

DERECHO DISCIPLINARIO Y RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:

DERECHO DISCIPLINARIO Y DERECHOS HUMANOS

**GRUPO DE INVESTIGACIÓN DERECHO PENAL, DERECHO DISCIPLINARIO,
DERECHOS HUMANOS**

DIRECTOR DEL PROYECTO E INVESTIGADOR PRINCIPAL

Dr. JOSÉ RORY FORERO SALCEDO

CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIO JURÍDICAS



UNIVERSIDAD LIBRE

FACULTAD DE DERECHO

INSTITUTO DE POSGRADOS

MAestrÍA EN DERECHO DISCIPLINARIO

BOGOTÁ, D.C. 2019

Universidad Libre

Facultad de Derecho – Instituto de Posgrados

Maestría en Derecho Disciplinario

Presidente nacional:

Jorge Alarcón Niño

Rector nacional:

Fernando Dejanon Rodríguez

Presidente seccional:

Elizabeth García González

Rector seccional:

Fernando Salinas Suárez

Decano de la Facultad de Derecho:

Francisco Ramos

Director del Instituto de Posgrados:

Nohora Elena Pardo Posada

Coordinador de la Maestría en Derecho Disciplinario:

Jesús Javier Parra Quiñones

TABLA DE CONTENIDO

| | |
|---|----|
| TITULO I | 1 |
| LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN SU GÉNESIS..... | 1 |
| INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| 1. LA TEORÍA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN PRUSIA..... | 5 |
| 2. LA FIGURA JURÍDICA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR..... | 10 |
| 3. LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN EL ESTADO TOTALITARIO NACIONAL SOCIALISTA. | 14 |
| 4. EL INSTITUTO JURÍDICO DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN LA LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA | 17 |
| 5. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN DE 1972 Y LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN | 23 |
| 6. FORTALEZAS DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN..... | 29 |
| 7. DEBILIDADES DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN..... | 31 |
| 8. FUTURO EN COLOMBIA DE LA TEORÍA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN A PARTIR DE SU ORIGEN EN PRUSIA..... | 32 |
| CONCLUSIONES..... | 37 |
| BIBLIOGRAFIA | 39 |
| TITULO II | 42 |
| DEFINICIÓN DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECION..... | 42 |
| INTRODUCCIÓN..... | 42 |
| 1. ANÁLISIS DOCTRINAL DE LA DEFINICION DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN | 47 |
| 1.1. ALEMANIA | 47 |
| 1.2. ESPAÑA..... | 52 |
| 1.3. COLOMBIA..... | 55 |

| | |
|--|-----|
| 2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DEFINICIÓN DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN..... | 58 |
| 2.1. ALEMANIA | 58 |
| 2.2. ESPAÑA | 60 |
| 2.3. COLOMBIA | 68 |
| 3. ANÁLISIS NORMATIVO DE LA DEFINICIÓN DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN | 70 |
| 3.1. ALEMANIA | 70 |
| 3.2. ESPAÑA | 75 |
| 3.3. COLOMBIA | 79 |
| CONCLUSIONES | 85 |
| BIBLIOGRAFÍA | 91 |
| TÍTULO III..... | 95 |
| RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN, TIPOLOGÍA..... | 95 |
| INTRODUCCIÓN..... | 95 |
| 1. DE LOS CRITERIOS Y CLASES DE RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN..... | 103 |
| 1.1. CRITERIO JURISDICCIONAL..... | 103 |
| 1.1.1. Jurisdiccional | 103 |
| 1.1.2. Administrativo | 104 |
| 1.2. CRITERIO LIMITATIVO A LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO..... | 106 |
| 1.2.1. Relaciones especiales de base. (Grundverhältnisse). | 107 |
| 1.2.2. Relaciones Especiales de funcionamiento. (Betriebsverhältnisse). | 107 |
| 1.3. CRITERIO A PARTIR DE LA EXPRESIÓN DEL IUS PUNIENDI..... | 108 |
| 1.3.1. Relaciones Especiales Rígidas. | 109 |
| 1.3.2. Relaciones Especiales Flexibles. | 109 |

| | |
|--|-----|
| 1.4. CRITERIO A PARTIR DEL CONCEPTO DE NECESIDAD | 112 |
| 1.4.1. Relaciones de Sujeción Permanentes..... | 112 |
| 1.4.2. Relaciones de Sujeción Intermitentes. | 112 |
| 1.5. CRITERIO A PARTIR DEL CONCEPTO DEL NON BIS IN ÍDEM Y DEL QUEBRANTAMIENTO DEL ORDEN JURÍDICO | 113 |
| 1.5.1. Relaciones especiales de sujeción conexas..... | 114 |
| 1.5.2. Relaciones especiales de sujeción coexistentes..... | 115 |
| 1.6. CRITERIO A PARTIR DEL CONCEPTO DEL PODER DISCIPLINARIO. | 116 |
| 1.6.1. Relación Especial de Sujeción Moderada | 116 |
| 1.6.2. Relación Especial de Sujeción Intensificada | 121 |
| 1.7. CRITERIO A PARTIR DEL RÉGIMEN SANCIONATORIO. | 124 |
| 1.7.1. Relación Especial de Sujeción Especializada..... | 125 |
| 1.7.2. Relación Especial de Sujeción Degradada o Privada..... | 127 |
| 1.7.3. Relación especial de sujeción con personas privadas de la libertad | 127 |
| CONCLUSIONES | 132 |
| BIBLIOGRAFÍA | 136 |
| TÍTULO IV | 140 |
| COLECTIVOS INSERTOS EN LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN | 140 |
| INTRODUCCIÓN..... | 140 |
| 1. DESARROLLO NORMATIVO NACIONAL Y EN DERECHO COMPARADO .. | 142 |
| 1.1. COLOMBIA..... | 142 |
| 1.2. ESPAÑA..... | 145 |
| 1.3. ALEMANIA | 148 |
| 2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL..... | 149 |
| 2.1. ALEMANIA | 150 |
| 2.2. ESPAÑA | 152 |
| 2.3. COLOMBIA | 159 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 3. | DESARROLLO DOCTRINAL..... | 165 |
| 3.1. | COLOMBIA | 165 |
| 3.1.1. | Personas en situación de privación de la libertad. | 166 |
| 3.1.2. | Miembros de la fuerza pública. | 166 |
| 3.2. | ESPAÑA | 166 |
| 3.1.1. | Los presos | 167 |
| 3.1.2. | Funcionarios de la administración..... | 167 |
| 3.1.3. | Militares profesionales..... | 168 |
| 3.1.4. | Funcionarios policiales..... | 169 |
| 3.3. | ALEMANIA | 169 |
| | CONCLUSIONES..... | 171 |
| | BIBLIOGRAFÍA..... | 175 |
| | TÍTULO V..... | 179 |
| | FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN. | 179 |
| | INTRODUCCIÓN..... | 179 |
| 1. | DESARROLLO NORMATIVO (ALEMANIA, ESPAÑA, COLOMBIA)..... | 182 |
| 1.1. | DESARROLLO NORMATIVO ALEMÁN..... | 182 |
| 1.1.1. | El Sacro Imperio Romano germánico | 183 |
| 1.1.2. | La Constitución del Imperio Alemán..... | 183 |
| 1.1.3. | La Constitución de la República Democrática de Weimar | 184 |
| 1.1.4. | La Constitución durante la Alemania Nazi..... | 185 |
| 1.1.5. | La Ley Fundamental..... | 185 |
| 1.2. | DESARROLLO NORMATIVO ESPAÑOL | 187 |
| 1.3. | DESARROLLO NORMATIVO COLOMBIANO..... | 188 |
| 2. | DESARROLLO JURISPRUDENCIAL (ALEMANIA, ESPAÑA, COLOMBIA). ... | 197 |
| 2.1. | DESARROLLO JURISPRUDENCIAL ALEMÁN | 197 |
| 2.2. | DESARROLLO JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL | 198 |

| | |
|--|-----|
| 3. DESARROLLO DOCTRINAL (ALEMANIA, ESPAÑA, COLOMBIA)..... | 209 |
| CONCLUSIONES..... | 216 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 220 |
| TITULO VI..... | 224 |
| NATURALEZA JURIDICA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECION..... | 224 |
| INTRODUCCION..... | 224 |
| 1. DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECION EN ALEMANIA..... | 226 |
| 2. DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECION EN ESPAÑA..... | 234 |
| 3. DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN COLOMBIA..... | 245 |
| CONCLUSIONES..... | 260 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 263 |
| TITULO VII..... | 266 |
| LOS ELEMENTOS QUE COMPONEN LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN..... | 266 |
| INTRODUCCIÓN..... | 266 |
| 1. ELEMENTOS DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN UNA VISIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO EN ALEMANIA, ESPAÑA Y COLOMBIA..... | 269 |
| 1.1. ALEMANIA..... | 269 |
| 1.2. ESPAÑA..... | 277 |
| 1.3. COLOMBIA..... | 282 |
| CONCLUSIONES..... | 292 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 294 |
| TITULO VIII..... | 297 |
| LAS ORIGINARIAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN EL ÁMBITO FUNCIONARIAL ALEMAN, SU INTERPRETACIÓN ACTUAL Y EL ENFOQUE APLICADO EN EL DERECHO DISCIPLINARIO COLOMBIANO..... | 297 |
| INTRODUCCIÓN..... | 297 |

| | |
|---|-----|
| 1.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA FIGURA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN ALEMANIA Y LA MANERA COMO SURGE LA “RELACIÓN ESPECIAL DE PODER” CON EL ESTADO | 298 |
| 1.2. TRASCENDENCIA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE PODER A LAS RELACIONES DE SERVICIO PÚBLICO Y DE LEALTAD | 308 |
| 1.3. FUNCIONARIOS PÚBLICOS, GARANTÍAS Y RESERVA FUNCIONAL ACORDE CON LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS POR EL ARTÍCULO 33 DE LA LEY FUNDAMENTAL O CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA..... | 312 |
| 1.4. LA LEGISLACIÓN DISCIPLINARIA FRENTE A LAS RELACIONES DE SERVICIO PÚBLICO Y DE LEALTAD | 320 |
| 1.5. LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN EN EL DERECHO DISCIPLINARIO COLOMBIANO | 323 |
| 1.6. PROPUESTA DE SOLUCIÓN..... | 332 |
| CONCLUSIONES | 339 |
| BIBLIOGRAFIA | 340 |
| TITULO IX | 343 |
| GARANTÍAS LEGALES, CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES EN LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN | 343 |
| INTRODUCCIÓN..... | 343 |
| 1. DESARROLLO NORMATIVO..... | 347 |
| 1.1. ALEMANIA | 347 |
| 1.1.1. Fundamento Constitucional | 347 |
| 1.1.2. Fundamento Legal..... | 348 |
| 1.2. ESPAÑA..... | 349 |
| 1.2.1. Fundamento Constitucional | 349 |
| 1.2.2. Fundamento Legal..... | 351 |
| 1.3. COLOMBIA..... | 353 |

