidad acostumbrada por el máximo Tribunal Constitucional, en torno a este tema, hace un análisis sobre la confluencia estricta de las tres identidades para que se estructure la violación del postulado, para lo que plantea dos hipótesis una bajo el entendido en palabras de la Corte que, podría declararse la exequibilidad de la disposición, en el entendido de que si se adelantan dos investigaciones por los mismos hechos, una a cargo del Ministerio del Trabajo y otra a cargo de la Procuraduría General de la Nación, se descontará el monto que la persona haya pagado primero, citando que tal interpretación se asemeja a la acogida por la corporación en la sentencia C-434 de 2012, sobre la concurrencia de multas por desconocimiento del deber

de denuncia por parte de los interventores en contratos de obra pública, reiterada en los fundamentos normativos de esta providencia.

En la segunda propone el siguiente condicionamiento:

*“el Ministerio del Trabajo podrá adelantar las investigaciones correspondientes, siempre y cuando estas no hayan sido asumidas previamente por la Procuraduría, o sean requeridas por el órgano de control, en ejercicio del poder disciplinario preferente, que le confiere la Constitución Política” (Corte Constitucional, C-914, 2013).*

Esta condición, en nuestro sentir, da prelación a la potestad disciplinaria de la Procuraduría.

Los magistrados María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio, salvaron en su sentir porque,

*“con el condicionamiento adoptado en la sentencia se trata de corregir la violación del NON BIS IN ÍDEM con un remedio que, a su vez, implica una violación de los principios de legalidad de las faltas y de proporcionalidad de las sanciones. Se desconoce el principio de legalidad de las faltas, debido a la ausencia de criterios previstos en la ley para graduar el carácter leve o grave de un “incumplimiento a las reglas del sistema de riesgos profesionales” (Corte Constitucional, C-914, 2013).*

#### **SENTENCIA C-757 DE 2014**

*“Respecto a la posible vulneración del principio NON BIS IN ÍDEM por prever como delitos fuente o delitos subyacentes del lavado de activos, el contrabando y el favorecimiento y facilitación del contrabando, esta Corte determinó que cada uno de esos delitos reprimen comportamientos suficientemente individualizados y, por lo tanto, su realización puede generar un posible concurso de delitos el que, al tratarse de descripciones típicas diferentes en cuanto a su acción y objeto sobre el cual recaen, no desconocen la prohibición de Bis In Ídem. No obstante, esta Corte concluyó que le corresponderá al operador jurídico de la norma Penal, fiscal y juez, en cada caso concreto, aplicar las reglas relativas al concurso de delitos, en particular, las de subsidiariedad y consunción en materia Penal, para garantizar el principio NON BIS IN ÍDEM, cuando las mismas acciones que puedan identificarse como favorecimiento y facilitación del contrabando y lavado de activos, recaigan sobre los mismos objetos materiales o bienes, como la mercancía objeto de contrabando, para imputar responsabilidad por uno de los dos comportamientos punibles. En este sentido, se concluyó que las partes demandadas de la norma son exequibles” (Corte Constitucional, C-757, 2014).*

Esta sentencia se presenta interesante, pues como lo ha expresado el tribunal guardia de la Constitución, cuando se presenta una situación, como la planteada en la hipótesis de la demanda, el actor judicial debe verificar si existe un aparente concurso el cual, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, este se presenta:

*“cuando una misma conducta parece adecuarse, simultáneamente, en varios tipos Penales que se excluyen por razones de especialidad, subsidiariedad o consunción, siendo solo uno de ellos, en consecuencia, el llamado a ser aplicado, pues de lo contrario se violaría el principio NON BIS IN ÍDEM, de acuerdo con el cual un mismo comportamiento no puede ser sancionado dos veces” (Corte Constitucional, 12820, 2000).*

Veamos que, en sus voces de la Corte Suprema, en el mismo pronunciamiento ha definido la especialidad del tipo Penal cuando este describen conductas contenidas en un tipo básico, con supresión, agregación, o concreción de alguno de sus elementos estructurales. Y sostiene que, para que un tipo Penal pueda ser considerado especial respecto de otro, es necesario que se cumplan tres supuestos fundamentales:

1. Que la conducta que describe esté referida a un tipo básico.
2. Que entre ellos se establezca una relación de género a especie.
3. Que protejan el mismo bien jurídico.

Si estos presupuestos concurren, se estará en presencia de un concurso aparente de tipos, que debe ser resuelto conforme al principio de especialidad.

Ya con relación al tipo Penal subsidiario dice el Tribunal Supremo, que solo puede ser aplicado si la conducta no logra subsunción en otro que sancione con mayor severidad la transgresión de este bien jurídico.

Sostiene la Corte Suprema que, en la adecuación típica frente a disposiciones subsidiarias, pueden presentarse dos hipótesis:

1. Que la conducta investigada corresponda a la del tipo Penal subsidiario exclusivamente.

2. Que simultáneamente aparezca definida en otro tipo Penal de mayor jerarquía (básico o especial) que protege el mismo bien jurídico.

Afirma que, en el primer supuesto, ningún inconveniente se presenta, pues, siendo una la norma que tipifica la conducta, se impone su aplicación, pero que, en la segunda hipótesis, surge un concurso aparente de tipos que deben ser resueltos con exclusión de la norma accesoria, en virtud del principio de subsidiariedad.

Termina el planteamiento el Tribunal Supremo explicando el tipo Penal complejo o consuntivo, que por regla general se presenta cuando su definición contiene todos los elementos constitutivos de otro de menor relevancia jurídica. Se caracteriza por guardar, con éste, una relación de extensión-comprensión y porque no necesariamente protege el mismo bien jurídico. Cuando esta situación ocurre, surge un concurso aparente de normas que debe ser resuelto en favor del tipo Penal de mayor riqueza descriptiva, o tipo Penal complejo, en aplicación del principio de consunción.

Para garantizar el postulado fundamental del debido proceso, que ocupa este trabajo, el actor judicial ha de observar estos criterios que muy claramente el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria ha dejado sentados de manera diáfana.

### 2.1.3 CONSEJO DE ESTADO

#### FALLO 15089 DE 1998

*“En primer lugar, es preciso señalar que la acción disciplinaria es independiente de la acción Penal, ya que la finalidad de cada uno de tales procedimientos es distinta, pues los bienes que se protegen y el interés jurídico que se tutela son diferentes. Los anteriores razonamientos explican suficientemente que el ente sancionador, independientemente del fallo de la justicia Penal, pudiera enjuiciar la conducta del actor frente a las normas disciplinarias que gobernaban su situación, sin que ello implique error de hecho en la apreciación de las pruebas o violación del principio NON BIS IN ÍDEM” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Fallo 15089, 1998).*

#### FALLO 228 de 2002

*“Es menester aclarar que la NON BIS IN ÍDEM no implica que una persona no pueda ser objeto de dos o más sanciones de naturaleza diferente por la comisión de un mismo hecho, siempre y cuando con su conducta se vulneren distintos bienes jurídicos tutelados. La imposición de diversas sanciones respecto de una misma conducta no implica de por sí una violación al principio NON BIS IN ÍDEM, como lo ha manifestado esta Corte, ya que se trata de medidas de distinta naturaleza no excluyentes entre sí, impuestas por autoridades que pertenecen a diferentes jurisdicciones” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Fallo 228, 2002).*

Nos referimos a estos dos fallos en conjunto puesto que básicamente se sostienen, sin duda alguna, con congruencia, en la doctrina sentada por la Corte Constitucional en los prolíficos pronunciamientos respecto de la garantía fundamental de *NON BIS IN ÍDEM*. Pero no podemos seguir adelante sin resaltar como el alto Tribunal Administrativo defiende la independencia del poder disciplinario frente a la jurisdicción Penal y a los demás poderes sancionatorios y estos entre sí.

Podemos, con fundamento en lo expuesto, adelantarnos a una conclusión en relación con el alto grado de unanimidad jurisprudencial respecto de la trilogía de identidades para concretar la existencia de la garantía de *NON BIS IN ÍDEM* (identidad de objeto, sujeto y causa).

### **FALLO 2621 de 2013**

*“Se impone como elemento estructurante del principio de la seguridad jurídica, según el cual ninguna persona (natural o jurídica) puede ser sometida dos veces a debate jurídico frente a la jurisdicción, por reclamación de los mismos hechos y derechos, teniendo como contradictor idéntica persona reclamante. Se convierte este (NON BIS IN ÍDEM ) en un pilar fundante del ordenamiento jurídico, que da certeza al reconocimiento y consolidación de los derechos subjetivos otorgados por la ley y la constitución a todas las personas, con miras a solucionar de manera definitiva las controversias que se susciten por su aplicación e interpretación (..) no puede aceptarse el argumento según el cual, si una decisión es adoptada por un operador judicial de la justicia ordinaria, su decisión de mérito frente a una reclamación por conflicto de derechos subjetivos entre los asociados, no constituya para otro operador judicial de diferente especialidad elemento suficiente para declarar la efectividad del derecho fundamental al NON BIS IN ÍDEM, si se llegaren a presentar con precisión los elementos que la fundan, en los términos consagrados por el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil” (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Fallo 2621, 2013).*

Tomar este fallo de la alta corporación de lo Contencioso Administrativo, nos permite ver la función de dos instituciones de raigambre procesal al conjugarse para garantizar la justicia material y la seguridad y porque no decirlo los derechos fundamentales.

*La cosa juzgada, más que contribuir con el funcionamiento armonioso del sistema de justicia, y de evitar la multiplicidad de fallos sobre un mismo hecho, impide que se quebrante el principio de seguridad jurídica. Además, del sistema jurídico como tal, éste se enfoca en el individuo como sujeto de derecho, tal principio garantiza evitar molestias relacionadas con la incertidumbre de la decisión judicial, que se materializan en el derecho fundamental a la libertad. El NON BIS IN ÍDEM, por su parte, desde la mirada estatal, permite cumplir con principios procedimentales como la economía procesal, ahorrando el poner en marcha el aparato judicial, en razón a asuntos que ya han sido objeto de imputación e investigación acerca de un mismo hecho” (Ayala, 2010).*

## 2.1.4 PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

### CONSULTA 16 DE 2004

*“Aunque la declaratoria de nulidad implica el retiro del acto de la vida jurídica, de manera alguna, en relación con actuaciones disciplinarias, podría pensarse que esa circunstancia genera el resurgimiento de términos o la posibilidad de encausar el trámite respectivo, pues, al involucrar la decisión de la Jurisdicción Contenciosa actos definitivos, que implican el agotamiento de los procesos correspondientes y tener la declaratoria de nulidad únicamente efectos hacia el futuro, cualquier determinación que ignorara esas pautas, como rehacer la actuación, implicaría un nuevo juzgamiento por los mismos hechos y, por ende, violación del principio NON BIS IN ÍDEM, reconocido en la actuación disciplinaria por el artículo 11 del estatuto en la materia” (Procuraduría General de la Nación, Consulta 16, 2004).*

Esta postura surge con ocasión de la consulta realizada por un procurador provincial y respondida por el Procurador auxiliar para asuntos disciplinarios en la que se indaga:

*“Es factible que cualquier operador disciplinario y/o ciudadano, pueda acudir ante la justicia contenciosa, a fin de adelantar una acción judicial de nulidad del acto por medio del cual se absuelve a una determinada persona, en el entendido de que el acto está en firme; de ser viable esta acción, que efecto produciría el fallo del Tribunal Administrativo e incluso del Consejo de Estado, cuando se acogiera las pretensiones del Demandante, en el entendido de que la causa de la nulidad, está dentro de las causales que señala la Ley (art. 84 del C.C.A.), en especial por violación de normas superiores en que se basa el mentado fallo” (Procuraduría General de la Nación, Consulta 16, 2004).*

Es clara la respuesta del delegado disciplinarios, pues cualquier fallo de nulidad contra un acto administrativo definitivo, es decir, aquel que pone fin a una actuación administrativa o proceso de la misma naturaleza, genera efectos hacia el futuro y deja incólume las situaciones jurídicas particulares consolidadas.

Por lo anterior, en la órbita del derecho sancionatorio, no sería oportuno, legal y menos constitucional pretender que por haberse decretado la nulidad del acto, que imponía la sanción o declaraba absolución; poderse iniciar por ese mismo objeto a ese mismo sujeto y por las mismas causas otro proceso de misma naturaleza, porque es especialmente diáfano que desconocería el postulado fundamental y garantista de *NON BIS IN ÍDEM*.

### **FALLO 67307 DE 2005**

*“Así las cosas, cuando se adelanta un proceso disciplinario y uno Penal contra una misma persona, por unos mismos hechos, no se puede afirmar válidamente que exista identidad de objeto ni identidad de causa, pues la finalidad de cada uno de tales procesos es distinta, los bienes jurídicamente tutelados también son diferentes, al igual que el interés jurídico que se protege. En efecto, en cada uno de esos procesos se evalúa la conducta del implicado frente a unas normas de contenido y alcance propios. En el proceso disciplinario contra servidores estatales se juzga el comportamiento de éstos frente a normas administrativas de carácter ético destinadas a proteger la eficiencia, eficacia y moralidad de la administración pública; en el proceso Penal las normas buscan preservar bienes sociales más amplios” (Procuraduría General de la Nación, Fallo 67307, 2005).*

### **FALLO 73742 DE 2005**

*“El principio del NON BIS IN ÍDEM, según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, se encuentra consagrado en nuestro Estatuto Supremo como un derecho fundamental, que hace parte de las garantías del debido proceso, contempladas en el artículo 29 de la Carta. Este principio que, de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina, tiene como objetivo primordial el evitar la duplicidad de sanciones, sólo tiene operancia en los casos en que exista identidad de causa, identidad de objeto e identidad en la persona en la cual se hace la imputación; la identidad en la persona significa que el sujeto inculcado debe ser la misma persona física en dos procesos de la misma índole; la identidad del objeto está constituida por la del hecho respecto del cual se solicita la aplicación del correctivo Penal, exigiéndose entonces la correspondencia en la especie fáctica de la conducta en dos procesos de igual naturaleza; y, la identidad de la causa se refiere a que el motivo de la iniciación del proceso sea el mismo en ambos casos” (Procuraduría General de la Nación, Fallo 73742, 2005).*

El Ministerio Público, en cumplimiento de función disciplinaria, acoge sin mayores miramientos y con gran certeza lo que el Tribunal de Guarda Constitucional ha sostenido en sólida línea Jurisprudencial respecto de la operación de la trilogía de (identidad de objeto, causa y sujeto), para la garantía del postulado que nos ha ocupado en el desarrollo de este trabajo.