| | |
|---|-----|
| 1.3.1. Fundamento Constitucional | 353 |
| 1.3.2. Fundamento Legal | 356 |
| 1.3.3. ¿En qué consiste la Potestad Disciplinaria? | 365 |
| 1.3.4. De la competencia a Prevención | 368 |
| 1.3.5. Cuando un Fiscal, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales o administrativas, incurre en una falta disciplinaria | 370 |
| 1.3.6. Auxiliares de la justicia, que son servidores públicos | 371 |
| 1.3.7. Servidores Públicos que, como abogados, ejercen la defensa judicial de las entidades donde laboral..... | 372 |
| 1.3.8. Conflicto de jurisdicción entre funcionarios de la Rama Judicial..... | 373 |
| 1.3.9. ¿Qué se entiende por “RES”? | 374 |
| 2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL..... | 376 |
| 3. DESARROLLO DOCTRINAL..... | 379 |
| 3.1. AUTORES QUE ESTÁN A FAVOR DE LAS “RES” | 380 |
| 3.1.1. Alemania..... | 380 |
| 3.1.2. España..... | 381 |
| 3.1.3. Colombia | 382 |
| 3.2. AUTORES QUE ESTÁN EN CONTRA DE LAS “RES” | 384 |
| 3.2.1. España..... | 384 |
| 3.2.2. Colombia | 385 |
| CONCLUSIONES | 386 |
| BIBLIOGRAFÍA | 389 |
| TITULO X..... | 393 |
| SOMBRAS, DEBILIDADES E INTERROGANTES DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN..... | 393 |
| INTRODUCCIÓN..... | 393 |

| | |
|---|-----|
| 1.1. LA TEORÍA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN COMO PRESUPUESTO DOGMÁTICO DEL DERECHO DISCIPLINARIO | 398 |
| 1.2. EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN..... | 414 |
| 1.3. LA DISCUSIÓN SOBRE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD | 427 |
| CONCLUSIONES | 435 |
| BIBLIOGRAFÍA | 441 |
| TITULO XI | 445 |
| LOS INDÍGENAS COMO SUJETOS DISCIPLINABLES HACIA: LA CONSOLIDACIÓN DE UNA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECIÓN | 445 |
| INTRODUCCIÓN | 445 |
| 1. DESARROLLO NORMATIVO | 448 |
| 1.1. ESTADO FEDERAL DE MEXICO | 448 |
| 1.2. ECUADOR..... | 452 |
| 1.2.1. Esquema Constitucional | 454 |
| 1.3. BOLIVIA..... | 457 |
| 1.3.1. Normatividad | 459 |
| 1.4. COLOMBIA..... | 462 |
| 2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL | 464 |
| 1.1. ESTADO FEDERAL DE MEXICO | 464 |
| 2.2. ECUADOR | 466 |
| 2.4. COLOMBIA | 469 |
| 3. DESARROLLO DOCTRINAL | 472 |
| 3.1. ESTADO FEDERAL DE MEXICO | 472 |
| 3.2. ECUADOR | 477 |
| 3.3. BOLIVIA | 479 |
| CONCLUSIONES | 485 |

| | |
|---|-----|
| BIBLIOGRAFÍA | 488 |
| TITULO XII | 492 |
| DERECHO DISCIPLINARIO INDÍGENA Y LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN..... | 492 |
| INTRODUCCIÓN..... | 492 |
| 1. DESARROLLO NORMATIVO | 500 |
| 1.1. MÉXICO | 500 |
| 1.2. ECUADOR..... | 503 |
| 1.3. BOLIVIA..... | 505 |
| 1.4. COLOMBIA..... | 507 |
| 2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL | 511 |
| 2.1. MÉXICO | 511 |
| 2.2. ECUADOR..... | 514 |
| 2.3. BOLIVIA..... | 516 |
| 2.4. COLOMBIA..... | 518 |
| 2.4.1. Los límites a la autonomía indígena en materia jurisdiccional . | 523 |
| 3. DESARROLLO DOCTRINAL..... | 527 |
| 3.1. MÉXICO | 527 |
| 3.2. ECUADOR..... | 530 |
| 3.3. BOLIVIA..... | 532 |
| 3.4. COLOMBIA..... | 535 |
| CONCLUSIONES | 543 |
| BIBLIOGRAFÍA | 551 |
| CONCLUSIONES GENERALES | 556 |
| TITULO I | 556 |
| TITULO II | 556 |
| TITULO III..... | 557 |
| TITULO IV..... | 558 |

| | |
|-------------------|-----|
| TITULO V | 559 |
| TITULO VI..... | 562 |
| TITULO VII..... | 563 |
| TITULO VIII | 565 |
| TITULO IX..... | 565 |
| TITULO X..... | 566 |
| TITULO XI | 567 |
| TÍTULO XII | 567 |

PRESENTACIÓN

El proyecto, *Derecho Disciplinario y Relaciones Especiales de Sujeción*, se inscribe en el Programa de Maestría en Derecho Disciplinario, primera y única en Colombia e Iberoamérica, impartido desde la **Universidad Libre de Colombia**; es fruto de los planteamientos, reflexiones y aportaciones realizadas por estudiantes que vienen actuando como auxiliares de investigación durante más de un año, dentro del Grupo **Derecho Penal, Derecho Disciplinario y Derechos Humanos**, adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas.

Este informe científico anclado al proyecto, da cuenta del **avance**, los **resultados** de investigación y el **estado del problema**, en aras de seguir contribuyendo dogmáticamente a una nueva fundamentación del Derecho disciplinario en Colombia, en este contexto son varios los motivos que nos llevaron a desarrollar el plan que hoy culmina con este escrito, sobre los **avances**, colocándose a consideración de la dirección del Programa, estimando que se materializaron en debida forma los **objetivos** propuestos:

En **primer** término, parte la investigación de la reflexión atinente a que uno de los aspectos esenciales del Derecho disciplinario en la actualidad, radica en determinar la esencia de la relación jurídica funcional, pues las consecuencias de su estudio, inciden directamente en su naturaleza jurídica, al conocer bien dicha naturaleza y el tipo de relación jurídica, se va a perfeccionar la elaboración y conocimiento de estatutos jurídicos disciplinarios para una considerable cantidad de colectivos insertos en relaciones especiales de sujeción, esto es los servidores públicos, los particulares en ejercicio de funciones públicas, los estudiantes en

establecimientos educativos, los miembros de la fuerza pública, los integrantes de profesiones demo liberales, las personas privadas de la libertad.

En **segundo** lugar, se encuentra que la teoría data del siglo XIX en el Imperio Prusiano, ha logrado sobrevivir a la caída del Imperio de la Alemania Guillermina, al periodo del Nacional Socialismo y a dos guerras mundiales; sin embargo, el debate sobre su existencia o abandono definitivo inicia, en Alemania, hace sesenta (65) años, en donde se encuentra constitucionalizada, en España hace veinte (25) años por Mariano López Benítez e Iñaki Lasagabaster Herrarte; mientras que en Colombia, tímidamente como fue su adopción en 1992, por la Corte Constitucional y últimamente por el Consejo de Estado, se empieza a cuestionar esta categoría dogmática del Derecho disciplinario por la doctrina, lo que justificaba dar el debate en esta instancia posgradual de Maestría en Derecho disciplinario.

Una **tercera** razón radica en que la Corte Constitucional y el Consejo de Estado en Colombia, de manera consciente o inconsciente, ha venido aplicando para fundamentar sus fallos, la teoría o categoría de las relaciones especiales de sujeción, sin embargo, revisado el estado del arte dentro de nuestro ámbito jurídico, se encuentran muchos estudios a nivel de maestría y doctorado que soporten dogmáticamente las relaciones especiales de sujeción.

Así las cosas, en la Investigación sobre el Derecho disciplinario y las relaciones especiales de sujeción en Colombia, se buscó profundizar dogmáticamente sobre la teoría, categoría o instituto jurídico, afianzando la

tesis de la autonomía del Derecho disciplinario, dando pautas para resolver tensiones constitucionales, como las que se derivan de la potestad disciplinaria y el debido proceso, con el estudio de los siguientes XII temas que presentamos como **resultado**, a los cuales es preciso pasar revista dando crédito a sus autores:

El título I, versa sobre las relaciones especiales de sujeción en su génesis, a cargo de la estudiante **María Wilse Sáenz Alonso**; el título II, sobre La definición de las relaciones especiales de sujeción, desarrollado por la estudiante **Sandra Milena Vargas Blanco**; el título III, atinente a las relaciones especiales de sujeción y su tipología, le corresponde a la estudiante **Claudia Julieth Campos Correa**; el título IV, relativo a los colectivos insertos en las relaciones especiales de sujeción, obra de la estudiante **Any Dayana Bautista Parra**; el título V, representa el fundamento dogmático de las relaciones especiales de sujeción, a cargo del estudiante **Benjamín Perdomo Sarmiento**; el título VI, sobre la naturaleza jurídica de las relaciones especiales de sujeción, desarrollado por la estudiante **Clara Elena Orjuela Escobar**; el título VII, concerniente a los elementos que componen las relaciones especiales de sujeción, elaborado por el estudiante **Jaime Enrique Ortiz Jacinto**; el título VIII, referente a las consecuencias jurídicas de las relaciones especiales de sujeción: las originarias relaciones especiales de sujeción en el ámbito funcional alemán, su interpretación actual y el enfoque aplicado en el derecho disciplinario colombiano, lo analiza la estudiante **Ana Cenuvieth Correa Sarmiento**; el título IX, sobre las garantías legales, constitucionales y convencionales en las relaciones especiales de sujeción, lo investiga la estudiante **Martha Patricia Leyva Barrero**; el título X atinente a las sombras, debilidades e interrogantes de las relaciones especiales de sujeción le fue asignado al estudiante **Luis Gerardo Castro Pereira**; el título XI,

tocante con los indígenas como sujetos disciplinables: hacia la consolidación de una relación especial de sujeción, desarrollado por la estudiante **Carleli Carreño Infante**; y finalmente, el título XII, relativo al Derecho disciplinario indígena y las relaciones especiales de sujeción, obra del estudiante **Genaro Sánchez Castro**.

La investigación por su densidad implicó hacer un recorrido por el Estado Absolutista, el Liberal de Derecho, el Social de Derecho formal, el Totalitario, el Constitucional Social de Derecho y el Constitucional, Social y Democrático de Derecho, en tanto respuesta frente al problema que se da al inicio de la misma a manera de juicio anticipado de valor, y el transcurso de la investigación se fue fortaleciendo, apoyados en las diferentes corrientes que han surgido a lo largo de la historia en cada uno de los estados, en permanente diálogo con el pensamiento de conocidos doctrinantes, algunos de ellos profesores de nuestro Programa.

En el Derecho constitucional, **Alexi, Ferrajoli, Dworkin**.

Desde el Derecho administrativo, **García de Enterría, Luciano Parejo, Garrido Falla**.

Mirado en sede del Derecho disciplinario:

Quienes están a favor de las relaciones especiales de sujeción: **Gallego Anabitarte, López Benítez, Merten, H. Faber, Beschoner, Loschelder W., Thiele, Ronellenfisch, Nieto García, García de Enterría, García Macho, Castillo Blanco, Jalvo, Trayter, Embid Irujo, Fuentes Suarez, Martínez Pisón,**

Fernández Rodríguez, Gómez Pavajeau, Molano López, Forero Salcedo, los tres últimos en Colombia.

Los que están en contra de las relaciones especiales de sujeción: **Lasagabaster Herrarte, Vasconcelos, Parejo Alfonso, Jiménez, Isaza Serrano, Pedro A. Hernández**, los dos últimos en Colombia.

Y quienes vienen aceptando las relaciones especiales de sujeción, pero con matices: **E. Forsthoff, Romano, Michavila, Maunz, Ule y Wolf, A. Alessi, Maunz-Durig-Herzog, y Mejía Ossman** en Colombia.

Se busca demostrar la **hipótesis** según la cual, en Colombia, con una clara fundamentación constitucional, las relaciones especiales de sujeción, y como estas contribuyen de manera determinante a la consolidación de la autonomía de su Derecho disciplinario, establecer el punto de equilibrio entre la potestad disciplinaria y el debido proceso.

Por tratarse de un estudio de corte cualitativo, se emplean las técnicas propias de esta **metodología de investigación**, habiendo sido asesorados en las asignaturas de investigación por el profesor **John Fitzgerald Martínez V.** Así, en primer lugar, el análisis documental y de información estuvo enfocado al estudio del estado del arte y a la delimitación de las principales categorías que integran el marco conceptual. Adicionalmente, se realiza el análisis documental de la normatividad y de las providencias judiciales seleccionadas de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, así como del desarrollo doctrinal que ha experimentado la materia, en Derecho nacional y comparado.

En cuanto al **estado del problema**, se realiza una máxima aproximación para dar respuesta a la pregunta problémica, en consecuencia esta investigación debe repercutir en la creación de un marco jurídico, que concilie los intereses que se derivan de la tensión constitucional entre la potestad disciplinaria y el debido proceso, en aras de materializar, de una parte, la dignidad humana inherente a la persona del disciplinado, en tanto sujeto y no objeto del Derecho; y de otra, una verdadera justicia disciplinaria, que vele por la protección del interés general, y en este sentido, ataque los fenómenos indeseables de corrupción, ineficacia, ineficiencia e irresponsabilidad en el ejercicio de la función pública y privada, que tanto daño le hacen al Estado colombiano, máxime que actualmente la relación jurídica funcional en Colombia, de la cual se deriva la potestad disciplinaria, se fundamenta en la teoría de ascendencia germana de las relaciones especiales de sujeción, cimientos, estructura y arquitectura, de la Ley 734 de 2002, sin embargo, era preciso auscultar si también, del Código General disciplinario, recientemente sancionado, Ley 1952 de 2019.

En prospectiva, se espera que contribuya este trabajo a establecer una nueva fundamentación del Derecho disciplinario en Colombia desde la óptica de las relaciones especiales de sujeción, aproximándose a sus fundamentos convencionales, constitucionales y legales; su naturaleza jurídica variada, en tanto relación jurídico pública, relación de dependencia jurídica, teoría, categoría dogmática, doctrina, instituto jurídico, status, situación o posición de determinados colectivos, o una relación administrativa especial; determinando sus presupuestos disímiles por los colectivos insertos en ellas; y auscultando sus consecuencias, es decir aquellas que se derivan de la limitación de derechos fundamentales, cumplimiento de sus deberes y surgimiento de una potestad disciplinaria.

Finalmente, las aportaciones que la investigación reporta en lo personal, a la academia, y a la sociedad en general, son enormes. Pero, sobre todo, se aspira que, el estudio de esta temática pueda contribuir de manera significativa por vía doctrinal para determinar hasta qué punto la administración pública puede suspender, limitar, restringir derechos a quienes se encuentran en esta singular situación, bajo el entendido que el Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, esta es para respetar y garantizar los derechos de los asociados, y bajo qué límites debe aplicarse el Derecho disciplinario en Colombia.

JOSÉ RORY FORERO SALCEDO

Doctor en Derecho por la UCM (España)

Docente-Investigador

Director del Proyecto

Toledo, España, verano de 2019

TITULO I

LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN SU GÉNESIS

Por: María Wilse Sáenz Alonso¹

INTRODUCCIÓN

La condición de persona en el marco de un Estado Social de Derecho, conlleva a la aparición de vínculos más o menos estrechos con el Estado, a los que la dogmática alemana ha denominado relaciones de sujeción, pueden ser de carácter general o especial, dependiendo de quienes se encuentren en las mismas.

Están en una relación general de sujeción, las personas del común desde el nacimiento y en una relación especial de sujeción, en determinados grupos, como los estudiantes, servidores públicos, miembros de la Fuerza Pública y las personas privadas de la libertad.

Ahora bien, en una y otra relación de sujeción, se derivan unas consecuencias jurídicas, atinentes al tratamiento que se les va a dar a sus derechos, deberes y al sistema de responsabilidad que los cobija.

En efecto, las personas del común que están en una relación general de sujeción, el Estado legítimamente puede limitarles sus derechos bajo unos estándares genéricos, establecerles unos deberes igualmente genéricos, y someterlos a un sistema de responsabilidad sancionadora, que por lo

¹ Abogada de la Universidad Libre de Colombia. Candidata a Magister en Derecho Disciplinario. Primera promoción.

general es la de tipo penal. A manera de ejemplo en Colombia, la Constitución Política de 1991, en su artículo 16 establece:

“que todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad, sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y del orden jurídico”²

Se consagran unos deberes para la persona y el ciudadano en el artículo 95, que son de orden genérico, y en el artículo 6 establece lo atinente a su régimen de responsabilidad, al indicar que los particulares solo serán responsables por infringir la Constitución y la Ley.

Por el contrario, las personas que están en una relación especial de sujeción, el Estado legítimamente, les limita sus derechos, bajo unos estándares particulares, así mismo establece para ellos, unos deberes especiales, sometiéndolos a un sistema de responsabilidad sancionadora de tipo disciplinario. A manera de ejemplo, la Constitución Política de 1991 y la Ley, establecen limitaciones particulares a los derechos de los estudiantes, de los servidores públicos, de los miembros de la Fuerza Pública y de las personas privadas de la libertad; amplificándoles sus deberes y creándoles un régimen de responsabilidad disciplinaria, no en vano, el artículo 6 superior señala que los servidores públicos serán responsables por la misma causa y además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, de los estudiantes, los servidores públicos, los miembros de la Fuerza Pública y las personas privadas de la libertad, en Colombia, también

² CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. (julio 6 de 1991).

estarían en una relación especial de sujeción, los particulares en ejercicio de funciones públicas, y todos quienes pertenecen a profesiones demo liberales como los abogados, los médicos, los contadores, los arquitectos, los ingenieros, los administradores, psicólogos etc.

Razón le asiste a Forero Salcedo³, cuando señala que:

[...]“la complejidad de tales ataduras ha llevado a que el Derecho, como instrumento regulador de la difícil convivencia entre los seres humanos, haya construido toda una serie de categorías dogmáticas para expresar el fenómeno y es así, como la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción, explica la razón de ser y vicisitudes de tan complejos lazos, influyendo de manera categórica en diferentes áreas del conocimiento jurídico, a saber: La teoría general del Derecho, en tanto relación jurídica; el Derecho penal, por cuanto la existencia de relaciones especiales de sujeción implica necesariamente que existan relaciones generales de sujeción con las que se identifica éste; el Derecho administrativo, pues la teoría conecta de una manera particular con el principio de eficacia de la Administración Pública; el Derecho disciplinario, ya que la potestad disciplinaria constituye una de las cuestiones más llamativas cuando se analiza la figura jurídica; y naturalmente, el Derecho constitucional, pues la existencia, fundamento y consecuencias de la categoría dogmática se deriva de su constitucionalización y de ahí que repercuta en temas como el principio de legalidad, la teoría de los derechos fundamentales, la reserva de Ley, el *non bis in ídem*, y el control judicial, entre otros”⁴

³ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (15), 2007.

⁴ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones

Ahora bien, existe un planteamiento irrefutable y es que el quien se encuentra sometido a una relación especial de sujeción, adquiere una nueva responsabilidad que no tenía, estando en la relación general de sujeción como persona del común, es la responsabilidad disciplinaria, lo que ha hecho que esta teoría sea acogida en Colombia por la jurisprudencia, en especial la de la Corte Constitucional; por la doctrina, en especial la de los Órganos de Control; la Jurisdicción disciplinaria, los tratadistas en la materia, y en la Academia para fundamentar dogmáticamente el Derecho Disciplinario.

En consecuencia, para entender el fundamento de estas relaciones especiales y su impacto en cuanto a los derechos fundamentales, los derechos y la responsabilidad de los grupos que se encuentran en ellas, es preciso estudiar su origen, actividad que representa el objetivo del presente escrito, que corresponde al título I del proyecto sobre el Derecho Disciplinario y las relaciones especiales de sujeción, y de ahí del porqué de un primer estudio de la potestad disciplinaria desde la historia constitucional de Alemania, escenario en el que nació la teoría, lo que nos lleva a desarrollar este trabajo en torno a las relaciones especiales de sujeción en su génesis, a estudiar la teoría en la monarquía constitucional prusiana, y su proyección a la República de Weimar, al Estado totalitario nacionalsocialista, su consagración en la Ley Fundamental de Bonn de 1949, la jurisprudencia del Tribunal constitucional alemán de 1972 y las relaciones especiales de sujeción, fortalezas de las relaciones especiales de sujeción, debilidades de las relaciones especiales de sujeción y futuro en Colombia

especiales de sujeción. Madrid: Civitas, 1994. ISBN: 9788447004157. p. 37.

de la Teoría de las relaciones especiales de sujeción, para terminar con las conclusiones y la bibliografía.