### **FALLO 161610 DE 2015**

*“Esa es la razón por la que esta Sala encuentra que la investigación reseñada bajo el IUS 2011-34284 tenga con la que ahora es centro de reproche disciplinario ( IUS 2011-339497), identidad de persona (demandantes en sus calidades de sindicalistas y ex funcionarios de las Empresas Públicas de Cartagena en Liquidación) y de objeto (el mismo reproche disciplinario*

*consistente en incumplimiento a la misma sentencia judicial), además que en una y otra actuación el motivo que las originó fue el mismo (identidad de causa), por lo que se configura la aplicación del principio NON BIS IN ÍDEM . En ese sentido, para la Sala es de recibo la aplicación del principio NON BIS IN ÍDEM de cara al presente asunto, dado que existen elementos suficientes en el expediente que permiten establecer que lo investigado por la delegada en el radicado IUS 2011-34284, corresponde en identidad de sujeto, identidad de objeto e identidad de causa a lo investigado por ella misma en las presentes diligencias, en tal sentido se ha de confirmar la decisión impugnada” (Procuraduría General de la Nación, Fallo 161610, 2015).*

El ente disciplinario hace claro reconocimiento del precedente jurisprudencial, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, respecto de nuestra garantía procesal fundamental en análisis y, una vez más, se nota el respeto, no solo del precedente, sino del mismo rango constitucional del postulado, pero siempre bajo la perspectiva de las identidades de objeto, causa y sujeto.

## 2.1.5 CÓDIGO ÚNICO DISCIPLINARIO

### Ley 1952 de 2019

*“Artículo 16. Cosa juzgada disciplinaria. El destinatario de la ley disciplinaria cuya situación se haya decidido mediante fallo ejecutoriado o decisión que tenga la misma fuerza vinculante de naturaleza disciplinaria, proferidos por autoridad competente, no será sometido a nueva investigación y juzgamiento disciplinarios por el mismo hecho, aun cuando a este se le dé una denominación distinta.*

*Lo anterior sin perjuicio de la revocatoria directa establecida en la ley” (Ley 1952, 2019, art. 16).*

El nuevo Código Único Disciplinario prevé, de manera inequívoca, la garantía Constitucional del postulado en estudio, pero deja claro que esta no es absoluta al establecer que se sujetará a los preceptos de la revocatoria directa. Surge entonces acá un punto de análisis especial puesto que la ley 734 de 2000 Código Único Disciplinario, aún vigente, en el capítulo IV se ocupa de regular la institución que sufrió cambios sustanciales por virtud de las modificaciones introducidas por la ley 1474 a los artículos 122, 123 y 124, mediante los artículos 47,48 y 48, los que, a su vez, fueron derogados por el artículo 365 de ley 1952 de 2019, que se ocupó de regular la institución en el título V capítulo IV, introduciendo en esencia las modificaciones impuestas por el estatuto anticorrupción.

Como quiera que este capítulo está destinado a desarrollar el objetivo específico primero y fundamento de este trabajo y es entender si, en el desarrollo de un proceso disciplinario y uno Penal, existiendo identidad de sujeto, identidad de objeto e identidad de causa se pone en peligro la garantía procesal del principio del *NON BIS IN ÍDEM* y para ello hemos un hecho un recorrido por la jurisprudencia Constitucional que entre otra ha sido bien robusta, de misma forma se ha revisado algunos pronunciamiento del Consejo de Estado como máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo y desde luego algunas posturas de la Procuraduría General de la Nación máximo estamento en cuya cabeza está la responsabilidad del ejercicio del poder disciplinario del Estado colombiano; llegando a la conclusión que estas instituciones han sido especialmente celosas en proteger la garantía

constitucional, desde luego que dejando claro hasta la saciedad la independencia de las diferentes facetas del poder punitivo del Estado y de las instituciones encargadas de ejercerlo.

De suerte el derecho sancionatorio que está en cabeza de la administración y el disciplinario ostentado por el Ministerio Público, el ejercicio de la acción Penal ejercida por la Fiscalía General de la Nación que conduce al ejercicio de la sanción por parte de la jurisdicción Penal mantiene un altísimo rigor de independencia, pero también una indiscutible sujeción al principio constitucional al debido proceso y en especial al postulado fundante del mismo como es el *NON BIS IN ÍDEM*.

Bajo estas perspectivas queda expresamente expuesto que si un ciudadano está sujeto a uno, o unos mismos hechos, que puedan generar responsabilidades con incidencia Penal, administrativa y disciplinaria podrá ser investigado y sancionado por cada una de estas autoridades sin que se vulnere el postulado en estudio, por razón que no se presenta la trilogía de identidades de sujeto objeto y causa, esa precisa independencia y los bienes jurídicos protegidos.

### 3. TERCER CAPÍTULO: SUFICIENCIA DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA PARA LA PROTECCIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, SIN ACUDIR A LA SANCIÓN PENAL COMO ULTIMA RATIO

Se ha propuesto esta categoría de análisis, no con el propósito de mantener una discusión sobre la garantía del principio de *NON BIS IN ÍDEM* dentro del contexto que hemos demarcado, pues tal con un buen grado de amplitud se ha analizado en el capítulo precedente, cuyo recorrido jurisprudencial nos ha permitido concluir como ha sido guardada con celo la institución jurídica. Acá lo que se pretende es observar si existe la posibilidad de evitar tener que llegar a ejercer la acción Penal en ciertos casos en los que, previo análisis de proporcionalidad y necesidad nos permita concluir que con la aplicación de otros mecanismos de punibilidad previstos en la Constitución y la ley se permita la garantizar la integridad de la función pública, en especial en referente al poder disciplinario.

Para lograr este objetivo hacemos observación de posiciones doctrinales y jurisprudenciales que se han encargado de analizar principios como el de ultima Ratio del derecho Penal, el de proporcionalidad y desde luego el de necesidad de aplicación del derecho punitivo en nuestro Estado social de derecho.

El profesor Raúl Carnevali Rodríguez, en su artículo **“Derecho Penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional”** publicado en la revista *Ius et Praxis* No. 1:13-48 de 2008, afirma que, al examinar los límites al poder punitivo del Estado:

*“uno de los principios más importantes es el de ultima ratio, entendido como una de las expresiones del principio de necesidad de la intervención del Derecho Penal. Esencialmente, apunta a que el Derecho Penal debe ser el último instrumento al que la sociedad recurre para proteger determinados bienes jurídicos, siempre y cuando no haya otras formas de control menos lesivas “formales e informales”. Si se logra la misma eficacia disuasiva a través de otros medios menos gravosos, la sociedad debe inhibirse de recurrir a su instrumento más intenso” (Carnevali, 2008).*

Se concilia nuestro análisis con la postura del doctrinante y nos ha mostrado caminos para llegar a entender que es imperativo explorar otras instituciones del poder punitivo del Estado antes de llegar a la punibilidad Penal.

Continúa el profesor para sustentar el principio sostiene que:

*“como señalan Maurach/Zipf: "Iure est civiliter utendum, en la selección de los medios estatales de poder, el derecho Penal debería ser una verdadera ultima ratio, encontrarse en último lugar y adquirir actualidad sólo cuando ello fuere indispensable para la conservación de la paz social. De ello se sigue que la naturaleza secundaria del derecho Penal es una exigencia político-jurídica dirigida al legislador. La norma Penal constituye en cierto modo la última ratio en el instrumental del legislador. Según el principio de proporcionalidad, que rige todo el derecho público, incluido el derecho constitucional, aquél debe hacer un uso prudente y mesurado de este medio. Si bien suele entenderse que por aplicación del principio de ultima ratio el Derecho Penal sólo podría legitimarse respecto de las infracciones más graves y como el recurso final” (Carnevali, 2008).*

En nuestro caso, en las últimas décadas, este principio, a nuestro entender, se ha visto opacado y se ha tornado una preferencia muy importante por acudir a criminalizar ciertas acciones humanas, se pensaría que obedece a que en las sociedades sometidas a un alto índice de criminalidad se ven afectados pilares fundamentales como la confianza legítima en las instituciones del Estado, o la corrupción administrativa, para no ir más lejos. Al respecto vemos que puede presentarse una contradicción aparente frente a que, si la prioridad de nuestra sociedad sería la lucha contra este flagelo, cuando se consultó al pueblo para realizar una reforma constitucional que estableciera mecanismos claros para dar esa lucha, si bien es cierto hubo una participación importante pero no suficiente para llegar al objetivo.

Pero hay otros aspectos que sustentan nuestro planteamiento y es desde luego la fijación que política criminal del Estado corresponde a un organismo eminentemente político, el Congreso y es ahí donde surge la preocupación pues esta política se ve afectada por el llamado populismo punitivo que nos ha

llevado a que el principio se invierta y se interprete por el imaginario colectivo que el derecho Penal ahora es la prima ratio.

Al respecto el autor en cita plantea que:

*“la cuestión a dilucidar es cómo conciliar una adecuada relación entre criminalización primaria “formación de leyes Penales” y criminalización secundaria “aplicación de las leyes Penales” de manera que una excesiva criminalización primaria y secundaria no termine generando una imagen de deterioro que le haga perder eficacia” (Carnevali, 2008).*

Para adentrarnos en nuestro análisis tomamos como referencia el numeral 10 del artículo 324 de ley 906 de 2004 que establece que:

*“El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: (...) 10. Cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, **la afectación al bien jurídico funcional** resulte poco significativa y la infracción **al deber funcional** tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios” (Ley 906, 2004, art. 324, núm. 10) (énfasis fuera de texto).*

Aproximándonos al contenido del numeral transcrito cuando la norma hace referencia a que “la afectación del bien jurídico funcional resulte poco significativa” (Ley 906, 2004, art. 324, núm. 10), se nos antoja que corresponde a aquellos delitos denominado de bagatela, que no alcanzan a poner en peligro la integridad y/o estabilidad del bien jurídico protegido, como el socorrido ejemplo que algunos doctrinantes citan y corresponde a que servidor público, a quien con ocasión de sus funciones, le corresponde dar respuesta a un derecho de petición y lo hace tres o cuatro días después de vencido el término legal para su respuesta, muy seguramente le corresponde un responsabilidad disciplinaria, pero el mismo ejemplo nos dice que sería desproporcionado llevarlo a los caminos de la responsabilidad Penal, pues no se podría ponderar de manera eficaz el daño causado a la Administración Pública como bien jurídico en protección, pero en el campo disciplinario si es posible calificar la falta al deber funcional.

Para soportar lo planteado es de gran importancia referirse a lo posición de la Corte Constitucional al resolver precisamente una demanda de inexecutable del Numeral 10 del artículo 324 de la ley 906 de 2004, mediante la sentencia C-988 de 2006, fallo en que podemos observar, no solo la postura del Tribunal, sino también la de la Fiscalía General de la Nación, de Procuraduría General de la Nación y de la Academia.

La demanda, entre otros argumentos, esgrime que:

*“el numeral 10 del artículo 324 de la Ley 906 de 2004 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal” desconoce el principio de moralidad establecido en el artículo 209 superior y consecuentemente los artículos 1 y 2 constitucionales por cuanto dicho numeral hace primar “la figura excepcional de la oportunidad” en detrimento de uno de los valores irrenunciables en la administración de justicia como función pública, a saber el principio de moralidad de toda función estatal, con lo que se lesiona la confianza de los ciudadanos en la acción del Estado” (Corte Constitucional, C-988, 2006).*

### **Fiscalía General de la Nación**

La Fiscalía al intervenir, en la misma sentencia, aduce que:

*“la norma Penal y disciplinaria comportan como reacción en caso de frustración, el mantenimiento de la expectativa a través de la sanción. Explica que, si bien la sanción Penal reafirma la expectativa, la misma puede verse reafirmada simplemente a través de la sanción disciplinaria. En esas circunstancias, en donde ya está reafirmada la expectativa, acudir a la sanción Penal, puede resultar desproporcionado e irracional y por ello dentro de un marco de política criminal del Estado, se puede renunciar a la persecución Penal, sin que ello implique una renuncia a la protección de la moralidad de la administración pública la cual se ve reafirmada mediante la sanción disciplinaria” (Corte Constitucional, C-988, 2006).*

Somos solidarios con esta postura del ente acusador la facultad punitiva del busca la protección del interés general y debe estar ponderada de tal forma que no se torne es abuso, pero tampoco se caiga en la impunidad.

La Fiscalía, en su intervención, precisa que:

*“la aplicación del principio de oportunidad resulta una herramienta para la descriminalización cuando existan sanciones más eficaces que pueden resultar de mayor impacto para la sociedad y mayor punibilidad para el imputado, o cuando resulte innecesario iniciar un proceso Penal o Penalizar al imputado con*

otra sanción.

*Explica que el Estado con la aplicación de la disposición demandada, declina la acción Penal en beneficio de la acción disciplinaria por considerar que existen eventos en que ésta es incluso más aflictiva que la vía Penal, como, por ejemplo, a través de la inhabilitación del ejercicio de funciones públicas, que priva al funcionario del derecho al trabajo. Señala que además puede lograrse la reparación de los perjuicios que se hubiesen causado por esa vía a través de la actuación fiscal, o la acción de repetición” (Corte Constitucional, C-988, 2006).*

La observación del comportamiento social y la práctica nos han enseñado que no hay nada a lo que los servidores públicos le tengan respeto reverencial podría decirse que a una destitución y la consecuente inhabilidad producto de un proceso disciplinario.