1. LA TEORÍA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN PRUSIA

Para Forero Salcedo⁵, los hechos más significativos de la Alemania del siglo XIX donde nace la teoría de las relaciones especiales de sujeción fueron:

[...] “Fundación de la Confederación del Rhin; Congreso de Viena (1814-1815); Acta final del Congreso (1820); creación del Deutsche Bund (1815); Acta Fundacional; Constituciones de Nassau (1814), Baden y Baviera (1818), Württemberg (1819), Essen (1820), Sajonia (1831), Hannover (1833); la Revolución de 1848, y la Paulskirchenverfassung; Constitución del Imperio Alemán (marzo de 1849); Constitución de Prusia (1850); conflicto constitucional prusiano (1826-1866); formación del Norddeutsche Bund. Constitución de 1867; segundo Imperio Alemán. Constitución (1871)”⁶ [...]

⁵ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, 2007. Op. cit.

⁶ EMBID IRUJO, Antonio. La fidelidad de los funcionarios a la Constitución. Un estudio de los Derechos alemán y español. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987. ISBN: 8473512081. p. 26 – 29. A propósito del fundamento del Estado, de la Función Pública y fidelidad de los funcionarios a las constituciones del siglo XIX en Alemania, destaca Embid Irujo: “La práctica del <seudo parlamentarismo> de Bismarck significa para los funcionarios públicos una completa sumisión a los sucesivos gobiernos, en tanto que la relación de fidelidad al Monarca se interpretaría, también, como de necesaria fidelidad a los gobiernos nombrados por él. La política oficial consistió en identificar los fines del funcionariado con los de los respectivos gobiernos y para esta finalidad se utilizó masivamente el derecho disciplinario y hasta se promulgaron leyes restrictivas de la capacidad docente de los profesores. Se consideraba incompatible con el ejercicio de la profesión de funcionario el militar en partidos de la oposición –lo que afectaba singularmente a los socialdemócratas– con lo que se trataba, en frase de un autor, de <asegurar la homogeneidad conservadora del aparato administrativo y de limitar el proceso democrático>; De esta forma se desvirtuaba en la práctica lo que era una continua tendencia hacia la relación de fidelidad institucional, del funcionario a la Constitución, enunciada como principio en los textos legales, pero no alcanzaría su plena consagración hasta la promulgación de la Constitución de 1918” [...]

Una vez triunfo la revolución francesa de la libertad, la igualdad y la fraternidad, se da una expansión de la declaración de los derechos del hombre y el ciudadano por todo Europa e incluso, llega hasta las colonias de España en América, siendo el fundamento ideológico para que estos pueblos se independizaran, sin embargo, el fervor revolucionario no tiene eco en Prusia.

Al respecto comenta, que la historia constitucional prusiana de inicios del siglo XIX, fue muy especial:

[...] “por su carácter autoritario, respecto de cómo evolucionó en otros países europeos, al no participar totalmente del desarrollo generado con la revolución francesa de 1789, determinado por el principio democrático. Se destacan hechos históricos como el Congreso de Viena de 1814⁷, la revolución de 1848, y la posterior tensión entre el Monarca y el Parlamento en la fase conocida como los conflictos presupuestarios constitucionales de Kurhessen 1850-1852, y prusiano 1862-1866, determinantes para la configuración de sus instituciones orgánicas y dogmáticas fundadas en el principio monárquico, entre ellas la teoría de las relaciones especiales de sujeción”⁸ [...]

⁷ RAMOS OLIVEIRA, Antonio. Historia social y política de Alemania. Fondo de cultura económica. México: Buenos Aires, 1964. En cuanto al Congreso de Viena destaca [...] “Vencido Napoleón, los aliados se propusieron tratar de la reconstrucción política de Europa en un Congreso que se reuniría en el otoño en Viena, como en efecto se reunió. El Congreso cumplió su misión, generalmente informada por tres principios que se reflejaron en sus conclusiones: legitimismo, compensación a los vencedores y hostilidad a Francia” [...]

⁸ LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución? Bogotá: Panamericana, 1996. ISBN: 9789583001550. p. 37 y 38

Y agrega que:

[...] “No hay que olvidar que a mediados del siglo XIX se presenta un enfrentamiento entre la Corona, la Burguesía y el Pueblo a causa de la búsqueda del desmonte de las instituciones del Estado absolutista⁹, hechos que, junto al conflicto constitucional prusiano, desatado entre 1862 y 1866, permiten a Ferdinand Lasalle realizar una reflexión profunda sobre diferentes tópicos; Para nuestro tema traigo a colación su famosa conferencia de 1862, en la que se refiere a la posición de los funcionarios y militares respecto del Monarca en los siguientes términos: Los problemas constitucionales no son, primariamente, problemas de derecho, sino de poder; la verdadera Constitución de un país sólo reside en los factores reales y efectivos de poder que en ese país rigen; y las Constituciones escritas no tienen valor ni son duraderas más que cuando dan expresión fiel a los factores de poder imperantes en la realidad social: de ahí los criterios fundamentales que deben ustedes retener. En esta conferencia me he limitado a desarrollarlos de un modo especial en relación con el Ejército. Por dos razones: La primera es que la premura del tiempo no me permitiría más, y la segunda que el ejército constituye el más importante y decisivo de todos los resortes del poder organizado; Pero ya comprenderán ustedes, sin necesidad de que yo se los explique, que lo mismo que hemos dicho del Ejército acontece con la organización de los funcionarios de justicia, los empleados de la Administración Pública, entre otros; también estos son resortes orgánicos de poder de una sociedad”¹⁰

⁹ Ibid.

¹⁰ Ibid. p. 37 y 38.

En un Imperio de estas características el ejército y los funcionarios no tenían derechos. El desarrollo de las relaciones especiales de sujeción corresponde sin embargo a la segunda mitad del siglo XIX, y se le debe al jurista Otto Mayer quien, respecto de los funcionarios públicos sujetos a la potestad disciplinaria, señalaba:

[...] "se tratará de obtener dicho mejoramiento por medio del mismo castigado, pero si ello es imposible sólo queda, como medida suprema, eliminar del servicio al miembro gangrenoso para que por lo menos ese servicio –que es lo que importa, ante todo- se purifique y mejore: *quod medicamenta non sanant, ferrum sanat*"¹¹

Dos principios determinaron al Estado: El principio monárquico y el principio democrático, con el primero los funcionarios y los militares; grupos que se reservó el Monarca para permanecer en el poder y estos no tenían derechos porque se decía que estaban en relaciones especiales de sujeción, y argumentando el principio democrático respecto del resto de la población, nace para la doctrina las relaciones generales de sujeción, entonces este amplio grupo de la población si tenía derechos.

Pero ¿Qué era el principio monárquico? Para Werner Heun:

[...] "El principio monárquico ha dominado en los ordenamientos constitucionales alemanes del siglo XIX tanto en el texto como en la teoría y en la práctica; La exégesis histórica apunta a que el principio monárquico recibe un contenido vinculado al pensamiento dominante a

¹¹ JALVO, Belén Marina. El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos. 1999. Valladolid: Ed. Lex-Nova, 1999. ISBN: 8484069516. p. 69.

comienzos del siglo XIX; En la medida en que conforme a este principio el Monarca se concebía como la fuente de todo el poder del Estado, la Monarquía absoluta se podía entender como una expresión de aquél”¹²

Para resumir, el principio monárquico determinaba la relación que existía entre el Estado, el ejército y los empleados de la Administración Pública, quienes estaban a las órdenes del Monarca.

Respecto del principio democrático se puede afirmar que conllevaba relaciones generales de sujeción o relaciones del pueblo, la sociedad y el Estado.

¹² HEUN, Werner. El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX. En: Revista Fundamentos. (2), 2000. ISSN 1575-3247. Agrega: Tuvo vigencia como principio fundamental del nuevo derecho constitucional alemán. [...] “La primera Constitución que lo formula es la de Baviera de veintiséis de mayo de 1818, en su Título II, El Rey es el Jefe del Estado, reúne en sí todo el poder del Estado y lo ejerce bajo las condiciones por él mismo establecidas en el presente documento constitucional. Su persona es sagrada e inviolable; Esta fórmula del principio monárquico no sólo la acogen casi literalmente las primeras constituciones, sino que además se conserva hasta la última fase del constitucionalismo del siglo XIX. Sólo falta en las constituciones emanadas de la Revolución de 1848/1849, así como en la Constitución prusiana de 1850, sin que por ello se viera sustancialmente afectada la efectividad del principio monárquico, que regía como un principio no escrito. El principio además se contenía en el artículo 57 del acta final de Viena de 1820, como una directriz para los miembros de la Federación alemana, con la finalidad de garantizar la posición del Monarca. El concepto político se acuña aparentemente en los debates correspondientes sobre la Carta Constitucional de 1814, aunque ya encuentra antes una formulación equivalente en Friedrich Schlegel; La impronta de la Carta Constitucional de 1814 sobre el constitucionalismo alemán del siglo XIX queda patente de forma nítida con la recepción del debate constitucional francés” [...]

2. LA FIGURA JURÍDICA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN LA REPÚBLICA DE WEIMAR

Si en el segundo Imperio predominó con Bismarck el modelo autoritario y el principio monárquico, en este nuevo escenario, al desaparecer tales presupuestos, sobresalió el modelo parlamentario y el principio democrático. En efecto, destaca Forero Salcedo que:

[...] “tras el derrumbamiento económico y militar de Alemania en 1917, sin duda -un terremoto político- los hechos precipitaron la Ley de reforma constitucional del 28 de octubre de 1918, que introdujo como núcleo el parlamentarismo, esto es simplemente, que para que el Canciller pudiera desempeñar sus funciones requería el apoyo parlamentario”¹³ [...]

Sobre los antecedentes de esta Constitución citado por el autor destaca Ramos Oliveira:

[...] “La Asamblea Constituyente aprobó en siete meses una Constitución admirable, que sirvió luego de modelo a otros países, al menos en parte. La Constitución de Weimar, obra jurídica maestra dio fama internacional a su autor, Hugo Preuss; En orden a la legislación social –derechos del trabajador, seguros sociales, entre otros y a las libertades políticas, la Asamblea Nacional aprobó en tres meses, 124 decretos que presentaron los ministros. Pero el régimen de propiedad privada en sus manifestaciones más perniciosas –el latifundismo, la dictadura económica de la gran industria- apenas sufrió modificación”¹⁴

¹³ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, 2007. Op. cit.

¹⁴ RAMOS OLIVEIRA, Antonio. Op. cit.

La Carta de Weimar fue obra de la social-democracia que buscaba legitimación democrática, entonces resulto:

[...] “buena para los teóricos porque introdujo la noción de Estado social, el modelo republicano-parlamentario, el sufragio universal, el pluralismo y el reconocimiento de derechos y garantías principalmente de derechos sociales; Sin embargo, catalogada como mala para otro sector de la sociedad, el radical, que la creía obra de los vencedores al imponer a Alemania, un sistema gravoso y humillante derivado del Tratado de Versalles; Un modelo nuevo de Constitución por los avances en técnica constitucional, en el que desaparece el principio monárquico, sin desconocer el pacto ejército-partido social demócrata con predominio del poder central, la jurisdicción constitucional incipiente y un poder ejecutivo con enormes facultades, pero en todo caso muy rica en materia de función pública y Derecho disciplinario, en cuyo ámbito se observa una particular regulación, lo que hace que la teoría de las relaciones especiales de sujeción, adquiera unos matices interesantes como veremos”¹⁵

Muchos avances en materia de función pública y Derecho Disciplinario se destacan en la Constitución de Weimar:

[...]“normas hoy elementales, pero para la época innovadoras, sobre el nombramiento de funcionarios, sus derechos adquiridos, el principio de legalidad sancionadora, el procedimiento disciplinario como garantía

¹⁵ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, 2007. Op. cit.

supralegal, es decir, el derecho del funcionario a no ser removido salvo por expediente disciplinario, la consagración de un catálogo de sanciones: suspensión, desvinculación, traslado, los recursos o medios de impugnación o revisión, el principio de favorabilidad, el derecho de defensa, la tutela judicial efectiva, la publicidad del procedimiento y su libertad política, ideológica y de asociación”¹⁶

Para un mejor entendimiento ilustrativas en Weimar son las siguientes disposiciones de su Constitución:

“art 7 Corresponde al Reich la competencia legislativa sobre: 9. Derecho del trabajo, aseguramiento y protección de los obreros y empleados, así como prueba en el trabajo; art 10 El Reich puede dictar Leyes regulando los aspectos básicos respecto de: [...] 3) El derecho de la función pública de todas las Administraciones Públicas; art 16 Los funcionarios a quienes esté confiada en los Estados de forma inmediata la Administración del Reich deberán disfrutar por regla general de la ciudadanía del mismo Estado; Los funcionarios, empleados y trabajadores de la Administración del Reich serán destinados a su territorio de origen cuando así lo pidan, siempre que sea posible y a ello no se opongan consideraciones relativas a su capacidad de exigencias del servicio; art 128 Todos los ciudadanos podrán acceder sin distinción a los cargos públicos, con arreglo a las leyes y según su capacidad y aptitudes. Se derogan todas las disposiciones excepcionales contra los funcionarios de sexo femenino; Las bases de la Función pública se fijarán por Ley del Reich; art 129 El nombramiento funcional se hará de por vida, salvo que la

¹⁶ Ibid.

Ley disponga otra cosa; La Ley regulará los haberes pasivos de los funcionarios y sus familias; Los derechos adquiridos por los funcionarios son inviolables; Estos podrán acudir a la vía judicial para sus reclamaciones económicas; Sólo en los casos y en la forma prevista por la Ley, podrán los funcionarios ser suspendidos del empleo, separados del servicio provisional o definitivamente, o trasladados a otro cargo con remuneración inferior; Contra toda sanción disciplinaria cabrá recurso y habrá posibilidad de revisión; En el expediente personal del funcionario no se anotarán hechos que le sean desfavorables, sino después de haberle dado ocasión de manifestarse respecto a ellos; El funcionario tendrá derecho a examinar su expediente personal; La inviolabilidad de los derechos adquiridos y el acceso a la vía judicial para las reclamaciones económicas se garantizan también, de modo especial, a los militares profesionales. Su situación, por lo demás, será fijada por una Ley del Reich; art 130 Los funcionarios son servidores de la comunidad, no de un partido; Se garantiza a todos los funcionarios la libertad de ideología política y de asociación; Los funcionarios tendrán representaciones funcionariales especiales, conforme a las disposiciones de desarrollo de una Ley del Reich; art 136 [...] El disfrute de los derechos civiles y políticos, así como el acceso a cargos públicos son independientes de la confesión religiosa” (Resalto) “art 176: Todos los funcionarios públicos y miembros de las fuerzas de defensa habrán de jurar esta Constitución; El resto se regirá por el Reglamento del presidente del Reich”¹⁷

¹⁷ REINO DE LA REPUBLICA DE ALEMANIA. La Constitución de la República de Weimar, Alemania (11 de agosto de 1919).

Ilustra Forero Salcedo, en criterio que se comparte:

[...] “las citas evidencian una regulación particular de la función pública y del Derecho disciplinario en el plano constitucional, lo que no es usual en las posteriores constituciones rígidas de la segunda posguerra. En efecto, en las nuevas cartas la libertad de los funcionarios es desarrollada de manera genérica, delegando la regulación de sus alcances a la Ley, en tanto sometida a la supremacía de aquélla, a través de la promulgación de códigos, estatutos o regímenes disciplinarios especiales, como sucede en Colombia con la Ley 734 de 2002, mejor conocida como el Código Disciplinario Único”¹⁸ [...]

3. LA CATEGORÍA DOGMÁTICA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN EL ESTADO TOTALITARIO NACIONAL SOCIALISTA.

La contextualización de la época la comenta López Benítez de la siguiente manera:

[...] “Pocos datos más proporciona este tiempo. La disociación entre el Derecho constitucional *vigente* y el Derecho constitucional *vivido* llega a sus últimas manifestaciones cuando el propio texto de Weimar sirva de cobertura a las operaciones de desmantelamiento del régimen democrático-liberal [...] Con la ascensión de Hitler al poder se inicia una etapa de retroceso y oscurantismo de la vida alemana, en la que adquieren nuevamente protagonismo el ejército, la burocracia ministerial, las iglesias y el poder económico, aunque continuamente

¹⁸ Ibid.

puestos en entredicho y limitados en su autonomía; Sin embargo, este protagonismo del Ejército y la Burocracia, sectores tradicionalmente prototípicos de relaciones especiales de sujeción, no se traduce en un robustecimiento de la teoría clásica de estas relaciones; por el contrario, asistimos a una fase de disolución de la alternativa relación general/relación especial, fomentada por unos postulados ius filosóficos que se adivinan excesivamente pobres; Así las cosas, se puede estimar o que todos los individuos están en una relación especial de sujeción por el franco retroceso que sufren sus derechos fundamentales, o que todos, por el contrario, están en una relación general; pero en una relación *general nominatim*, puesto que ninguno de sus derechos se garantiza y todos se subordinan a la prosperidad de la comunidad[...] Estas consideraciones explican la falta de fuentes bibliográficas sobre nuestro tema en este período de la historia alemana"¹⁹ [...]

Para Forero Salcedo²⁰, el desprecio total de los nazis por los derechos fundamentales y el ataque a su liberalismo parlamentario, con miras a volver al autoritarismo decimonónico, constituyó una de las causas para que el pueblo judío y la humanidad civilizada, tuvieran que soportar y presenciar una de sus mayores humillaciones y afrentas: El Holocausto²¹.

Tal situación desde la óptica constitucional, se presentó por el contenido mismo de algunas de sus normas que precipitaron y posibilitaron los acontecimientos de manera indirecta, generando la *crónica de un final*

¹⁹ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. 1994. Op. Cit. p. 111-113.

²⁰ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, 2007. Op. cit.

²¹ Doloroso el testimonio de una de las supervivientes refiriéndose a su situación en uno de los campos de exterminio: <No había un Dios en Auschwitz. Era tan terrible que Dios prefirió no entrar allí>.

anunciado, comenta el autor, y agrega que en lo que atañe a la Administración Pública y a la categoría bajo estudio,

[...] “es pertinente señalar que en el período histórico comprendido entre la Ley de plenos poderes de marzo de 1933 y la derrota militar y ocupación de Alemania en 1945, las relaciones especiales de sujeción estarán determinadas por los conceptos de obediencia y lealtad ciega de parte de los funcionarios al Führer, siendo ilustrativa en este sentido la Ley de 26 de enero de 1937 del funcionariado alemán, en cuyo artículo primero se establecía que el funcionario estaría respecto del Führer y del Imperio en una relación de fidelidad y servicio jurídico-pública (relación funcional), obediencia incondicional y cumplimiento extraordinario de la dirección del Estado Nacionalsocialista, hasta el punto de exigírsele para confirmar la vinculación el siguiente juramento”²²

²² LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Las relaciones de sujeción especial. Madrid: Civitas, 1994. ISBN: 9788447003532. En el ámbito histórico del nacionalsocialismo comenta Lazagabaster Herrarte: [...] “De 1933 a 1945 desaparece la diferenciación al modificarse sustancialmente la concepción del Estado; El Estado y la sociedad van a constituir un todo único, donde el Führer va a ser la expresión de la voluntad del pueblo, su manifestación jurídica, *Rechtssprecher des Volkes*; Las teorías o creaciones jurídicas del Derecho Administrativo son consideradas extrañas y falsas a la nueva configuración del Estado. La negación de la teoría del acto administrativo o de los derechos públicos subjetivos es una manifestación de lo dicho; Como GRIMM señala, en la época del nacionalsocialismo se considera la teoría de los derechos subjetivos como desconocida para el Derecho germánico. Los ciudadanos no veían configurada su situación jurídica mediante derechos, al contrario, por obligaciones. Su situación jurídica les venía dada; Como dice uno de los teóricos del derecho en la época del nacionalsocialismo, K. Larenz, la situación jurídica de los ciudadanos no puede ser de ninguna manera entendida como la disponibilidad de derechos subjetivos, sino como la capacidad de estar en determinada situación jurídica; Es por tanto una capacidad de Derecho objetivo, que muestra la posibilidad de participar en la vida jurídica de la Comunidad; En este esquema, la diferenciación RSE- relaciones de sujeción o supremacía general no tiene ningún sentido”[...]

“Juro que seré leal y obediente al Führer del Imperio y del pueblo alemán, Adolfo Hitler, que observaré las leyes y cumpliré esmeradamente mis deberes oficiales, así Dios me ayude”²³

Sin duda, está en presencia según el ampliamente citado autor, de unas relaciones intensas, absolutas y radicales de sujeción especial, alejadas de los derechos fundamentales, en un régimen arbitrario y con una Administración Pública subordinada a los intereses del partido. En este contexto, llama la atención igualmente el contenido de la Ley para la reinstauración del funcionariado de 7 de abril de 1933, que no sólo expulsaba a los funcionarios que habían sido miembros de determinados partidos, sino también a los no arios, a no ser que hubiesen combatido en la Primera Guerra Mundial o hubiesen perdido con tal motivo familiares cercanos²⁴.