*“Señala que, si bien es cierto que el derecho disciplinario tiene diferentes fines a las del derecho Penal, no por esta razón la sanción disciplinaria no cumple con sus funciones de prevención y corrección que garantizan 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” (Código Disciplinario Único, artículo 16).*

*“Reitera que cuando ya se ha garantizado la protección de los principios que desarrolla la función administrativa, por medio de una sanción disciplinaria, no se hace necesario la persecución de una conducta punible por parte del ente acusador. Advierte que esta clase de investigaciones, comportan un desgaste para la administración de justicia que evita concentrar la actuación de las autoridades en delitos más graves y ocasiona una gran congestión en el sistema Penal que por el contrario requiere mayor celeridad y eficacia.*

*De acuerdo con los razonamientos expuestos, el Señor Fiscal Fiscalía solicita que se desestime la demanda de inconstitucionalidad sobre el artículo 324, numeral 10 de la Ley 906 de 2004, pues tal disposición no viola el principio constitucional de moralidad que se exige a quienes desempeñan una función en representación del Estado, y por lo tanto no es contraria a los artículos 1, 2 y 209 constitucionales” (Corte Constitucional, C-988, 2006).*

## **Academia Colombiana de Jurisprudencia**

*“Afirman que es frecuente que el legislador a partir del “desvalor de acción o de resultado” de una conducta derive criterios que permitan la disminución e incluso la prescindencia de las penas, que es precisamente lo que ocurre en la reglamentación del principio de oportunidad dentro del nuevo régimen de procedimiento Penal. Así pues, aunque la hipótesis de hecho prevista en la norma demandada no excluye por completo la antijuridicidad material de la*

*conducta, su poca trascendencia y la existencia de otros mecanismos de control social ameritan la decisión de no activar sustantivamente la jurisdicción Penal.*

*Manifiestan que no se trata, como pretenden los accionantes, de una confrontación entre el principio de la eficiencia en la administración de justicia y la moralidad pública como criterio fundante del ejercicio de la función pública, sino de la libre apreciación que en torno de la aplicación del postulado de la antijuridicidad material concede de manera amplia el constituyente a la ley.*

*De esta forma afirman que mal podría aceptarse como un principio general la hipótesis planteada por los accionantes, en el sentido de que jamás la ley podría graduar la significancia de la afectación a unos intereses jurídicos como los aludidos, pues sería negar que efectivamente lo hace en muchas ocasiones, como cuando considera las circunstancias disminuyentes o atenuantes de manera general para todas las conductas punibles o de manera específica para los delitos en particular como ocurre en el caso de algunos delitos contra la administración pública o la recta impartición de justicia.*

*Precisan que la norma demandada, lejos de constituir un desbordamiento a las posibilidades de aplicación del principio de oportunidad, significa una limitación importante a su uso, y de manera específica, al caso de los delitos contra la administración pública o la recta impartición de justicia, toda vez que específicamente se determina que solo es procedente cuando "la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa", y además, haya adecuado como medio de control social el ejercicio correspondiente de la acción disciplinaria.*

*Por último, señalan que contrario a lo que sostienen los demandantes la aplicación del principio de oportunidad en los términos de la norma demandada, lo que posibilita es que la acción de la justicia pueda aplicarse de manera preferencial en aquellos casos en los cuales la afectación de la moralidad pública sea significativa y amerite el ejercicio de la acción Penal, en una efectiva y real protección de los intereses jurídicos tutelados" (Corte Constitucional, C-988., 2006).*

## **Procuraduría General de La Nación**

*"Señala que así la conducta reprochable no queda en la absoluta impunidad, por cuanto la disposición acusada exige como presupuesto la imposición de la respectiva sanción disciplinaria por el deber funcional infringido, la cual, en virtud de la entidad del daño ocasionado, constituye una respuesta proporcional y adecuada que cumple al mismo tiempo su función preventiva especial, sin menoscabar la finalidad preventiva general predicable del Código Penal.*

*En este orden de ideas, si el funcionario judicial, al examinar cada caso concreto, considera que la sanción disciplinaria es la respuesta adecuada a la conducta, la imposición de una pena se torna innecesaria y hasta desproporcionada, por lo que resulta, totalmente, razonable que el legislador le haya permitido a la Fiscalía General de la Nación renunciar, suspender o*

*abstenerse del ejercicio de la acción Penal en estos casos, materializando con ello el principio de necesidad de la pena.*

*Aduce que no debe olvidarse que la necesidad, la proporcionalidad y razonabilidad son los tres principios a los cuales debe responder la imposición de cualquier pena.*

*Explica que la severidad de las sanciones disciplinarias imponibles, como la destitución, la suspensión y las correspondientes inhabilidades para el ejercicio de funciones públicas, desde el punto de vista preventivo especial, impiden ver en la respuesta disciplinaria un mecanismo ineficaz para proteger el principio de moralidad.*

*Manifiesta que ello es evidente frente a las conductas cometidas en forma dolosa, pues de acuerdo con el artículo 48, numeral 1º, de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único) constituyen faltas gravísimas sancionables con destitución e inhabilidad, las cuales pueden fijarse por un período entre 10 y 20 años.*

*Con base en las anteriores consideraciones, concluye que la aplicación del principio de oportunidad, en los supuestos descritos en el artículo 324, numeral 10, de la Ley 906 de 2004, no desconoce el principio de moralidad en la función administrativa. Todo lo contrario, refuerza la posibilidad de que ciertas conductas sean sancionadas Penal o disciplinariamente, cuando sus autores decidan apartarse del cabal cumplimiento de los deberes funcionales asignados, en desmedro del ejercicio de la función pública y del interés general que subyace a la misma, pero teniendo en cuenta los parámetros de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad que deben imperar en la imposición de las sanciones” (Sentencia C-988., 2006).*

Es coherente la perspectiva que desarrolla el Ministerio Público titular, de la acción disciplinaria por excelencia, frente a la necesidad de la sanción Penal, cuando ya ha habido una respuesta contundente del poder disciplinario, pues ya el sujeto de sancionado ha recibido la represión del Estado y la función pública ha sido reivindicada y protegida pues esta persona difícilmente podrá volver a acceder a ejercerla.

*“La Corte para declarar exequible el precepto demandado luego de hacer un juicio, análisis de las calidades y responsabilidades de los servidores públicos y los principios de derecho Penal y del disciplinario; fija las siguientes posiciones: Dentro de esos casos el Legislador estableció en el numeral 10 del artículo 324 -disposición acusada- que el principio de oportunidad puede aplicarse “cuando en atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o recta impartición de justicia, la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios.*

*De dicho texto se desprende que el Legislador en ejercicio de su potestad de configuración estableció la posibilidad de, excepcionalmente no ejercer la acción Penal en aplicación del principio de oportunidad frente a conductas que configuren delitos en contra de la administración pública o la recta impartición de justicia.*

*El Legislador supedita dicha posibilidad a dos precisos requisitos, a saber i) que la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa -es decir que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, y el juez de garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijuricidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo- y ii) que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinarios -es decir que en relación con la misma conducta se configure una falta disciplinaria que dé o haya dado lugar a la imposición de la sanción respectiva.*

*En relación con esta última condición cabe precisar que en la medida en que la disposición se refiere expresamente al “deber funcional” ha de entenderse que se alude en este caso a hipótesis en que los servidores públicos o los particulares que cumplan funciones públicas y como tal estén sometidos a la potestad disciplinaria incurran en conductas respecto de las cuales quepa junto con la imposición de la sanción Penal endilgarles responsabilidad disciplinaria por el incumplimiento de dichos deberes funcionales.*

*Recuérdese que el fundamento de la imputación y, en consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionadora del Estado en materia disciplinaria está determinado por la infracción de los deberes funcionales y que ello puede predicarse tanto de los servidores públicos como de los particulares que cumplen funciones públicas.*

*Es pues en relación con dichos servidores públicos o con dichos particulares que cumplen funciones públicas que ha de entenderse entonces establecida la posibilidad de dar aplicación al principio de oportunidad si se reúnen las condiciones a que aludió el Legislador en el numeral acusado. (...)*

*Como se desprende de las mismas consideraciones preliminares es claro que para la protección del principio de moralidad administrativa, que constituye sin duda un pilar esencial del funcionamiento del Estado, el Legislador no se encuentra obligado a acudir necesariamente a la acción Penal para sancionar su inobservancia.*

*Como allí se señaló en el Estado de Derecho, a la sanción Penal en función del principio de necesidad sólo debe llegarse cuando se ha producido una grave afectación de un bien jurídico, mediante un comportamiento merecedor de reproche Penal y siempre y cuando que la pena resulte estrictamente necesaria. Valga reiterar lo señalado por la Corte Constitucional en este sentido en diferentes sentencias de las que se concluye que:*

*i) El Derecho Penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han*

*resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del Derecho Penal.*

*ii) El Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y Penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la Administración, debe preferir ésta a la Penal, por ser menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.*

*Ello permite señalar el carácter subsidiario del Derecho Penal frente a los demás instrumentos del ordenamiento jurídico y, así mismo, su carácter fragmentario, en cuanto no tutela todos los ataques a los bienes jurídicos relevantes sino únicamente los más graves o más peligrosos.”*

*A ello debe agregarse que como igualmente se ha explicado la posibilidad de que mediante otros instrumentos se proteja dicho principio lleva a que el legislador bien pueda optar por prescindir de la protección Penal, cuando considere que basta con los mecanismos previstos en otros ordenamientos, - como en este caso en la normatividad disciplinaria-, o pueda atenuar las medidas de protección Penal, restringiendo el ámbito del tipo Penal, o reduciendo el quantum de la pena, o, en fin, excluir la responsabilidad o la punibilidad. Y todo ello dentro de la valoración, también, de la medida en que se estime vulnerado el bien jurídico protegido” (Corte Constitucional, C-988., 2006).*

Es alentador haber hecho este recorrido por la Sentencia, que podríamos calificar como hito, pues las reflexiones finales del Tribunal Constitucional nos permiten observar que, a pesar del llamado populismo punitivo que ha invadido al poder Legislativo aupado por el Ejecutivo, existe una pacífica posición frente al principio de ultima ratio del derecho Penal y un claro reconocimiento a la suficiencia de las demás instituciones jurídicas que nutren el poder punitivo del Estado colombiano y que como se afirma que no es que no existan normas sino que en oportunidades no es un razonable su aplicación e interpretación. En desarrollo del capítulo anterior concluimos que la protección del principio fundante de *NON BIS IN ÍDEM* en los proceso Penales y disciplinarios bajo la aplicación de la trilogía de identidades (objeto, causa y sujeto), pero acá nos surge el cuestionamiento que intentaremos resolver en el siguiente capítulo sobre la razonabilidad y necesidad de la sanción disciplinaria y Penal cuando existe identidad de sujeto, identidad de objeto e identidad de causa.

#### 4. CUARTO CAPÍTULO: RAZONABILIDAD Y NECESIDAD DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA Y PENAL CUANDO EXISTE IDENTIDAD DE SUJETO, IDENTIDAD DE OBJETO E IDENTIDAD DE CAUSA

Hemos hecho un recorrido, si no muy exhaustivo sí muy interesante, sobre los orígenes y las razones de la existencia del principio que nos ha venido ocupando en este trabajo. Se ha observado el desarrollo en nuestro derecho interno, su origen legal y la consistente línea jurisprudencial que ha unido, digámoslo, conceptual y argumentalmente a las altas cortes de nuestro sistema judicial, respecto de la pregunta de investigación. Pero no sucede lo mismo en el campo doctrinal, pues si bien es cierto que hay posiciones que defienden ampliamente la línea marcada por las altas cortes e incluso compartida por la Procuraduría General de la Nación, también hay voces disidentes que con fuertes argumentos hacen propuestas en dirección distinta y de esa situación nos ocupamos en este capítulo para tratar de explicar la **razonabilidad y necesidad de la doble sanción** y si es que esta se presenta en la aplicación del poder punitivo del Estado colombiano.

El profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en diferentes escritos, que han sido fundamento de importantes discusiones jurídicas, dada su condición de catedrático de derecho Penal y disciplinario, ha explicado claramente las sustanciales diferencias existentes entre estas dos instituciones de nuestro derecho punitivo.

*“La dogmática como “Ciencia del Derecho” tiene como fundamento la identificación de las instituciones a partir de un trabajo conceptual fundado en las diferencias y semejanzas. Derecho Penal y Derecho Disciplinario son dos especies, junto a otras, del Derecho Sancionador o ius puniendi del Estado” (Gómez Pavajeau, 2012).*

El profesor Gómez Pavajeau, deslinda, desde la dogmática, el derecho disciplinario del derecho Penal, para mostrar con claridad la autonomía del primero no solo frente al derecho Penal sino de cualquier otra disciplina o institución jurídica relacionada con el poder punitivo del Estado, veamos a

grandes rasgos algunos de sus argumentos desde lo que él ha titulado **Las categorías dogmáticas de “relación general de sujeción” y de “relación especial de sujeción”**

Empieza por sostener que:

*“el nacimiento del Estado moderno comportó la separación tajante entre Moral y Derecho, dando origen a una sistematización y racionalización de las instituciones jurídicas, apareciendo claramente la idea de “relación general de sujeción”, cuya expresión más importante es el Derecho Penal y de “relación especial de sujeción” que informa, principalmente, al Derecho Disciplinario aplicable a los servidores públicos. La relación especial de sujeción es, para el Derecho Disciplinario, lo que la Teoría del Bien Jurídico es para el Derecho Penal” (Gómez Pavajeau, 2012).*

Surge entonces, aquí, la inquietud de si es válido plantear, cuando es razonable y necesaria, la existencia de sanción, en uno u otro sentido, o la coexistencia de ambas (bajo la hipótesis planteada en nuestro trabajo) sin perder de vista la independencia de las dos instituciones que de suyo elimina la posibilidad de la doble incriminación.

Para intentar responder este interrogante es preciso observar que función cumple el derecho disciplinario en el contexto del derecho sancionatorio y si se contrapone a la función del derecho Penal o, si en virtud de su autonomía, cumple un papel preponderante en la protección de la administración pública funcional.

Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C- 319 de 2019, haciendo referencia a su línea jurisprudencial, ha sostenido que:

*“el derecho sancionatorio surge con el aumento de funciones del Estado, el incremento de deberes de los particulares y la creciente complejidad de las sociedades contemporáneas. Se reconoce que ciertas actividades u omisiones, ya sea de particulares o de autoridades públicas, requerían una respuesta por parte del derecho, pero a su vez resultó claro que no todas eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a los intereses que se pretendían proteger, se distinguieron aquellas que debían ser objeto de sanción directa por la Administración y otras que se reservarían a la justicia Penal”<sup>1</sup>. “Así, emerge un poder en cabeza de las autoridades administrativas que busca garantizar la integridad y restauración del orden jurídico, mediante sanciones correctivas y disciplinarias, el cual contribuye a asegurar el cumplimiento de las propias*

---

<sup>1</sup> Sentencia C-818 de 1005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

*decisiones administrativas”<sup>2</sup>.*

*“La potestad punitiva del Estado se ejerce a partir de las competencias conferidas a los diferentes órganos, para imponer sanciones de variada naturaleza jurídica”<sup>3</sup>. Se han distinguido tradicionalmente, por un lado, el derecho Penal, de estricta aplicación judicial, y por otro lado, los poderes propios del derecho sancionatorio en general, como es el caso del derecho contravencional, el disciplinario y el derecho correccional<sup>4</sup>. En lo que hace relación específicamente al derecho disciplinario, la jurisprudencia constitucional ha indicado que constituye una herramienta fundamental para el cumplimiento de los fines del Estado (Arts. 1º y 2º de la C.P.), materializa el principio de responsabilidad de los funcionarios públicos (Arts. 6, 122 y 123 de la C.P.), desarrolla la competencia del Legislador para la regulación de la responsabilidad de las autoridades, permite la tutela de los principios de la función pública y desarrolla las competencias del control disciplinario<sup>5</sup>.*

*La finalidad general del derecho disciplinario está dada por la salvaguarda de la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores del Estado<sup>6</sup>. Así mismo, por la garantía de la buena marcha y buen nombre de la administración pública y la obligación de asegurar a los gobernados que las funciones oficiales sean ejercidas en beneficio de la comunidad (Art. 2º de la CP)<sup>7</sup>. En consecuencia, desde el punto de vista interno, persigue el*

---

<sup>2</sup> Sentencia C-214 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell. En el mismo fallo, la Sala cita a García de Enterría, cuando afirma: “[l]a actividad administrativa de policía se caracterizaría por ser una actividad de limitación de derechos de ciudadanos, con objeto de prevenir los peligros que de su libre ejercicio podrían derivarse para la colectividad, y tal actividad se expresaría en formas típicas, las más peculiares de las cuales serían órdenes, autorizaciones, sanciones y coacciones. // “Esa doctrina que tuvo que ser apuntada con la distinción entre policía general, o de orden público, y policías especiales, ha sido abandonada y la policía se ha reducido en la actual doctrina alemana a su función específica referida al orden público. Se habla ahora, como concepto general para la actividad interventora de la administración de Administración ordenadora, no en el sentido del orden público, sino en el genérico de la ordenación de las actividades privadas, concepto que se contrapone a administración prestacional, que realiza servicios o prestaciones en favor de los administrados”(Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Editorial *Civitas*, Madrid, 1986, T.II, p. 96.).

<sup>3</sup> Sentencias C-530 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett; y C-721 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

<sup>4</sup> Ver sentencias C-1112 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-242 de 1999. M.P. (e) Martha Victoria SÁCHICA; y T-492 de 2002. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>5</sup> Sentencia C-721 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>6</sup> Sentencias C-341 de 1996. M.P. Antonio Barrera Carbonell; T-1093 de 2004. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y C-818 de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil. En la Sentencia C-948 de 2002 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), precisó la Sala: “[c]onstituye elemento básico de la organización estatal y de la realización efectiva de los fines esenciales del Estado social de derecho, la potestad del mismo de desplegar un control disciplinario sobre sus servidores, dada la especial sujeción de éstos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública; de manera que, el cumplimiento de sus deberes y responsabilidades se efectúe dentro de una ética del servicio público y con sujeción a los principios de moralidad, eficacia y eficiencia que caracterizan la actuación administrativa y el cabal desarrollo de la función pública”.

<sup>7</sup> Ver sentencias C-155 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-762 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; y C-948 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis. En la Sentencia C-280 de 1996 (M.P.

*cumplimiento de los deberes a cargo de los servidores públicos y desde el punto de vista externo, tiene el propósito de que se alcancen los fines del Estado y los principios de la función pública*<sup>8</sup>.

*Ahora bien, un rasgo consustancial a todas las expresiones de derecho sancionatorio mencionadas con anterioridad, incluida la disciplinaria, es su aptitud para causar restricciones a los derechos constitucionales. Esto se debe a las características de las consecuencias previstas por el Legislador frente al desconocimiento de las normas respectivas, que van desde el llamado de atención, la carga monetaria a favor del Estado, hasta la suspensión o cancelación de una licencia profesional o la inhabilitación temporal para desempeñar funciones públicas y, en el caso más extremo, la privación de la libertad*<sup>9</sup>. Como efecto, la Corte ha sostenido en múltiples oportunidades que los principios del derecho Penal en general (en tanto forma paradigmática de control de la potestad punitiva) operan, aunque con matices<sup>10</sup>, a todas las formas de actividad sancionadora del Estado<sup>11</sup> y, en particular, al derecho disciplinario” (Corte Constitucional, C-392, 2019).

---

Alejandro Martínez Caballero), la Corte explicó que el derecho disciplinario “es consustancial a la organización política y absolutamente necesario en un Estado de Derecho (C.P. art. 1º), por cuanto de esta manera se busca garantizar la buena marcha Por ello el derecho disciplinario "está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones", ya que los servidores públicos no sólo responden por la infracción a la Constitución y a las leyes sino también por la omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones (CP. art. 6º)”. Ver, así mismo, Sentencias C-341 de 1996. En esta misma decisión, se resaltó que la administración se halla instituida para servir a los altos intereses de la comunidad, lo cual se traduce en el deber de desarrollar actividades concretas de beneficio colectivo para satisfacer las necesidades insatisfechas de ésta, mediante el ejercicio de los diferentes poderes de intervención de que dispone, todo lo cual impone que la actividad de los funcionarios estatales se adecue a los imperativos de la eficacia, la eficiencia y la moralidad administrativa. De este modo, afirmó la Sala, “se asegura el adecuado funcionamiento de los servicios estatales, el correcto manejo y la preservación del patrimonio público, y la buena imagen de la administración, la cual gana legitimidad y credibilidad frente a la comunidad”.

<sup>8</sup> Sentencia C-721 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>9</sup> Sentencia C-762 de 2009. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>10</sup> Ver, entre otras, las sentencias T-438 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-195 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-244 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-280 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero, en la Sentencia C-530 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Ver, también, la Sentencia C-564 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>11</sup> Sentencias C-597 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-599 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz; C-195 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-390 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-259 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara; C-244 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-280 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.; y C-690 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En la Sentencia C-1161 de 2000 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), señaló la Sala Plena: “10- Uno de los principios esenciales en el derecho sancionador es el de la legalidad, según el cual las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa (tipicidad) sino que, además, deben tener un fundamento legal, por lo cual su definición no puede ser delegada en la autoridad administrativa. Además, es claro que el principio de legalidad implica también que la sanción debe estar predeterminada ya que debe haber certidumbre normativa previa sobre la sanción a ser impuesta pues, como esta Corporación ya lo había señalado, las normas que consagran las faltas deben estatuir "también con

Vemos que el Tribunal Constitucional vuelve sobre su precedente jurisprudencial de robusta consistencia, para determinar que la finalidad del derecho disciplinario es la salvaguarda de la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores del Estado. Desde esta perspectiva es válido sostener que el derecho disciplinario es, sin lugar a duda, una institución muy importante en nuestro ordenamiento interno como herramienta fundamental para el sostenimiento del estado social de derecho y el cumplimiento efectivo de sus fines.

*“El proceso de imposición de sanciones disciplinarias por parte de la PGN asegura las garantías judiciales previstas por el artículo 29 de la Constitución y 8 de la CADH. En efecto, el Código Disciplinario Único y el Código General Disciplinario establecen los siguientes principios que rigen la Ley Disciplinaria: (i) el principio de legalidad; (ii) el pleno respeto al debido proceso; (iii) la presunción de inocencia; (iv) la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva; (v) la aplicación de la ley más favorable; (vi) la igualdad ante la ley; (vii) el derecho a la defensa; (viii) la proporcionalidad entre la sanción y la gravedad de la falta cometida; (ix) el deber de la autoridad de motivar las decisiones de fondo; (x) la aplicación de los principios constitucionales y de los tratados internacionales sobre derechos humanos, entre otros. Así, es claro que se trata de un procedimiento reglado que asegura el respeto por todas las garantías judiciales que protegen la Constitución y la CADH” (Corte Constitucional, C-111, 2019)*

Se ha hecho referencia en la parte introductoria de este trabajo, al caso Petro Urrego Vs Colombia, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues este fallo limita la facultad de la Procuraduría General de la Nación para investigar, suspender, inhabilitar y destituir servidores públicos de elección popular; nos parece de importante trascendencia por la forma como este tribunal internacional limitó las facultades del órgano disciplinario.

---

carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquéllas”. Ver, así mismo, la Sentencia C-597 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero. En igual sentido, en la Sentencia C-564 de 2000 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), indicó: “5.5. El principio de legalidad, en términos generales, puede concretarse en dos aspectos: el primero, que exista una ley previa que determine la conducta objeto de sanción y, el segundo, en la precisión que se empleó en ésta para determinar la conducta o hecho objeto de reproche y la sanción que ha de imponerse. Aspecto éste de gran importancia, pues con él se busca recortar al máximo la facultad discrecional de la administración en ejercicio del poder sancionatorio que le es propio”.

El punto es que esta discusión ha impuesto un llamado al País Político y, desde luego, al País Jurídico —si es válido llamarlo así—, a la academia, los doctrinantes y litigantes a fijar posiciones frente a si es necesaria una reforma constitucional para definir si, finalmente dejamos a más de veinte mil servidores públicos, elegidos popularmente, por fuera del control disciplinario, es decir, liberarlos de la relación especial de sujeción, pilar fundamental del derecho disciplinario, como lo ha referido el profesor Gómez Pavajeau y con ello de aquello que nuestro Tribunal Constitucional ha definido con absoluta claridad:

***“la finalidad general del derecho disciplinario está dada por la salvaguarda de la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores del Estado. Así mismo, por la garantía de la buena marcha y buen nombre de la administración pública y la obligación de asegurar a los gobernados que las funciones oficiales sean ejercidas en beneficio de la comunidad”***  
(Art. 2º de la CP) (Corte Constitucional, C-392, 2019) (énfasis fuera de texto);

o si establecemos una especie de control intermedio entre el Disciplinario y el Penal. Institución que no me atrevo, siquiera, a imaginar, pues aquí vale recordar un comentario que me hiciera en una clase del curso de esta maestría, el profesor William Monroy, hoy director de este trabajo de grado, cuando planteé el interrogante que se desarrolla en este capítulo, “entonces tendríamos que definir hasta donde un pedacito del uno y un pedacito del otro”. Es claro que, aparentemente, la Corte Interamericana el único camino que nos deja para el control de estos servidores es el de la aplicación inmediata del Derecho Penal con toda la celeridad y garantía de no impunidad, que son muy difíciles de lograr en un sistema judicial como el nuestro.

El interrogante obligado es, ¿en dónde, o en manos de quién, queda lo que nuestra Corte Constitucional ha definido como la salvaguarda de la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores del Estado, la garantía de la buena marcha y buen nombre de la administración pública y la obligación de asegurar a los gobernados que las funciones oficiales sean ejercidas en beneficio de la comunidad?

Se tendría que entender que, para el caso de los servidores públicos de elección popular, las faltas gravísimas contempladas en las leyes 734 y 1952, ya no son parte del ordenamiento disciplinario, sino claros y puros tipos penales, de suerte que para esta categoría de servidores solamente sus actos serán controlados por la jurisdicción penal. Pues si nos atenemos, en estricto sentido, al fallo del tribunal multilateral, ni siquiera la responsabilidad fiscal les sería imputable con miras a una sanción de inhabilidad, si no se resarce el daño ocasionado al patrimonio del Estado<sup>12</sup>. Llegando al extremo de pensar que, si vuelve a ejercer la función pública y causa un nuevo detrimento patrimonial, podría estar tranquilo ya que este no apareja una conducta típica penalmente reprochable, pues no responde si su pecunio es cero el Estado queda literalmente burlado.

Estas reflexiones nos alertan para buscar mecanismos que permitan al Estado disciplinar a los servidores públicos de elección popular con acciones y sanciones contundentes, pues no puede olvidarse que estos servidores son los que tienen la responsabilidad de tomar decisiones que afectan de manera directa al ciudadano y que, en este grupo, no solo están los servidores del nivel ejecutivo del Estado sino también del legislativo y los demás órganos de representación popular. Sin lugar a duda, en este selecto grupo se encuentra concentrado el poder del Estado que, en virtud del principio de pesos y contrapesos, debe tener controles muy estrictos para evitar el desbordamiento y la arbitrariedad de ese poder, pero además garantizar que la función pública y la administración cumplan con los postulados del artículo segundo de nuestra Constitución (fines esenciales del Estado).

A pesar de haber hecho referencia, en un capítulo precedente, al principio de oportunidad contenido en la causal novena del artículo 324 de la ley 906 de 2004, para el análisis que hemos planteado de la suficiencia o razonabilidad

---

<sup>12</sup> Véase pág. 5, cita (Caso Petro Urrego Vs Colombia, 2020, párrafo 114).

de la sanción Penal o la disciplinaria, respecto de la responsabilidad de los servidores públicos, es preciso traer en este momento, dada su importancia, lo planteado y establecido por la Fiscalía General de la Nación en la publicación **Principio de oportunidad bases conceptuales para su aplicación.**

¿Por qué traer este estudio a este análisis? Sencillamente porque en nuestro sentir la institución jurídica establecida en la causal novena permite determinar si existe la posibilidad de que la respuesta disciplinaria sea suficiente para salvaguardar el bien jurídico Administración Pública, o si siempre será necesaria la intervención de derecho Penal para garantizar tal salvaguarda.