4. EL INSTITUTO JURÍDICO DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN LA LEY FUNDAMENTAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

La primera mitad del siglo XX se caracterizó en Europa por la negación de los derechos fundamentales, principalmente en el escenario horrible del fascismo y el nacionalsocialismo, primando el desprecio y la violación sistemática de los derechos humanos, sin embargo la segunda mitad estuvo determinada por su proclamación y garantía, como rechazo a los regímenes totalitarios, y entonces aparecieron las constituciones de Italia (1948) y Alemania (1949), que nacieron en la segunda posguerra, y el Estado Constitucional, Social de Derecho, adquiriendo un significado importante

²³ EMBID IRUJO, Antonio. Op. cit. p. 195.

²⁴ GÓMEZ ORFANEL, Germán. Violencia política, racismo y uso de la legalidad por el Nazismo. Revista Vasca de la Cultura y las ideas. En: Cuadernos de Ázate. (22) 2000. ISSN: 0213-1862

dentro de la evolución que han experimentado las democracias de occidente basadas en el respeto a la dignidad de la persona humana.

Evidentemente, la Ley Fundamental de Bonn²⁵ se promulga una vez terminada la segunda guerra mundial y en consecuencia su texto, al estar determinado por estos hechos históricos, es técnicamente avanzado, no obstante su carácter de marco jurídico provisional para la época²⁶, con un catálogo de derechos fundamentales en el que se destaca: La dignidad del hombre como intangible, libre despliegue de la personalidad, vida e integridad física, libertad de la persona, igualdad ante la Ley, libertad de fe, de conciencia, religiosa e ideológica, de culto, de expresión e información, libertad de prensa; libertad, arte, ciencia, investigación, cátedra; protección del matrimonio y familia, cuidado y educación de los hijos, protección de las madres, protección de hijos extramatrimoniales; sistema escolar, enseñanza de la religión, derecho a la creación de

²⁵ CASTILLO BLANCO, Federico A. Función Pública y poder disciplinario del Estado. Madrid: Ed. Civitas, 1992. ISBN: 9788447000470 Refiriéndose a la Ley Fundamental de Bonn, en la obra ampliamente citada, comenta Castillo Blanco: [...] "Constitución que, en cuanto a su naturaleza, respondía en puridad a un estatuto de ocupación y que hace directamente obligatorios su catálogo de derechos fundamentales, a diferencia de las constituciones anteriores. Obliga, por tanto, esta nueva consideración de la persona y de su dignidad – La dignidad de la persona es intangible, proclama en su cabecera la nueva Constitución-a una revisión de todas las leyes preconstitucionales y de su fundamentación" [...]

²⁶ EMBID IRUJO, Antonio. Op. cit. p 70-71. Los principios preconstitucionales, la Democracia militante en Alemania y la libertad de miedo son analizados en los siguientes términos: "Por fin, la disposición al compromiso parte de que el sistema de legalidad jurídico estatal sólo puede cumplir duraderamente su función de garantía de la paz si está apoyado en la disposición de una gran parte de los ciudadanos a comprometerse en el proceso permanente de creación del Estado; En el Estado no sólo el funcionario, sino también el ciudadano tiene que sentirse como en casa; El Estado debe permitir las oportunidades que lleven a la realización de esa disposición al compromiso, y éste es tanto condición como condicionante de una Constitución con posibilidad abierta de crítica, competencia de ideas e intereses plurales, tolerancia política y revisabilidad de las decisiones estatales; Concluye en que la democracia liberal tiene que ser <militante> precisamente para mantener esta pluralidad política siendo, además, la democracia militante la más relativista porque defiende absolutamente este pluralismo político y relativo" [...]

escuelas privadas; derecho de reunión pacífica y sin armas; de asociación; inviolabilidad de correspondencia, comunicaciones postales y telecomunicaciones; derecho a circular libremente; a elegir libremente profesión, lugar de trabajo y aprendizaje; objeción de conciencia por servicio militar; inviolabilidad de domicilio; propiedad privada; nacionalidad; asilo; petición, entre otros.²⁷

En cuanto hace a nuestro tema de investigación, una de las mayores potencialidades radica en la consagración y proyección de una serie de categorías dogmáticas, que servirán como derrotero para el desarrollo, no sólo del Derecho constitucional, también del Derecho Disciplinario, tales como la vinculación a los poderes públicos, reserva de Ley, límites, la declaración de pérdida atribuida al Tribunal Constitucional Federal, tutela

²⁷ Ilustrativas las reflexiones de LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. 1994. Op. Cit. 118-119: [...] "Como es sabido, de la idea del Estado de Derecho derivan una serie de principios e instituciones, que han encontrado cobijo en la Ley Fundamental de Bonn; así, la división de poderes (art. 20.2), el principio de legalidad (art. 20.3), la consagración y garantía de los derechos fundamentales (art. 1 a 19), la independencia de los Tribunales (art. 97), etc. Estos principios traducen fundamentalmente elementos de defensa frente al poder y tutelan la libertad individual; En cambio, el Estado social, que hunde sus raíces en la construcción de Lorenz Von Stein sobre la Democracia social, y que se teoriza por vez primera en la obra de Hermann Heller, parte de la idea contraria, es decir, de la necesaria injerencia del poder público para asegurar materialmente los derechos y libertades de los particulares; Ambas ideas, Estado de Derecho y Estado social, han sido objeto en la doctrina alemana de profundas reflexiones acerca de cómo pueden coexistir pacíficamente dentro de un mismo cuerpo constitucional. Sin entrar en el centro del debate, por otra parte, ha quedado perfectamente expuesto a través de las obras de Otto Bachof, Ernst Forsthoff, Ipsen, Karl Doehring y otros, conviene destacar en este momento el interés que esta lucha o tensión despierta para nuestro tema de las relaciones especiales de sujeción. Tensión que se produce sobre todo en torno a dos extremos: por un lado, las garantías con que se rodea la protección de los derechos fundamentales en el marco de la Ley Fundamental de Bonn; y, por otro, la incesante interacción que se da entre la sociedad y el Estado, con intromisiones cada vez más profundas de éste en aras de asegurar a los particulares una serie de prestaciones. Si aquél puede significar la pérdida o minoración de una de las notas características de la teoría clásica de las relaciones especiales de sujeción, éste, por el contrario, puede entrañar una extensión de las mismas, supuesto el aumento de establecimientos públicos que se afanan a diario en la procura y satisfacción de necesidades individuales"

judicial efectiva, contenido esencial y la consideración de los derechos como valores objetivos.

En materia de función pública conviene destacar sus normas más significativas: art. 12.3, sobre servicio militar y función pública; art. 33, derecho de igualdad de acceso a la función pública, derechos adquiridos y función pública de carrera; art. 34, acción de regreso contra los funcionarios; art. 36, integración de los órganos federales supremos; art. 46, responsabilidad disciplinaria de los Diputados del Bundestag; art. 55.2, Presidente Federal y función pública; art. 73.8, competencia exclusiva de la Federación en cuanto al estatuto jurídico del personal a su servicio; art. 74.a.1), legislación concurrente y función pública; art. 75, normas marco sobre función pública; art. 85.2, formación de funcionarios y empleados de la administración; art. 95, jueces y tribunales; art. 96, tribunales disciplinarios federales; art. 96.4, procedimientos disciplinarios y de queja respecto de personas pertenecientes a la función pública; art. 101 a 104, garantías constitucionales de orden procesal (Juez predeterminado por la Ley, derecho de defensa, legalidad sancionadora).

En relación con la categoría dogmática bajo estudio, resulta explicativo el contenido del artículo 33:

[...] “2) Los alemanes tienen igualdad de acceso a la función pública, en la medida de su idoneidad, capacidad y rendimiento profesional [...] 4) El ejercicio de competencias soberanas, como tarea permanente, habrá de confiarse, por lo general, a funcionarios públicos que se hallan en una especial relación jurídica-pública de servicio y lealtad [...] 5) El derecho de la función pública tendrá en cuenta los principios tradicionales de la

función pública de carrera"²⁸ [...] (Resalto)

Obermayer tras esta Ley Fundamental definiría así la figura jurídica bajo estudio:

[...] "la relación especial de sujeción es aquella relación jurídico pública de sometimiento, en el ámbito del Derecho administrativo en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del poder público, con cierto carácter duradero y en favor de un determinado fin administrativo"²⁹

Sin embargo, a pesar de que la categoría jurídica de las relaciones especiales de sujeción, adquiere una nueva fundamentación tras la promulgación de la Ley Fundamental, su verdadera constitucionalización con la subordinación a la reserva de Ley, estará por venir.

Sobre la categoría dogmática en el ámbito de la Monarquía Constitucional, destaca Belén Marina Jalvo:

²⁸ EMBID IRUJO, Antonio. Op. cit. p. 43. Sobre la garantía institucional del funcionariado y el Artículo 33 de la LFB señala: [...] "Esta función pública, encuadrada dentro de una relación de fidelidad con las características descritas responde en su misma existencia, a una decisión consciente, premeditada y meditada de la GG; Frente a los intentos en algunos Laender tras la segunda guerra mundial de suprimir el funcionariado, la GG se pronuncia expresamente por su mantenimiento; El párrafo cuarto del artículo 33 indica, así, que <el ejercicio con carácter permanente de funciones de soberanía será confiado, por regla general, a los funcionarios del servicio público sometidos a normas de servicio y fidelidad establecidas con carácter de derecho público>. De este texto resulta no solamente la existencia, por mandato constitucional del funcionariado, de tal forma que puede hablarse propiamente de la <garantía institucional del funcionariado>, sino que a los miembros de la función pública se les reservan concretamente unas tareas, las encuadradas bajo la rúbrica de <funciones de soberanía> (hoheitsrechtliche Befugnisse)"

²⁹ CASTILLO BLANCO, Federico A. Op. cit. p. 97

[...] “las consecuencias de la calificación de una relación como relación de sujeción especial no son desdeñables. Para empezar, en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, la reserva de Ley queda desvirtuada. Esta exigencia solamente es efectiva en las relaciones externas de la Administración, en la medida en que puedan resultar afectados los derechos de libertad y propiedad de los ciudadanos. Por el contrario, quienes pasan a integrarse en la organización administrativa, lo hacen de forma voluntaria, conociendo de antemano las condiciones que en ella imperan; ese consentimiento implícito exime de la necesidad de acudir a la Ley para limitar sus derechos³⁰; Es más, las reglas dictadas para la ordenación de la esfera interna de la Administración ni siquiera tienen la consideración de normas jurídicas, por lo que no son susceptibles de control judicial”³¹

Y agrega que las consecuencias señaladas:

[...] “se mantendrán durante la época de Weimar e, incluso, tras la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn. Superada la situación constitucional determinante de la construcción de la teoría de las relaciones de sujeción especial, en el Estado de Derecho la actividad administrativa no puede desarrollarse al margen de la Ley, ni de los derechos fundamentales ni del control judicial; [...] Justamente por las razones apuntadas, las relaciones de sujeción especial han perdido su contenido y efectos clásicos en el ordenamiento que las vio nacer”³²

³⁰ MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán. Buenos Aires: Depalma, 1982. Volumen I. ISBN: 9789501400229. p.129.