Veamos la CAUSAL NOVENA:

*“en los casos de atentados contra bienes jurídicos de la administración pública o de la recta administración de justicia, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes” (Ley 906, 2004, art. 324).*

Plantea el ente investigador y acusador que esta causal presenta problemas que se resumen en tres aspectos básicos y sostiene que frente a los cuales se han dado discusiones doctrinarias e importantes debates en la práctica judicial y los enlista así:

- (i) **“Delitos frente a los que procede**  
*La norma hace alusión a dos bienes jurídicos en concreto: la administración pública y la recta y eficaz administración de justicia, para cuya protección el legislador consagró 35 y 17 delitos, respectivamente. Cabe resaltar que, de los 52 delitos en comento, sólo 29 tienen sujeto activo calificado, amén que frente a los restantes los particulares pueden responder Penalmente bajo la denominación de interviniente, afirma que, esta situación ha generado discusión incluso en torno a la posibilidad de aplicar la causal novena a personas que no tengan la calidad de servidor público.*
- (ii) **La afectación del bien jurídico funcional debe ser poco significativa**  
*Algunos autores se refieren a la imposibilidad, desde la perspectiva constitucional, de aplicar el Principio de Oportunidad a delitos cometidos por funcionarios públicos y cita a Perdomo Torres (Op. cit., p. 150) porque dichos delitos “son expresión de la necesaria garantía de la confianza de los ciudadanos en el Estado y en el correcto funcionamiento de sus instituciones” y que “la moralidad en el ejercicio de la función pública como principio*

*constitucional es garantizada de esta forma” (Resumen de la demanda contra la causal 10, resuelta en la Sentencia” C-988 de 2006.)<sup>13</sup>*

*Al analizar la constitucionalidad de la causal novena, la Corte Constitucional Corte (Constitucional, C-988, 2006) que:*

*“No es cierto que en esta materia no quepa ningún tipo de graduación de la conducta de los servidores públicos o de los particulares que cumplen funciones públicas que incurran en actuaciones que atenten contra bienes jurídicos de la administración pública o la recta administración de justicia y por consiguiente no puede optarse por el legislador por un determinado mecanismo de protección —Penal o disciplinaria— ni pueda graduarse la sanción a imponer —que en criterio de los actores necesariamente debería ser siempre la máxima dada la gravedad que siempre tiene el incumplimiento de los deberes por parte de dichos servidores y particulares tratándose de la afectación de la administración pública y la administración de justicia”.*

*“Ello no desconoce el principio de necesidad al que se ha hecho referencia sino al principio de antijuridicidad material que ha sido acuñado por la doctrina jurídico Penal y recogido en la legislación como uno de los elementos necesarios del delito. Principio al que esta Corporación ha reconocido como ya se señaló clara relevancia constitucional.” (Fiscalía General de la Nación, 2010)*

*Gómez Pavajeau en su participación en la Comisión Constitucional Redactora de la Ley 906 de 2004 es citado por la Fiscalía General de la Nación (2010, p. 139) pues sostiene en la misma línea que: “esta causal reconoce, sin ambages, la consideración doctrinaria acerca de que los delitos contra la administración pública y la recta impartición de justicia constituyen su injusto a partir de un desvalor de resultado, que da cuenta de la afectación al bien jurídico funcional y de un desvalor propio del quebrantamiento del deber especial que emana de la relación especial de sujeción que vincula al funcionario” (Fiscalía General de la Nación, 2010).*

Gómez Pavajeau y Forero Ramírez, citados por la Fiscalía General de la Nación (2010, p. 139), hacen una comparación de los ejemplos de materialización de este primer requisito pues este hace referencia a un peculado por apropiación de un bien de bajo valor cuando plantea:

*“Como ejemplo, se puede plantear la conducta de un servidor público que se apropia de parte de la gasolina que se le entrega para efecto del vehículo oficial que conduce. Como se puede notar, la afectación al patrimonio es evidente, empero, el valor intrínseco de lo hurtado no es significativo y los daños colaterales no son mayores, por lo cual la respuesta adecuada es la sanción disciplinaria, consistente en la destitución del cargo y la inhabilidad para el ejercicio de las funciones públicas por tiempo indefinido (Artículos 44 numeral*

---

<sup>13</sup> Es de advertir que la causal novena se convirtió en la décima por virtud de la reforma al artículo 324 de ley 906 introducida por el artículo segundo de la 1312 de 2009.

11, y 45 numeral 1 y 46 de la Ley 734 de 2002)” (Fiscalía General de la Nación, 2010),

mientras que el segundo hace alusión a un peculado por uso indebido y a un prevaricato por omisión. Refiriendo a Garzón Marín y Londoño Ayala afirma que ellos expresan que esta causal puede aplicarse,

*“en el caso del peculado por aplicación oficial diferente (Artículo 399) cuando no resulta tan lesivo para el interés social y estatal, que se tenía, en tanto, la destinación específica de una parte del patrimonio público asignado a determinado objeto contractual. O en el prevaricato (Artículo 413) cuando se tenga una duda sobre el elemento subjetivo de este tipo Penal; claro está, considerando el contexto de vulneración al interés jurídico —Penalmente tutelado—”.*

*Para estos efectos debe considerarse la pena asignada por el legislador, el tipo de delito y el daño efectivamente causado en cada caso en concreto. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C-988 de 2006, expresó que la aplicación de la causal está supeditada, entre otras cosas, a que la afectación del bien jurídico resulte poco significativa, “es decir, que la afectación de la administración pública o de la eficaz y recta impartición de justicia sea leve, valoración que deberá efectuar en concreto la Fiscalía, el Juez de Garantías encargado de realizar el respectivo análisis de antijuridicidad y proporcionalidad con ocasión del control de legalidad respectivo”. (Corte Constitucional C-988, 2006 citada por Fiscalía General de la Nación, 2010)*

**(iii) Que la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes**

**1. ¿Qué debe entenderse por deber funcional?**

*La Corte Constitucional ha emitido diferentes pronunciamientos sobre el deber funcional, y sobre la infracción al mismo como presupuesto de la sanción disciplinaria. En la Sentencia C-819 de 2006, la Corte hace un importante recorrido sobre su propia línea jurisprudencial y anota lo siguiente sobre el tema objeto de análisis: “En cuanto a las finalidades, esta Corporación destaca que el derecho disciplinario se estructuró con la finalidad de asegurar las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan indispensables para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado. Esta razón es la que justifica su existencia en el ordenamiento jurídico; así, su consagración dentro de un sistema de reglas es un imperativo para asegurar, por un lado, el cumplimiento de los fines de la organización política estatal a través de una función pública que responda a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, celeridad, imparcialidad y publicidad, y, por otro lado, propender porque los servidores públicos en ejercicio de sus funciones respondan al concepto de ciudadano cumplidor de las obligaciones legales y, por lo tanto, no lesionen la imagen del Estado.*

*Esas condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, a cuya salvaguarda se orienta el derecho disciplinario son la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos. Es precisamente, en la realización de los mencionados fines, donde se encuentra el fundamento para la responsabilidad disciplinaria, la cual supone la inobservancia de los deberes funcionales de los servidores públicos o de los particulares que ejercen funciones públicas, en los términos previstos en la Constitución, las leyes y los reglamentos que resulten aplicables.*

*En el mismo proveído, el Alto Tribunal reitera lo que debe entenderse por infracción o quebrantamiento del deber funcional:*

*“El desconocimiento de la función social que le incumbe al servidor público o al particular que cumple funciones públicas. En este sentido también ha dicho la Corte que, si los presupuestos de una correcta administración pública son la diligencia, el cuidado y la corrección en el desempeño de las funciones asignadas a los servidores del Estado, la consecuencia jurídica de tal principio no podría ser otra que la necesidad de castigo de las conductas que atentan contra tales presupuestos, conductas que -por contrapartida lógica- son entre otras, la negligencia, la imprudencia, la falta de cuidado y la impericia. En términos generales, la infracción a un deber de cuidado o diligencia”. (Sentencia C-181, 2002)*

## **2. La respuesta disciplinaria como fundamento de la aplicación de esta causal**

*Para analizar este aspecto ha de tenerse en cuenta que, el ordenamiento jurídico consagra varias respuestas estatales a las conductas punibles realizadas por servidores públicos, pues las mismas pueden ser objeto de sanción en el campo Penal y en el campo disciplinario. Al margen de la discusión sobre si esa doble respuesta implica la transgresión del principio NON BIS IN ÍDEM, cabe resaltar el reconocimiento que hace la jurisprudencia nacional a la importancia de la sanción disciplinaria.*

*En la Sentencia C-988 de 2006, la Corte Constitucional hizo énfasis en que la sanción Penal no es la única respuesta que consagra el ordenamiento jurídico para los atentados contra la moralidad pública; dijo:*

*“De lo anterior se concluye que son pues variados los instrumentos encaminados a reprimir el incumplimiento del principio de moralidad, por lo que es claro que no es solamente la acción Penal (artículo 250, Constitución Política)—cuando como responsable de la determinación de la política criminal del Estado el Legislador tipifica determinadas conductas como delitos— con la que se cuenta en el ordenamiento para asegurar su vigencia y respeto” (Fiscalía General de la Nación, 2010).*

La Corte Constitucional (C-988, 2006) citada por la Fiscalía, reitera que:

*“el derecho Penal en un Estado democrático sólo tiene justificación como la última ratio que se ponga en actividad para garantizar la pacífica convivencia de los asociados, por lo cual la utilidad de la pena de manera ineluctable supone*

*la necesidad social de la misma; o sea que, en caso contrario, la pena es inútil y en consecuencia imponerla deviene en notoria injusticia”*

*La Corte concluyó que cuando convergen los dos requisitos de la causal — afectación leve del bien jurídico y respuesta disciplinaria adecuada—, al consagrar la causal novena de aplicación del Principio de Oportunidad el legislador hizo uso de su potestad de configuración, sin desbordar los límites consagrados en la Constitución Política.*

*La doctrina afirmando que esta también analiza la importancia del derecho disciplinario como respuesta eficaz del Estado a algunas infracciones de los servidores públicos, por ejemplo, Günther Jakobs (1995) citado por la Fiscalía General de la Nación (2010, p. 142) expone:*

*“El sistema de las medidas disciplinarias no es por ello un sistema reducido de las penas y medidas de seguridad del Código Penal. Más bien presenta otros puntos esenciales, por el siguiente motivo: la separación del servicio se halla disponible en derecho disciplinario como medio de eficacia preventivo especial absolutamente segura. Los equivalentes jurídico-Penales, pena perpetua, privativa de la libertad, internamiento de seguridad, afectan con una profundidad desproporcionada a los intereses del reo, especialmente a sus derechos; por eso sus presupuestos son más estrictos” (Jakobs, 1995).*

*En este orden de ideas, aunque algunos consideren que esta modalidad de aplicación del Principio de Oportunidad es inconstitucional, la misma ha sido considerada ajustada a la Carta por la Corte Constitucional, lo que allana el camino para que se consolide como una importante herramienta jurídica para desarrollar el principio de última ratio y para cumplir los demás objetivos del Principio de Oportunidad. En todo caso, su aplicación deberá sujetarse a los límites constitucionales y legales, incluyendo las reglas fijadas por la Corte.*

***¿La causal novena implica que la sanción disciplinaria haya sido impuesta?***

*la redacción de la causal ha dado lugar a diferentes interpretaciones sobre este requisito. En efecto, la norma habla de que la conducta tenga o haya tenido respuesta disciplinaria, lo que permite concluir, de un lado, que basta con que el ordenamiento jurídico tenga prevista la sanción y el respectivo proceso para imponerla, y de otro, que es necesario que dicha sanción haya sido impuesta por la autoridad competente. Hace referencia la doctrina colombiana citando a Forero Ramírez y dice que el tratadista, indica de manera expresa que no es necesario que se haya impuesto una sanción disciplinaria para que pueda aplicarse el Principio de Oportunidad; “Es importante tener en cuenta que para aplicar esta causal, no es necesario que se haya producido una sanción disciplinaria, pues el código aclara expresamente que esta conducta debe tener o haber tenido como respuesta adecuada el reproche y la sanción disciplinaria. Por ello, el fiscal puede considerar que frente a la conducta que se investiga, el reproche y la sanción adecuados sea el que lleve a cabo la entidad encargada de la acción disciplinaria”.*

*Mestre Ordóñez considera que “la situación descrita requiere que el sujeto de la conducta sea un servidor público y se presenta cuando hubo respuesta del Estado por intermedio de la función disciplinaria o es posible que ésta exista y la conducta no es tan grave, de manera que no hay necesidad de continuar, además, un proceso Penal”.*

*Otro sector de la doctrina se inclina por la necesidad de que exista sanción disciplinaria: “Pero la escasa insignificancia que pueda tener el atentado contra el bien jurídico no quiere decir que el ordenamiento normativo se sustraiga al procesamiento y sanción de tal conducta, el orden jurídico disciplinario se ha debido pronunciar al respecto mediante la correspondiente sanción la cual sería suficiente comparándola con el nivel o grado sancionatorio característico del derecho Penal que podría parecer desproporcionado mirando objetivamente la dañosidad producida con la acción objeto de reproche de la norma disciplinaria” (Garzón Marín y Londoño Ayala)*

*Gómez Pavajeau deja entrever que es posible aplicar el Principio de Oportunidad antes de que se imponga la sanción disciplinaria, pero en esos eventos procederá bajo la forma de suspensión, lo que, según se verá a continuación, coincide con lo debatido en el interior de la Comisión Constitucional Redactora y que en tal sentido dijo:*

*Para la aplicación de la causal, no se requiere que efectivamente nos encontremos ante la actualidad de la imposición de la sanción. Basta con que se presenten datos objetivos de que la sanción se impondrá, pues precisamente para ello podrá suspenderse el procedimiento” (acta Número 30 de comisión redactora)*

*En el ejemplo que utiliza, Gómez Pavajeau parece dar por sentada la importancia de la sanción disciplinaria frente a los fines que eventualmente cumpliría la sanción Penal, lo que finalmente se traduce en otro argumento para concluir que la causal está cimentada -para efectos de aplicar el Principio de Oportunidad en la modalidad de renuncia- en la existencia de la sanción disciplinaria:*

*Desde el punto de vista preventivo especial, al ser destituido el funcionario, no existe posibilidad alguna que siga delinquiendo al interior del Estado y dada la drasticidad de la sanción disciplinaria no se relajan los frenos inhibitorios que comporta la disuasión a terceros potenciales infractores, pues se deja claramente sentado que el Estado reaccionará de la misma forma ante situaciones iguales”*

*En ejemplos como el propuesto por el profesor Gómez, cabría preguntarse qué sucedería si se hubiera aplicado el Principio de Oportunidad en la modalidad de renuncia antes de la existencia de una sanción disciplinaria y, por alguna circunstancia, el proceso disciplinario se hubiese paralizado o terminado por la vía de la prescripción. ¿Cómo se garantizaría la prevención especial?, ¿cómo se garantizaría la “no relajación de los frenos inhibitorios como mecanismo de disuasión a otros infractores”? Frente a estas posibilidades, en la Comisión Constitucional Redactora se planteó la posibilidad de acudir a la modalidad de*

*suspensión hasta tanto se verificará la imposición de la sanción disciplinaria; en tal sentido se afirmó:*

*En aquellos donde no se lesiona tanto ese bien jurídico protegido, sino que se cuestiona la infracción al deber como una antijuridicidad compleja, perfectamente el Estado puede renunciar o suspender por un tiempo el proceso Penal para ver cómo evoluciona el disciplinario, ya que con éste es suficiente para alcanzar la respuesta del Estado a esa actividad irregular” (Acta número 20, intervención de Carlos Arturo Gómez Pavajeau, comisión redactora)*

*Si bien es cierto al interior de la Comisión Constitucional Redactora se planteó la posibilidad de disponer expresamente que podría aplicarse el Principio de Oportunidad en la modalidad de suspensión cuando el proceso disciplinario no hubiera llegado a su fin, dicha posibilidad no quedó incluida en el texto final de la ley 906 de 2004. En todo caso, resulta útil recordar las alternativas que se plantearon sobre el particular: En atención a la pregunta del doctor Mejía, el doctor Gómez Pavajeau indicó que en su concepto la causal se aplicaría sobre la hipótesis probable si falla la justicia disciplinaria. Agregó el doctor Mejía que se debía trabajar sobre casos abstractos en la medida que si se supeditada al hecho concreto no se estaría evacuando el asunto. Manifestó que en muchas oportunidades la justicia disciplinaria era más pronta que la justicia Penal, por ello reiteró que no se debería insistir en la persecución Penal cuando se puede obtener respuesta disciplinaria adecuada y oportuna y en esa medida se procedería a la suspensión. Adicionalmente, propuso que se agregará lo siguiente: “cuando haya tenido respuesta adecuada de reproche y la sanción disciplinaria será abstención o renuncia, entonces, en el primer evento será suspensión y en el segundo evento será abstención o renuncia”. (Acta número 20, comisión redactora)*

*Ante el panorama planteado, es claro que el fiscal cuenta con diferentes opciones argumentativas para decidir en uno u otro sentido la aplicación de la causal novena del Principio de Oportunidad cuando la sanción disciplinaria no se haya proferido y que en todo caso, tendrá que sustentar su decisión, como frente a sí concluye que la imposición de la sanción disciplinaria es requisito esencial para disponer la renuncia al ejercicio de la acción Penal, podrá optar por acudir a la figura intermedia de la suspensión en los eventos en que el proceso disciplinario no se haya iniciado o no haya llegado a su fin; pero que habrá que tener en cuenta los efectos que la suspensión pueda tener en la eficacia de una eventual persecución Penal.*

*Si por el contrario, parte de que no es necesario que se haya impuesto la sanción disciplinaria, será necesario explicar en cada caso concreto por qué se justifica acudir directamente a la renuncia de la acción Penal, en cualquiera de estos supuestos: (i) que el proceso disciplinario no se haya iniciado, (ii) que el proceso se haya iniciado pero no se conozca su resultado y (iii) que el proceso disciplinario haya terminado con una decisión absolutoria” (Fiscalía General de la Nación 2010).*

Ahora la Fiscalía se propone analizar cómo opera la causal Novena del artículo 34 de la ley 906 respecto de los particulares:

### ***“La causal novena frente a los particulares***

*Este es uno de los aspectos que ha generado mayor controversia en la aplicación de la causal novena de Principio de Oportunidad, bien porque se trate de delitos que atenten contra la administración pública y la recta administración de justicia que no tienen sujeto activo calificado, o cuando tratándose de delitos con sujeto activo calificado se presenta la participación de un particular -que no esté cumpliendo funciones públicas-, bajo la modalidad de interviniente que regula el Artículo 30 del Código Penal” (Fiscalía General de la Nación 2010).*

Es preciso resaltar que el recorrido por este análisis de la aplicación de la causal novena del artículo 324 de la 906 de 2004, hoy contenida en el numeral décimo por modificación hecha por la ley 1312 de 2009, permite reflexionar sobre la suficiencia, la eficacia y la razonabilidad de la sanción disciplinaria para no tener que acudir a la Penal, más drástica de pronto, pero muy seguramente menos oportuna.

Sin embargo, ha de tenerse presente que la aplicación del principio de oportunidad consagrado en el ordenamiento Constitucional y desarrollado por las leyes 906 y 1312, es posible aplicarlo siempre y cuando haya una respuesta disciplinaria y para conductas de poca afectación al bien jurídico tutelado y bajo circunstancias especialmente definidas en la ley.

Pero también es imperioso resaltar que la aplicación del principio de oportunidad es de absoluta discrecionalidad del fiscal y sujeta al control y aprobación del juez, de suerte que no es diáfana la pretendida suficiencia de la acción disciplinaria y por ahora podría decirse que dadas las circunstancias actuales, es sana y prudente no solo la coexistencia de las instituciones Penal y Disciplinaria como expresiones conductuales del poder punitivo del Estado, sino que se hace absolutamente necesaria una colaboración armónica, real y efectiva para proteger el bien jurídico administración pública y garantizar el cumplimiento de los fines esenciales del estado social de derecho.

Lo que se aventura uno a concluir es que no es prudente fijar posturas pétreas que definan cuál de las dos instituciones en análisis sea la más razonable o la más suficiente en el ejercicio del poder punitivo del Estado.

## **5. QUINTO CAPÍTULO: ANÁLISIS DESDE EL DERECHO EXTERNO SOBRE LA RAZONABILIDAD Y NECESIDAD DE LA SANCIÓN DISCIPLINARIA Y PENAL, EXISTIENDO IDENTIDAD DE SUJETO, IDENTIDAD DE OBJETO E IDENTIDAD DE CAUSA**

En este capítulo final se propone traer en referencia principalmente posturas jurisprudenciales y doctrinales, respecto de cómo se ha resuelto o se ha planteado resolver situaciones análogas a nuestro interrogante y muy especialmente lo planteado en estos dos últimos capítulos.

Para lograr el objetivo se ha seleccionado jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y algunas publicaciones de tratadistas internacionales relacionadas directamente con las instituciones jurídicas en análisis.

### **5.1 Tribunal Constitucional Español**

#### **Sentencia 77/1983**

El Tribunal Constitucional Español en sentencia 77/1983, al resolver un recurso de amparo presentado por un ciudadano que había sido investigado por una conducta Penalmente reprochable por la cual fue absuelto por el poder judicial y el Gobierno Civil de Cádiz impuso una multa de 500.000 pesetas por los mismos hechos, Contra la Resolución del Gobierno Civil de Cádiz interpuso el sancionado recurso contencioso administrativo ante la Sala de la Audiencia Territorial de Sevilla, la cual dictó Sentencia desestimando el recurso y confirmando el acto administrativo recurrido por considerarlo conforme con el ordenamiento jurídico.

En su Sentencia, la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Sevilla, estableció que estimaba probada la culpabilidad del recurrente.

*“El Procurador de los Tribunales, actuando en nombre y representación del sancionado, interpuso el recurso de amparo, Solicitando la declaración de inconstitucionalidad de la sentencia recurrida dictada por la Sala de lo*

*Contencioso-administrativo de la Audiencia de Sevilla y la consiguiente nulidad de esta.*

*El recurso de amparo se fundamentaba en la infracción del párrafo tercero del art. 9 de la Constitución, argumentando que no pueden imponerse sanciones gubernativas y Penales por unos mismos hechos y que cuando los actos contrarios al orden público revisten los caracteres de delito han de enviarse al órgano jurisdiccional competente los antecedentes y las actuaciones practicadas para que éste proceda a su enjuiciamiento.*

*El Ministerio Fiscal le solicitó al Tribunal el otorgamiento del amparo alegando que se infringió el art. 2 del Decreto del año 1977 que obliga a la autoridad gubernativa a suspender el procedimiento hasta que se produzca la sanción Penal.*

*Por acuerdo fechado el 27 de abril, con suspensión del plazo para pronunciar Sentencia, comunicar a los comparecidos en el proceso la eventual existencia, con relevancia para la decisión, del motivo consistente en la violación del art. 25.1 de la Constitución, en lo que se refiere a la potestad sancionadora de la Administración y les otorgó un plazo común de diez días para que sobre tal motivo alegaran lo que a su derecho pudiera convenir.*

*Dentro del plazo mencionado en el apartado anterior, han efectuado las correspondientes alegaciones la representación del recurrente, el Abogado del Estado y el Fiscal del Estado.*

*El art. 25.1 de la Constitución establece límites a la potestad sancionadora de la Administración, entre los que se encuentra el que tal potestad se ejercite según la legislación vigente.*

***El Real Decreto-ley 6/1977, vigente para la época de los hechos, en su artículo segundo establecía “No se impondrán conjuntamente sanciones gubernativas y sanciones Penales por unos mismos hechos. Cuando los actos contrarios al orden público puedan revestir caracteres de delito, las Autoridades gubernativas enviarán a la judicial competente los antecedentes necesarios y las actuaciones practicadas para que ésta proceda a su enjuiciamiento.***

*En el caso de que el órgano jurisdiccional acordase el archivo o el sobreseimiento de la causa iniciada por no justificarse que los hechos sean constitutivos de delito, remitirá de inmediato a la Autoridad gubernativa los testimonios oportunos, por si aquéllos pudieran ser objeto de sanción como actos contrarios al orden público. De igual modo actuará cuando, sin declaración de responsabilidad, termine los procedimientos Penales iniciados de oficio o a instancia de parte” (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 77, 1983).*

El Tribunal Constitucional establece como problema central que el recurso de amparo planteado es el relativo a la extensión y a los límites de la potestad sancionadora de la Administración, dado que la característica más saliente del asunto es la desarmonía entre la apreciación de los hechos por parte de la Autoridad judicial y la consiguiente decisión que sobre ellos pronunció y la llevada a cabo por el Gobierno Civil.

Y dice el Tribunal Constitucional:

*“no cabe duda que en un sistema en que rigiera de manera estricta y sin fisuras la división de los poderes del Estado, la potestad sancionadora debería constituir un monopolio judicial y no podría estar nunca en manos de la Administración, pero un sistema semejante no ha funcionado nunca históricamente y es lícito dudar que fuera incluso viable, por razones que no es ahora momento de exponer con detalle, entre las que se pueden citar la conveniencia de no recargar en exceso las actividades de la Administración de Justicia como consecuencia de ilícitos de gravedad menor, la conveniencia de dotar de una mayor eficacia al aparato represivo en relación con ese tipo de ilícitos y la conveniencia de una mayor inmediación de la autoridad sancionadora respecto de los hechos sancionados. Siguiendo esta línea, nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que, lejos de ello, la ha admitido en el art. 25, apartado 3, aunque, como es obvio, sometiéndose a las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos” (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 77, 1983).*

Veamos que el Tribunal Constitucional plantea una hipótesis relevante al sostener que la potestad sancionadora del Estado, es decir, el poder punitivo debería ser un monopolio del poder judicial y nunca en cabeza de la administración, pero a su vez concluye que tal esquema no ha funcionado históricamente y no tendría una gran posibilidad lograrlo.

Esa puede ser precisamente la disyuntiva en que se encuentra nuestro poder punitivo respecto de los servidores públicos de elección popular después del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Petro Urrego Vs Colombia, porque podría pensarse que esa decisión con visos

clasistas nos estaría llevando a esos escenarios que ha vislumbrado el Tribunal Español.

### **Sentencia 30 de enero de 1981**

El Tribunal Constitucional, reconoce el principio de *NON BIS IN ÍDEM* como íntimamente unido al principio de legalidad de las infracciones establecidas en el art. 25 de la Constitución y sostiene:

*“El principio NON BIS IN ÍDEM determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y Penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado” (Tribunal Constitucional Español de 30 de enero de 1981, Boletín Oficial del Estado núm. 47, de 24 de febrero)*

Desde tiempos que preceden nuestra Constitución del 91, la jurisprudencia Constitucional Española se ha reconocido como guarda del debido proceso el principio de *NON BIS IN ÍDEM*, pero también reconoce que los enjuiciamientos, producidos por aplicación de normas diferentes, mantengan independencia, podría pensarse que esta es una postura que permite desde allí estructurar la independencia del poder punitivo disciplinario del Penal que hoy se predica en nuestro ordenamiento interno.

### **Sentencia 177/1999**

En análisis para resolver un recurso de amparo el en un caso de análogas circunstancias a las que llevaron al pronunciamiento de la sentencia 77/1983, el Tribunal de Control Constitucional ha manifestado:

*“esta dimensión procesal del principio NON BIS IN ÍDEM cobra su pleno sentido a partir de su vertiente material. En efecto, si la exigencia de lex previa y lex certa que impone el art. 25.1 de la Constitución obedece, entre otros motivos, a*

*la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho ilícito, **ese cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta ilícita**” (énfasis fuera de texto).*

*Desde esta perspectiva sustancial, el principio de ne bis in Ídem se configura como un derecho fundamental del ciudadano frente a la decisión de un poder público de castigarlo por unos hechos que ya fueron objeto de sanción, como consecuencia del anterior ejercicio del ius puniendi del Estado. Por ello, en cuanto derecho de defensa del ciudadano frente a una desproporcionada reacción punitiva, **la interdicción del bis in Ídem no puede depender del orden de preferencia que normativamente se hubiese establecido entre los poderes constitucionalmente legitimados para el ejercicio del derecho punitivo y sancionador del Estado, ni menos aún de la eventual inobservancia, por la Administración sancionadora, de la legalidad aplicable, lo que significa que la preferencia de la jurisdicción Penal sobre la potestad administrativa sancionadora ha de ser entendida como una garantía del ciudadano, complementaria de su derecho a no ser sancionado dos veces por unos mismos hechos, y nunca como una circunstancia limitativa de la garantía que implica aquel derecho fundamental**” (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 177, 1999) (énfasis fuera de texto).*

Aparece acá, una postura centrada en un alto grado de garantismo respecto del principio de *NON BIS IN ÍDEM*, con un aparente abandono de la sujeción del poder punitivo administrativo a la jurisdicción Penal y la presenta en una preferencia que apareja una garantía, digámoslo, reforzada para que el ciudadano no sea sancionado dos veces por los mismos hechos, significando ello que al preferirse la acción Penal la administrativa debe apartarse de la persecución punitiva.