³¹ JALVO, Belén Marina. Op. Cit. p. 129.

³² Ibid. p. 72.

El Estado, Constitucional, Social y Democrático de Derecho será el nuevo escenario al que tendrá que adaptarse la categoría de las relaciones especiales de sujeción, para poder perdurar en los estados alemán³³ y colombiano.

5. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÁN DE 1972 Y LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN

Parece suficientemente probado a estas alturas, destaca Forero Salcedo, cómo:

[...] “en el marco de la Monarquía Constitucional, las relaciones especiales de sujeción, no participaban de las exigencias actuales de la reserva de Ley y control judicial³⁴ en cuanto atañe a la actividad de la

³³ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Op. cit. p. 57. Sobre la situación actual de las RSE en Alemania indica: [...] “La doctrina, a la vista del pronunciamiento del BVG, anunció la muerte de la categoría, a lo que contestó Ronellenfisch, diciendo que era un anuncio precipitado. Lo cierto es que sigue siendo una categoría jurídica ampliamente utilizada, que la propia sentencia del BVG, a pesar de lo que a primera vista podría parecer, ha confirmado, aunque la virtualidad que haya que reconocerle no dé lugar al mismo acuerdo doctrinal. Ciertamente hay algo seguro: las RSE ya no pueden ser entendidas como un ámbito libre al derecho, donde los poderes públicos actúen sin sometimiento a normas jurídicas” [...]

³⁴ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Op. cit. p. 134-135. Concluye sobre la clasificación doctrinal alemana entre relaciones de base y de funcionamiento: “Esta temática conecta con el control judicial, materia que por su importancia traigo a colación en extensa cita: La teoría elaborada para justificar la exclusión del control de los tribunales sobre una parte de la actividad administrativa se debe a ULE, aunque ya había sido inicialmente recogida por la doctrina; ULE plantea una distinción entre las medidas administrativas adoptadas dentro de una RSE, diferenciando las medidas que pueden afectar a los derechos de los ciudadanos (Grundverhältnis), de aquellas otras medidas que quedan dentro del marco organizativo o de lo que se podría denominar como actividad técnica o funcionamiento de la Administración, entendiendo el calificativo técnico en el sentido de interno o propio de la Administración, en lugar de técnico como cualidad material de la decisión (Betriebsverhältnis); Sobre las relaciones de funcionamiento comenta el autor: [...] Junto a estas medidas plenamente justificables, estarían aquellas otras incluidas en lo que se ha dado por denominar Betriebsverhältnis; Estas medidas, en el ámbito funcional o escolar, son definidas de la siguiente manera: Se parte del principio de que toda persona que entra

Administración Pública, consecuencias que se mantienen durante Weimar e incluso tras la promulgación de la Ley Fundamental de Bonn, pero que en la nueva realidad constitucional, es decir, ante el Estado Constitucional, en cuyo ámbito la actuación administrativa no puede quedar al margen de la Ley, es claro que la teoría se adapte para perdurar a la nueva forma determinada por los derechos fundamentales, mutación en la que ha sido decisiva la jurisprudencia de su Tribunal Constitucional Federal”

En efecto, la Sentencia de 14 de marzo de 1972, que declara la vigencia del principio de legalidad y de los derechos fundamentales en las relaciones de sujeción especial, ha sido crucial en el futuro de la teoría bajo estudio, constituyendo sin duda un punto de inflexión³⁵.

en una relación funcional o con un establecimiento público (Anstaltsverhältnis) entra en una empresa (Bietreb), formando parte de ella, sometiéndose por tanto al orden u organización empresarial; De aquí deduce ULE que: Las medidas, que solamente afectan a las relaciones de empresa (Bietrebsverhältnis), es decir, a la actividad administrativa del funcionario o a la situación o actividad del estudiante en la clase, no son actos jurídicos, no representando ninguna relación jurídica. Afectan al destinatario no como persona; su situación jurídica individual no se ve afectada; Estarían entre las medidas consideradas en este apartado las medidas organizativas, las instrucciones de servicio (dienstliche Anordnungen) y las amonestaciones u otras exteriorizaciones de medidas jurídicas de poca importancia. Entre las medidas adoptadas en el ámbito escolar que no se consideran actos administrativos estarían la determinación de tareas escolares, el quedarse en la escuela fuera del horario escolar y la participación en determinadas actividades escolares”

³⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. 1994. Op. cit. p. 135. Importante en este sentido el estudio realizado por LÓPEZ BENÍTEZ sobre los antecedentes de la Sentencia. Da cuenta de la famosa reunión de profesores de Derecho público celebrada en Mainz los días 11 y 12 de octubre de 1956, en la que se destaca la Ponencia de KRÜGER sobre la naturaleza del poder de las relaciones especiales de sujeción y la de ULE, sobre la distinción entre relación fundamental y relación de empresa, señalando al respecto: “...durante el tiempo que media hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 14 de marzo de 1972, la perspectiva crítica que ha abierto la reunión de Mainz despierta vivas reflexiones sobre determinados extremos de las relaciones especiales de sujeción. De un lado, surge el interés por la formación de un catálogo de situaciones englobables en las relaciones especiales de sujeción; de otro lado, se aviva la polémica referente al papel que han de jugar en el seno de tales relaciones instituciones como la reserva de Ley y el principio de legalidad, los derechos fundamentales, o la misma protección jurídica consagrada de forma general por el artículo 19.IV de la Ley Fundamental” [...]

La idea es acertadamente expuesta por López Benítez quien luego de comentar la situación fáctica que dio origen a la decisión, traducida en que un preso había escrito una carta a un tercero (en concreto, a una organización de ayuda a los presos), en la que se contenían declaraciones ofensivas contra el personal del establecimiento y se denunciaban una serie de irregularidades acaecidas en el mismo; carta que fue interceptada y retenida por el director de la prisión y que tras agotar los recursos puramente administrativos, el caso llegó al Tribunal Constitucional Federal que adoptó una decisión que puede calificarse de histórica: “los derechos fundamentales de los presos pueden también limitarse por Ley o sobre la base de una Ley”

A continuación, transcribe el autor la parte pertinente de la decisión:

[...] “La Ley Fundamental es un orden de valores que vincula, que reconoce la protección de la libertad y de la dignidad como el más superior de todos los derechos [...] En el artículo 1.3 los derechos fundamentales, se declaran vinculantes para la legislación, el poder ejecutivo y los jueces; Esta amplia vinculación estaría en contradicción si los derechos fundamentales pudieran ser limitados a voluntad o discrecionalmente durante la ejecución de la pena; Una limitación sólo entra en consideración si ella coincide con el logro de uno de los valores ordenadores de la Ley Fundamental y sólo en las formas previstas constitucionalmente; Los derechos fundamentales de los presos pueden ser limitados también por una Ley o sobre la base de una Ley, lo cual no obstante no permitiría renunciar a cláusulas generales”³⁶

³⁶ En idéntico sentido, LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. 1994. Op. Cit. p. 147.

Al respecto comenta Trayter:

[...] “Desde 1972 el Tribunal Constitucional Alemán viene aplicándola sistemáticamente sin que con ello pueda afirmarse la muerte definitiva de la institución; El más alto Tribunal alemán se enfrentó con el problema de considerar la ilicitud o ilegalidad de la negativa a comunicar una carta que había sido enviada a un sujeto que se hallaba cumpliendo condena; Dicha actitud podía haber sido justificada invocando la especial relación que une el preso con la Administración Pública, lo que permitiría, sin más, limitar el ejercicio de sus derechos fundamentales. No obstante, el Tribunal Federal afirmó rotundamente en esa Sentencia que aún quienes están sometidos a tales relaciones de poder no tienen por qué sufrir esa clase de restricciones a los derechos fundamentales si no es mediante Ley”³⁷

Evidentemente en esta nueva sede³⁸, se constitucionalizan los derechos fundamentales e igualmente las relaciones especiales de sujeción (artículo 33 G.G.), quedando condicionadas por la garantía de los mismos,

³⁷ TRAYTER, Juan Manuel. Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1992. ISBN: 9788472481251. p. 96.

³⁸ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Op. cit. p. 104-105. Sobre Weimar y la LGB comenta en la obra ampliamente citada: [...] “Los posicionamientos doctrinales en este tema han sufrido, pues, una evolución que RONELLENFITSCH ha resumido brillantemente y que concreta de esta forma: a) En la época de Weimar el principio de legalidad de la Administración no encontraba aplicación en las RSE. Las normas que regulaban las RSE eran circulares (Verwaltungsvorschriften) e instrucciones (Anweisungen) administrativas internas (verwaltungsinterne); b) Con la LFB, y antes de la BVGE de 14 de marzo de 1972, el principio de legalidad en las RSE también regía, aunque se consideraban lícitas las intervenciones de la Administración en la libertad y en la propiedad sin habilitación legal de ningún tipo; c) Después de la BVGE de 14 de marzo de 1972 el principio de legalidad se afirma rotundamente también en las RSE, entendiendo como tal principio de legalidad el sometimiento en estos casos al principio de reserva de ley. Esto quiere decir que no se reconoce una potestad reglamentaria independientemente del Gobierno en materias conceptuadas como RSE; Esta evolución doctrinal se va a ver afectada más recientemente como consecuencia del replanteamiento doctrinal que en el tema de la reserva de ley se está produciendo. En este sentido a las RSE no se les reconoce el efecto de reducir el alcance del principio de reserva de ley, lo que es muy indicativo” [...]

fenómeno propio de un Estado Constitucional en donde por supuesto, el tema condiciona toda la actividad estatal incluyendo la función administrativa y disciplinaria³⁹.