Continúa el Tribunal en su análisis fijando una línea jurisprudencial consistente respecto del principio garantista de *NON BIS IN ÍDEM* y afirma:

*“Ahora bien, tal perspectiva no es la única ni la más esencial desde el punto de vista de la función garantizadora que cumple el derecho fundamental aquí concernido. En efecto, hemos de reiterar que la articulación procedimental del ne bis in Ídem (recogido con carácter general en el art. 133 de la Ley 30/1992, y desarrollado en los arts. 5 y 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprobó el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora), se orienta, esencialmente, no tan sólo a impedir el*

*proscrito resultado de la doble incriminación y castigo por unos mismos hechos, sino también a evitar que recaigan eventuales pronunciamientos de signo contradictorio, en caso de permitir la prosecución paralela o simultánea de dos procedimientos --Penal y administrativo sancionador-- atribuidos a autoridades de diverso orden. A impedir tales resultados se encamina la atribución prioritaria a los órganos jurisdiccionales Penales del enjuiciamiento de hechos que aparezcan, prima facie, como delitos o faltas, atribución prioritaria que descansa en la exclusiva competencia de este orden jurisdiccional para depurar y castigar las conductas constitutivas de delito, y no en un abstracto criterio de prevalencia absoluta del ejercicio de su potestad punitiva sobre la potestad sancionadora de las Administraciones públicas, que encuentra también respaldo en el texto constitucional” (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 177, 1999).*

Es claro que en el derecho Penal en España tiene mayor preponderancia en el conjunto de normas que regulan el poder punitivo del Estado, pero esa aparente supremacía no significa que el derecho sancionador administrativo este sometido a aquel, pues lo que se trata es que cuando las conductas desplegadas por los servidores públicos se enmarquen en un contexto del delito se active la Jurisdicción Penal, pero es obvio que aquellas que no comporten tal naturaleza son de plena competencia del poder punitivo administrativo y no podrá este invadir el ámbito de competencia de la jurisdicción Penal, garantizando de esta manera que no habrán fallos paralelos que pueden estructurar vulneración del principio de *NON BIS IN ÍDEM*.

Finalmente concluye el Tribunal Constitucional que:

*“irrogada una sanción, sea ésta de índole Penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el mencionado derecho fundamental, superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurren las tan repetidas identidades de sujeto, hechos y fundamento. Es este núcleo esencial el que ha de ser respetado en el ámbito de la potestad punitiva genéricamente considerada, para evitar que una única conducta infractora reciba un doble reproche afflictivo” (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 177, 1999).*

Dos magistrados formularon votos particulares, lo que en nuestro derecho es el salvamento de voto, se apartan de la decisión mayoritaria, en razón a que para ellos no se cumple el requisito de identidad fáctica, de parte, ni de objeto

que permita justificar y sustentar una clara vulneración de la prohibición de la doble incriminación.

### **Sentencia 2/2003**

Hace el Tribunal Constitucional un recorrido por su precedente jurisprudencial respecto de la garantía de prohibición del doble enjuiciamiento en ejercicio del poder punitivo del estado español y sostiene que:

*“La garantía de no ser sometido a bis in ídem se configura como un derecho fundamental (STC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3), **que, en su vertiente material, impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento, de modo que la reiteración sancionadora constitucionalmente proscrita puede producirse mediante la sustanciación de una dualidad de procedimientos sancionadores, abstracción hecha de su naturaleza Penal o administrativa, o en el seno de un único procedimiento** (por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; y 204/1996, de 16 de diciembre, FJ 2). De ello deriva que la falta de reconocimiento del efecto de cosa juzgada puede ser el vehículo a través del cual se ocasiona” (STC 66/1986, FJ 2), pero no es requisito necesario para su producción (STC 154/1990, FJ 3) (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 02, 2003) (énfasis fuera de texto).*

Continuando con el recorrido jurisprudencia el Tribunal recrea su consistente línea y comenta:

*“La garantía material de no ser sometido a bis in ídem sancionador, que, como hemos dicho, está vinculada a los principios de tipicidad y legalidad de las infracciones (SSTC 2/1981, FJ 4; 66/1986, FJ 4; 154/1990, FJ 3; y 204/1996, FJ 2), tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 177/1999, de 11 de octubre, FJ 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre, FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente.*

*En definitiva, **hasta ahora este Tribunal sólo ha reconocido de manera expresa autonomía al derecho a no ser sometido a un doble procedimiento sancionador cuando se trata de un doble proceso Penal (STC 159/1987, de 26 de octubre; ATC 1001/1987, de 16 de septiembre), de modo que la mera***

**coexistencia de procedimientos sancionadores - administrativo y Penal- que no ocasiona una doble sanción no ha adquirido relevancia constitucional en el marco de este derecho**” (STC 98/1989, de 1 de junio; AATC 600/1987, de 20 de mayo; 413/1990, de 26 de noviembre) (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 02, 2003).

En esta conclusión del Tribunal Constitucional deja por sentada la prevalencia del poder punitivo Penal sobre el administrativo y por su parte reafirma que, como en nuestro derecho interno y en especial el precedente jurisprudencial de las altas cortes, el hecho de existir la facultad Penal y administrativa del Estado para sancionar conductas de determinados ciudadanos no apareja de suyo una vulneración del principio que prohíbe la doble incriminación o doble enjuiciamiento, en términos jurídicos españoles, pues ha de entenderse que para que ello suceda deben cumplirse los requisitos de identidad de sujetos, identidad de causa e identidad de objeto.

No es aventurado pensar que esta importante postura de nuestra Corte Constitucional podría llevar a concluir que en determinado momento la independencia que se predica y que desde luego goza nuestro derecho Disciplinario sirva de referente positivo al derecho punitivo administrativo español, porque no podemos olvidar que en esa latitud este prácticamente se somete a la jurisdicción Penal, que es la gran diferencia con nuestro derecho interno.

La institución de sometimiento tiene tal fuerza que el Tribunal Constitucional Español en lo que ha llamado la vertiente formal del principio, le ha dado una enorme relevancia Constitucional y establece que tal subordinación apareja una triple exigencia, en consecuencia, veamos la postura jurisprudencial:

*“Junto a esta vertiente, el Tribunal ha dotado de relevancia constitucional a la vertiente formal o procesal de este principio, que, de conformidad con la STC 77/1983, de 3 de octubre (FJ 3), se concreta en la regla de la preferencia o precedencia de la autoridad judicial Penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción*

administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal. En efecto, en esta Sentencia (FJ 2) declaramos que, si bien nuestra Constitución no ha excluido la existencia de una potestad sancionadora de la Administración, sino que la ha admitido en el art. 25.3, dicha aceptación se ha efectuado sometiendo a "las necesarias cautelas, que preserven y garanticen los derechos de los ciudadanos". Entre los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 CE, **en lo que aquí interesa, se declaró la necesaria subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la Autoridad judicial. De esta subordinación deriva una triple exigencia: "a) el necesario control a posteriori por la Autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores, en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes Penales especiales, mientras la Autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos; c) la necesidad de respetar la cosa juzgada"** (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 02, 2003).

De igual forma el Tribunal Constitucional ha sostenido que:

*"el Tribunal Europeo de Derechos Humanos incluye dentro de los conceptos de infracción y sanción Penal los de carácter administrativo, partiendo de un concepto sustantivo de la materia sin importar el cuerpo de normativa punitiva en que se encuentren tales conceptos (STEDH de 21 de febrero de 1984, caso Öztürk c. República Federal de Alemania); y a los efectos del art. 4 del Protocolo 7 CEDH equipara la persecución y castigo Penal en el seno de un proceso Penal con el procedimiento y la sanción administrativos" (SSTEDH de 23 de octubre de 1995, caso Gradinger c. Austria; de 29 de mayo de 2001, caso Franz Fischer c. Austria; de 30 de mayo de 2002, caso W. F. c. Austria; de 6 de junio de 2002, caso Sallen c. Austria) (Tribunal Constitucional Español, Sentencia 02, 2003).*

Interesante postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues el poder punitivo del Estado ha de estar sujeto a unas garantías y a unos principios de obligatoria observación independientemente de si es de carácter Penal o administrativo, para nuestro análisis más concretamente el poder disciplinario y así lo entendido desde muy temprana jurisprudencia la Corte Constitucional al sostener que:

*"el constituyente colombiano hizo extensivo el derecho al debido proceso a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas (C.N. Art. 29). Las garantías mínimas del debido proceso Penal son aplicables, con algunas atenuaciones, a las actuaciones administrativas sancionadoras. Respecto de la potestad sancionadora de la administración, la estimación de los hechos y la*

*interpretación de las normas son expresión directa de la potestad punitiva del Estado, cuyo ejercicio legítimo debe sujetarse a los principios mínimos establecidos en garantía del interés público y de los ciudadanos, entre ellos, los principios de legalidad, imparcialidad y publicidad, la proscripción de la responsabilidad objetiva -nulla poena sine culpa-, la presunción de inocencia, las reglas de la carga de la prueba, el derecho de defensa, la libertad probatoria, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho de contradicción, la prohibición del NON BIS IN ÍDEM y de la analogía en malam partem, entre otras” (Corte Constitucional, T-145, 1993).*

El derecho disciplinario:

*“es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho Penal se aplican, mutatis mutandi en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado” (Corte Constitucional, C-310, 1997),*

y así en este sentido existe robusta jurisprudencia interna, pero la aplicación de estos principios es la garantía clara de debido proceso que debe observarse no solo en el ejercicio del poder punitivo estatal sino en todas las actuaciones judiciales y administrativas, por mandato expreso de orden constitucional contenido en el artículo 29, de suerte que, en nuestra latitud jurídica que el derecho administrativo sancionador no está sujeto al derecho Penal contrario a lo que sucede en el ordenamiento español dado que acá el derecho administrativo sancionador y especialmente el disciplinario solo está sujeto al acatamiento de los mandatos constitucionales, es tan clara tal independencia pues el legislador la consagró expresamente en el inciso final de la Ley 734 de 2000, Código Único Disciplinario, “la acción disciplinaria es independiente de cualquiera otra que pueda surgir de la comisión de la falta” (Ley 734, 2000, art. 2). Se marca entonces en este instante la independencia absoluta del poder punitivo disciplinario del Estado colombiano y acá se rompe la posibilidad de considerarse un doble enjuiciamiento cuando se investiga a un servidor público o al particular que ejerza función pública, por determinada conducta que también pueda ser reprochada en la jurisdicción Penal, pues esta independencia lleva consigo que los fines de protección, y el objeto de estos,

son distintos en los dos ámbitos como ya se ha analizado en capítulos precedentes.

Pero tal independencia no está libre de controles como debe ser en el Estado Social y Democrático de Derecho que nos rige y como quiera que el fallo disciplinario es un acto administrativo de suyo susceptible del control de legalidad en la Jurisdicción Contencioso Administrativa cuya responsabilidad de cierre recae el Consejo de Estado, que frente a esta potestad ha dicho que tal control debe ser integral para garantizar precisamente, que no se comprometa la integridad de los derechos fundamentales del disciplinado y así lo ha unificado en la siguiente postura:

*“El juez de lo contencioso administrativo tiene competencia para examinar todas las causales de nulidad previstas en el artículo 137 de la Ley 1437. Si bien, prima facie, el juicio de legalidad se guía por las causales de nulidad invocadas en la demanda, también es cierto, que en virtud de la primacía del derecho sustancial, el juez puede y debe examinar aquellas causales conexas con derechos fundamentales, con el fin de optimizar la tutela judicial efectiva, de máxima importancia al tratarse del ejercicio de la función pública disciplinaria que puede afectar de manera especialmente grave el derecho fundamental al trabajo, el debido proceso, etc. (...) Este control judicial integral, permite que el juez de lo contencioso administrativo pueda y deba examinar en la actuación sancionatoria el estricto cumplimiento de todos los principios rectores de la ley disciplinaria, esto es, la legalidad, ilicitud sustancial, debido proceso, reconocimiento de la dignidad humana, presunción de inocencia, celeridad, culpabilidad, favorabilidad, igualdad, función de la sanción disciplinaria, derecho a la defensa, proporcionalidad, motivación, interpretación de la ley disciplinaria, aplicación de principios e integración normativa con los tratados internacionales sobre derechos humanos y los convenios internacionales de la OIT ratificados por Colombia. (...) Se hace una especial referencia al principio de proporcionalidad previsto en el artículo 18 de la Ley 734, según el cual, la sanción disciplinaria debe corresponder a la gravedad de la falta cometida y la graduación prevista en la ley. En los casos en que el juicio de proporcionalidad de la sanción sea parte de la decisión judicial, el juez de lo contencioso administrativo dará aplicación al inciso 3º del artículo 187 del CPACA que permite “[...] estatuir disposiciones nuevas en reemplazo de las acusadas y modificar o reformar estas”. (...) En el mismo sentido, el juez administrativo está facultado para hacer el análisis de racionalidad, razonabilidad y/o proporcionalidad respecto de la ilicitud sustancial, de tal suerte que, si el caso lo exige, se valoren los argumentos que sustentan la afectación sustancial del deber funcional y las justificaciones expuestas por el disciplinado” (Consejo de Estado, SU11001-03-25-000-2011-00316-00, 2016).*

Hecha esta vista del derecho externo, especialmente de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español y luego de haber realizado algunos paralelos comparativos, damos una somera ojeada a algunas posiciones doctrinales también del ámbito externo.

Para tal efecto, Rosa Fernanda Gómez González (2017), en su artículo **El *NON BIS IN ÍDEM* en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa**, afirma que el principio de *NON BIS IN ÍDEM* no cuenta con consagración constitucional, de lo cual la doctrina se ha quejado y que por el contrario ha sido la labor interpretativa del Tribunal Constitucional Chileno la que le ha dado sustento constitucional al principio y ha estructurado la construcción dogmática del de esta.

Sostiene Gómez González (2017) que el Tribunal ha señalado que la *NON BIS IN ÍDEM* se encuentra implícito en diversas disposiciones constitucionales, como el artículo 6 y el artículo 9, que encarnan los principios de legalidad y de tipicidad respectivamente y que los límites que deben observar las autoridades administrativas en el ejercicio del ius puniendi.

Hasta acá lo novedoso, es frente a los ordenamientos constitucionales como el español y el colombiano que estos sí contemplan el principio expresamente y en el ámbito chileno se ha construido desde el desarrollo jurisprudencial del Tribunal constitucional, pero respecto de la naturaleza del principio, sus efectos y destinatarios del derecho punitivo no existe gran diferencia.

Para nuestro análisis, se aprecia que con sumo interés el planteamiento que hace Gómez González, cuando habla de la:

*“Identidad de fundamento punitivo. En términos simples, esta identidad busca determinar si las normas concurrentes protegen o no un mismo bien jurídico. En general las normas no establecen de manera categórica el o los bienes jurídicos que protegen, por lo cual será necesario verificar si en ellas efectivamente existe una doble protección. De ahí que cabe prevenir que la regulación de sanciones en preceptos diversos no importa per se la exclusión de esta identidad, ello por*

*cuanto establecida la confluencia de dos o más disposiciones sancionadoras respecto de un mismo hecho y sujeto, sea necesario determinar si el bien jurídico que ambas buscan resguardar queda en todo o en parte subsumido y/o garantizado por la otra disposición concurrente” (Gómez González, 2017).*

En este punto concuerda la autora con nuestra jurisprudencia interna que, como ya lo hemos desglosado en capítulos precedentes, es muy difícil que se presente la triple identidad cuando se sanciona disciplinaria y Penalmente a un sujeto por una misma conducta que se configura como ilícito disciplinario y Penal puesto que los bienes jurídicos que protegen una y otra expresión del poder punitivo del estado son completamente distintos.

Por ello ya adentrándose en el análisis del principio en el ámbito disciplinario propiamente dicho Gómez González ha sostenido que:

*“el principio ha sido aplicado con el objeto de evitar la aplicación de una doble medida disciplinaria, esto es, entre sanciones de igual naturaleza, pero no impide la imposición de otras sanciones de diversa naturaleza, como sería la Penal, la civil o administrativa, en su caso” (Gómez González, 2017).*

Concluye Gómez González que:

*“uno de los problemas más significativos en relación con la determinación de la identidad de bienes jurídicos protegidos, puesto que bastaría consagrar las infracciones en textos normativos distintos para estimar que no concurre la unidad de fundamento, descartando por consiguiente la aplicación del principio” (Gómez González, 2017),*

compartimos la preocupación de la doctora Gómez, porque en parte es lo que sucede en nuestro ordenamiento interno, basta observar numeral primero del artículo 48 de la ley 734 de 2002 que establece que:

*“son faltas gravísimas las siguientes: 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” (Ley 734, 2002, art. 48).*

Entendiendo que la conducta desplegada por el sujeto disciplinable esté tipificada en el ordenamiento Penal, que sea dolosa, que sea en ejercicio de la función o cargo público o abusando del mismo, cumplidos estos elementos se está ante un ilícito disciplinario calificado como falta gravísima pero además ante ilícitos Penales que se tipifican como delitos en su gran mayoría contra la

administración Pública, pero si se sigue observando el catálogo un inmenso número de estas son claras descripciones Penales ejemplo:

*“2. Obstaculizar en forma grave la o las investigaciones que realicen las autoridades administrativas, jurisdiccionales o de control, o no suministrar oportunamente a los miembros del Congreso de la República las informaciones y documentos necesarios para el ejercicio del control político” (Ley 734, 2002, art. 48),*

que es análoga a la tipicidad Penal “obstrucción a la justicia” (Código Penal, 2000, art. 309).

*“3. Dar lugar a que por culpa gravísima se extravíen, pierdan o dañen bienes del Estado o a cargo del mismo, o de empresas o instituciones en que este tenga parte o bienes de particulares cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, en cuantía igual o superior a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales” (Ley 734, 2002, art. 48),*

que es análoga a la tipicidad Penal peculado, (Código Penal, 2000, art. 400)

Inciso final numeral tercero artículo 8 ley 734 de 2002 “incrementar injustificadamente el patrimonio, directa o indirectamente, en favor propio o de un tercero, permitir o tolerar que otro lo haga” (Ley 734, 2002, art. 48) que es análoga al “enriquecimiento ilícito” (Código Penal, 2000, art. 327).

Estos tres ejemplos nos permiten pensar que, a pesar de esta dualidad de tipicidad en el ámbito disciplinario y Penal, no se transgrede el principio de *NON BIS IN ÍDEM* puesto que cada institución jurídica tutela distintos bienes jurídicos. Así lo ha entendido precisamente la Corte Constitucional en sentencia C-720 de 2006, al resolver una demanda de inexecutable del numeral 1 del artículo 48 de la ley 734 de 2002; al determinar que:

*“La posibilidad de que un servidor público o un particular, en los casos previstos en la ley, sean procesados Penal y disciplinariamente por una misma conducta no implica violación al principio NON BIS IN ÍDEM, pues, como lo ha explicado la Corte, se trata de dos juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta. La norma demandada tampoco implica violación al principio de presunción de inocencia, pues el proceso disciplinario constituye el instrumento jurídico idóneo para que el investigado presente los argumentos y las pruebas para su defensa,*

*controvierta las que obran en su contra y, en general, desvirtúe los cargos que le puedan ser imputados, mediando en todo caso la presunción consagrada en el inciso cuarto del artículo 29 de la Constitución Política y reiterada en el artículo 9º. de la ley 734 de 2002” (Corte Constitucional, C-720, 2006).*

Propone Gómez González (2017) que, para solucionar la situación que ha causado la preocupación en las autoridades (judiciales o administrativas) se:

*“ponderen en cada uno de los procedimientos sancionadores, la concreta afectación a los bienes tutelados y determinen, en su caso, si la primera sanción supone la protección del interés público que se busca tutelar con la segunda medida. En otras palabras, para establecer la concurrencia del principio, se deberá revisar si las normas concurrentes protegen efectivamente un mismo bien jurídico, lo cual podría ocurrir en todo o en parte, por lo que la segunda sanción debiera ser descartada o reducida proporcionalmente” (Gómez González, 2017).*

Esta postura podría resolver nuestro interrogante de la suficiencia o necesidad de una u otra sanción porque mientras exista la posibilidad legal de realizar paralelamente el proceso disciplinario y el Penal, sin que el ordenamiento jurídico exija al actor punitivo hacer un ejercicio de razonabilidad, necesidad, ponderación y una correcta interacción de la dos instituciones, para definir cuando una debe ceder el paso, con el propósito de conseguir la mayor protección de los bienes jurídicos en juicio absolutamente celoso de las garantías procesales y de los derechos fundamentales, se corre el riesgo de vulnerar el principio de *NON BIS IN ÍDEM*

Nuestra propuesta es el establecimiento de reglas precisas que permitan a los actores punitivos determinar cuándo la sanción disciplinaria es suficiente o necesaria para la protección del bien jurídico que tutela sin tener que acudir a la punición Penal como la más fuerte medida de garantía del bien jurídico. Reglas que además permitan tener absoluta claridad de cuándo es necesario y razonable que la jurisdicción Penal se active de manera inmediata para hacer efectiva la tutela del bien jurídico, necesidad y razonabilidad que serán producto de un juicioso análisis de ponderación y coordinación institucional

## CONCLUSIONES

1. Este trabajo de investigación nos ha permitido adentrarnos en los complejos desarrollos legales y jurisprudenciales del principio de *NON BIS IN ÍDEM*, no solo en nuestro derecho interno sino también en otras latitudes, con relación a la responsabilidad del servidor público cuando es llamado, por el derecho penal y disciplinario, para que explique una infracción a los bienes tutelados por estas instituciones al desplegarse una conducta fundada en unas mismas circunstancias fácticas, que dada la independencia alcanzada por el poder punitivo disciplinario, no solo respecto del derecho penal sino de otras facultades punitivas del Estado, se ha generado un intenso debate sobre si el principio es vulnerado, o no, en tales situaciones.

2. Se puede concluir de manera contundente que tal debate no se ha dado entre las altas Cortes, y mucho menos con la Procuraduría General de la Nación, sino con algún sector de la doctrina y de los litigantes. El debate ha unido la institucionalidad en torno a reconocer que el principio se mantiene incólume dada la independencia de las dos instituciones punitivas, la penal y la disciplinaria, fundada en los objetivos distintos perseguidos y desde luego, la diferencia de los bienes jurídicos que protegen.

3. Así mismo podemos concluir que la independencia del poder punitivo disciplinario frente al penal en nuestro derecho interno mantiene una marcada diferencia con el derecho sancionatorio español y chileno, pues en estas latitudes está sometido al poder penal y debe ceder el paso a este cuando existe identidad fáctica.

4. Es preciso también concluir que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con el caso Petro Urrego Vs Colombia, en cierta medida rompió la tradición y predicada independencia del poder sancionatorio disciplinario, pues lo obliga a ceder ante el poder penal con respecto de los servidores públicos de elección popular.

5. Finalmente, concluimos que el principio *NON BIS IN ÍDEM* pareciera que persiste en una suerte de limbo jurídico, toda vez que en nuestro derecho punitivo sancionatorio es difuso saber hasta dónde es suficiente la acción disciplinaria y cuando es necesario que se active el poder penal. Como respuesta hemos entendido y mantendremos la expectativa de que el legislador, en su sabiduría en un futuro, ojalá no muy lejano, haga suya la preocupación y genere una solución legal que garantice el principio en discusión.

## BIBLIOGRAFÍA

- **AYALA, H. A.** Cosa Juzgada y *NON BIS IN ÍDEM*, ¿Principios Rectores Absolutos? *Nuevo Derecho*, 117-124, 2010.
- **CARNEVALI, R. R.** Derecho Penal como ultima Ratio, hacia una política criminal racional. *Ius et Praxis*, 13-48, 2008.
- **ESTADO, J. D.** (9 de febrero de 1977). Real Decreto. Boletín Oficial A-1977-3487. Cádiz, Cádiz, España: Boletín Oficial.
- **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.** *Principio de Oportunidad Bases Conceptuales para su Aplicación*. Bogotá, Fiscalía General de la Nación, 2010.
- **GARCÍA, Á. M.** ¿En Colombia se respeta el principio *NON BIS IN ÍDEM*? *Revista Principia Iuris*, 39 – 57, 2015.
- **GÓMEZ GONZÁLEZ, R. F.** *El NON BIS IN ÍDEM en el derecho administrativo sancionador*, *Revista de Derecho*, 135, 2017.
- **GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo.** *Dogmática del Derecho Disciplinario*, 3ª Ed. Bogotá, Edit. Universidad Externado de Colombia, 2004.
- **GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo.** *El Derecho Disciplinario Como Disciplina Jurídica Autónoma*. *Revista Derecho Penal y Criminología* • volumen XXXIII - número 95 - julio-diciembre de 2012 • pp. 51-68. Bogotá, Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- **GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo.** *Flash Jurídico, La Novedosa, pero Aporética Jurisprudencia Disciplinaria sobre NON BIS IN ÍDEM*, Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario.
- **RAMÍREZ, M. L., & ÁLVAREZ, P.** *El principio NON BIS IN ÍDEM en el derecho disciplinario del abogado, en Colombia*, Talca, Chile: Universidad de Talca, 2015.
- *Revista de Administración Pública* Núm. 156. Septiembre-diciembre 2001.
- *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* No. 49 Valparaíso dic. 2017 <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512017000200101>.
- **SAMUEL, S. Z.** *Trabajo de Maestría*. Samborondón, Ecuador, 2017.
- **VÁZQUEZ, Fernando** - Portomene Seijas. *Derecho Penal y Derecho Disciplinario de los funcionarios públicos. El principio NON BIS IN ÍDEM y la extensión de las garantías sustantivas Penales al ámbito disciplinario*, Instituto Nacional de Administración Pública. Universidad de Santiago de Compostela.

## **JURISPRUDENCIA**

### **INTERNA**

#### **CORTE CONSTITUCIONAL**

- Sentencia C – 413, 1992. MP Ciro Angarita Barón.
- Sentencia T – 145, 1993. MP Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C – 427, 1994. MP Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C – 310, 1997. MP Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C – 484, 2000. MP Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C – 554, 2001. MP Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C – 620, 2001. MP Jaime Araujo Rentería.
- Sentencia C – 088, 2002. MP Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia C – 181, 2002. MP Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Sentencia C – 391, 2002. MP Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C – 870, 2002. MP Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia T – 1093, 2004. MP Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C – 1189, 2005. MP Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C – 720, 2006. MP Clara Inés Vargas Hernández.
- Sentencia C – 819, 2006. MP Jaime Córdoba Triviño.
- Sentencia C – 988, 2006. MP Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia T – 161, 2009. MP Mauricio González Cuervo.
- Sentencia C – 914, 2013. MP Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia C – 757, 2014. MP Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia C – 111, 2019. MP Carlos Bernal Pulido.
- Sentencia C – 392, 2019. MP Diana Fajardo Rivera.

#### **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

- Sentencia 12820, 2000. MP Fernando Arboleda Ripoll.

#### **CONSEJO DE ESTADO**

- Fallo 15089 de 1998. CP Dolly Pedraza de Arenas.
- Fallo 228 de 2002. MP Miguel Antonio Casas Flórez.
- Fallo 2621 de 2013.
- SU11001-03-25-000-2011-00316-00, SU11001-03-25-000-2011-00316-00, 2016.

#### **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

- Consulta 16 de 2004
- Fallo 67307 de 2005

- Fallo 73742 de 2005
- Fallo 161610 de 2015

## **EXTERNA**

### **CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

- Caso Petro Urrego Vs Colombia, 2020.

### **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL**

- Sentencia 2, 1981.
- Sentencia 77, 1983.
- Sentencia 177, 1999.
- Sentencia 2, 2003.

## **LEGISLACIÓN**

### **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA**

- Constitución política de Colombia de 1991.

### **CONGRESO DE COLOMBIA**

- Ley 610. DO: 44.133.
- Ley 190 de 1995. DO: 41.878.
- Ley 200 de 1995. DO: 41.946.
- Ley 599 de 2000. DO: 44.097.
- Ley 734 de 2002. DO: 44.708.
- Ley 1474 de 2011. DO: 48.128.
- Ley 1952 de 2019. DO: 50.850.
- Ley 906 de 2004. DO: 45.658.

### **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**

- Decreto No. 2699, 1991.