De manera magistral resume la evolución Forero Salcedo al señalar:

[...] “De la especie de *status subjectionis* de la Monarquía Constitucional, del arquetipo autoritario decimonónico del Estado Gendarme, de la concepción del canciller Imperial en la Alemania Guillermina, en que las relaciones especiales de sujeción no estaban condicionadas por la reserva de Ley, y en cuyo ámbito las reglas dictadas para la ordenación de la esfera interna de la Administración, ni siquiera tenían la consideración de normas jurídicas por lo que escapaban al control judicial, y de la fase oscurantista que adoptaron durante el periodo Nationalsocialista, se pasa al *status personae, activae civitatis* del funcionario público en el actual Estado Social y Democrático de Derecho: El Estado Constitucional”⁴⁰

Agregando el autor ampliamente citado que la figura jurídica no desaparece:

³⁹ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, 2007. Op. cit.

⁴⁰ EMBID IRUJO, Antonio. Op. cit. p. 39. El Tema de los funcionarios en la LFB y la concepción del *bverfg* es analizada en los siguientes términos: [...] “estos principios (los del artículo 33-2 y 3 de la GG, dan como resultado en conexión con el del párrafo 5, que la ley fundamental, uniéndose a la tradición administrativa alemana, ve en el funcionariado profesional (*Berufsbeamtentum*) una institución que fundada en el saber técnico, en la prestación profesional y en el leal cumplimiento del deber, asegura una administración estable y con ello debe representar un factor de equilibrio entre fuerzas políticas que configuran la vida del estado” [...]

“sino que se transforma, muta, cambia de fundamento, busca uno nuevo y lo encuentra en los derechos fundamentales y sus instituciones de garantía, es decir, se constitucionaliza, flexibiliza, se relaja y se vuelve funcional, integrándose y articulándose al paradigma constitucional en un modelo social de Estado, un escenario con claras reglas de juego en el que la función legislativa viene a ser compartida con el poder ejecutivo, como única manera de que éste responda al incremento de la actividad asistencial, prestacional y económica que cada día le demandan, lo que determina no solamente el espectacular aumento del gasto público, o que se modifique sustancialmente la estructura de su Administración Pública, en busca de su eficiencia y eficacia, esto es, efectividad, sino que también cambien radicalmente las relaciones entre el Parlamento y el Gobierno, en tanto este último tiene la posibilidad de dictar normas con rango de Ley, evolucionando naturalmente las relaciones entre la Administración y sus funcionarios”⁴¹

⁴¹ Ibid. p. 41-42. El funcionario no está frente al Estado sino en el Estado, señala: [...] “La función pública va, así, a ser contemplada como un instrumento en manos del Estado para la realización de sus propios fines, de los fines que la propia Ley Fundamental atribuya al Estado; [...] A la función pública se le atribuye entonces como al mismo Estado, un objetivo de conformación de la sociedad y ello implica, también que el funcionario deba identificarse plenamente con los fines que persigue el Estado, pues el funcionario no está frente al Estado sino en el Estado. Aquí se encuentra, por tanto, el engarce, lógico con la teoría –que se convierte en necesidad- de la fidelidad del funcionario a la Constitución; [...] Dos posibles formas de configurar la función pública, la relativa a un modelo de servicio y legalidad (Dienst-und Gestzlichkeitsmodell), caracterizada por la regulación legal de las obligaciones del funcionario, que básicamente son las del cuidado de la ley, de la Constitución, ejecución de las tareas de servicio de forma imparcial, obligación de reserva en relación con los partidos políticos, no especial lealtad al Jefe de Estado o a la Constitución, no toma en consideración de militancias en partidos políticos y organizaciones y ningún examen en particular de seguridad en el ingreso a determinadas tareas y funciones [...] y la segunda, el modelo de relación de fidelidad (Treueverhaeltnis Modell), caracterizada por una particular vinculación con la Constitución como conjunto de decisiones fundamentales, relación de fidelidad necesaria para la garantía de la defensa y de la capacidad de defensa del ordenamiento jurídico democrático, en la que se toma en cuenta la militancia política concreta del funcionario, el sistema alemán se ha decidido por el segundo” [...]

6. FORTALEZAS DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

A favor de las relaciones especiales de sujeción se encontró los siguientes autores: (Gallego Anabitarte, López Benítez, Merten, H. Faber, Beschorner, Loschelder W., Thiele, Ronellenfitch, Nieto García, GARCÍA DE ENTERRIA, García Macho, Castillo Blanco, Jalvo, Trayter, Embid Irujo, Fuentes Suarez, Martínez Pisón, Fernández Rodríguez, Gómez Pavajeau, Molano López, Forero Salcedo).

Las fortalezas son magistralmente señaladas por Mariano López Benítez en la obra Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción, las cuales se pasan a esbozar en apretado resumen:

- 1) Se trata de relaciones jurídico-administrativas,
- 2) Requieren la incorporación duradera y efectiva de ciertas personas en una Organización (escolares, funcionarios, militares y personas privadas de la libertad),
- 3) Imprime modulaciones a los derechos fundamentales de estas personas, en consecuencia, no son arbitrarias, sino que se encuentran atemperadas,
- 4) Hallan su explicación en la propia realidad de las cosas,
- 5) Recepción acrítica en España por su Tribunal Constitucional,
- 6) Es necesario evitar su expansión injustificada,
- 7) No crea espacios a jurídicos o exentos del Derecho por lo que se hace necesario evitar la esquizofrenia jurídica,
- 8) Están ligadas estrechamente al Derecho administrativo,
- 9) Deben ser interpretadas a la luz de la realidad actual,

10) Hay que delimitar el ámbito material de reservas, en cuanto al principio de legalidad y los derechos fundamentales,

11) La categoría de las relaciones especiales de sujeción está reconocida en diversos preceptos en la Constitución española y colombiana,

12) No son arbitrarias pues al demostrar su constitucionalización es claro que están limitadas por la Constitución y por la Ley,

13) El juego de los derechos fundamentales en las relaciones especiales de sujeción solo puede ser determinado casuísticamente, derecho por derecho y relación por relación,

14) Resultarían de una extraordinaria importancia en el seno del Derecho disciplinario, que cuenta con un plus en ciertos conceptos como el honor y la moralidad.

Sobre la vigencia de la figura en España comenta el profesor Nieto García:

[...] “La postura de nuestra jurisprudencia está montada sobre una relación dialéctica circular: la ambigüedad de los planteamientos teóricos conduce a la relajación de las decisiones de la misma manera que ésta pretende justificarse en aquélla. La primera tarea que hay que realizar consiste, por tanto, en romper ese círculo auténticamente vicioso. Lo que no significa, ni mucho menos, prescindir de las relaciones de sujeción especial ya que se trata de una figura dogmáticamente impecable, técnicamente útil y que, además, se encuentra recogida en la propia Constitución”[...] ⁴²

⁴² NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 2005. 4ª. ed. ISBN: 9788430942466. p. 229.

7. DEBILIDADES DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN.

En contra de las relaciones especiales de sujeción se encuentra los siguientes autores: Lasagabaster Herrarte, Vasconcelos, Parejo Alfonso, Jiménez, Isaza Serrano, A. Hernández. Las debilidades son señaladas principalmente por Lasagabaster Herrarte, las que se pasan a esbozar en síntesis así:

1) Existen relaciones generales de sujeción derivadas de la potestad general, es decir, de un poder de carácter general; y relaciones de sujeción especial, en tanto relaciones jurídico-concretas, con un título jurídico preciso,

2) Las relaciones de sujeción especial no están justificadas por la heterogeneidad de los destinatarios, pues no es comparable el status de un estudiante, al de un funcionario, al de un militar o al de una persona privada de la libertad,

3) La existencia de toda relación jurídica produce una modulación, lo que no lleva per se a una categoría jurídica nueva, pues en la misma situación podría estar el desempleado, el pensionista o la persona en condición de discapacidad,

4) Carece la teoría de construcciones doctrinales,

5) Tiene una gran debilidad conceptual,

6) Conlleva una minoración del principio de legalidad en la modalidad de reserva de Ley, pues descarta la potestad reglamentaria,

7) Produce una gran inseguridad jurídica,

8) Se propone su abandono definitivo,

9) Hay una clara explicación en su génesis, pero no en su existencia actual,

10) En suma, son reemplazables pues se puede acudir a normas generales de interpretación del Derecho, a reglas ordinarias de interpretación,

La solución para los contradictores está en acudir a:

- 1) Teoría de la limitación de los derechos fundamentales
- 2) Teoría de la internacionalización en la protección de derechos
- 3) Normas generales de interpretación del Derecho
- 4) Reglas ordinarias de interpretación:
 - a. Razonabilidad
 - b. Adecuación
 - c. Proporcionalidad

8. FUTURO EN COLOMBIA DE LA TEORÍA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN A PARTIR DE SU ORIGEN EN PRUSIA.

Partiendo de una posición eclíptica, hay aceptación de las relaciones especiales de sujeción, pero con matices y la encontramos en los siguientes autores: E. Forsthoff, Romano, Michavila, Maunz, Ule y Wolf, A. Alessi, Maunz-durig-Herzog, y Mejía Ossman en Colombia.

En este orden de ideas, se piensa como Forero Salcedo⁴³, que es preciso establecer una nueva fundamentación del Derecho disciplinario en Colombia desde la óptica de las relaciones especiales de sujeción, en donde los fundamentos a indagar serán los convencionales, constitucionales y legales; su naturaleza jurídica variada, pues es necesario

⁴³ FORERO SALCEDO, José Rory. Diálogos en Derecho Disciplinario. En: I Congreso, pasado, presente y futuro del derecho disciplinario en Colombia, 31 mayo- 1 de junio, 2019.

establecer ante que figura estamos (una relación jurídico pública, una relación de dependencia jurídica, una teoría, una categoría dogmática, una doctrina, un instituto jurídico, un status, una situación o posición de determinados colectivos, o una relación administrativa especial); es urgente determinar sus presupuestos disímiles por los colectivos insertos en ellas; y auscultar sus consecuencias, es decir aquellas que se derivan de la limitación de derechos fundamentales, cumplimiento de sus deberes y surgimiento de una potestad disciplinaria.

Como señala Forero Salcedo, a la categoría dogmática bajo estudio, y no obstante su convulsionada evolución en la historia constitucional alemana,

[...] “le faltan precisiones dogmáticas, principalmente cuando conecta con la potestad disciplinaria⁴⁴; sin embargo, ahí está el reto de la doctrina como fuente del Derecho, estudiar temas como los señalados y otros tan controvertidos: la falta disciplinaria y su discutible regulación por vía reglamentaria, los matices que adoptan las garantías de vinculación a los poderes públicos, el respeto del contenido esencial por parte del legislador, la reserva de Ley y la tutela judicial efectiva respecto de los funcionarios públicos; el fenómeno de la flexibilización de los principios constitucionales de legalidad y *non bis in ídem* y la juridificación de la categoría dogmática en la vigente realidad constitucional, que evidencia según HESSE el standard particular de los derechos de los funcionarios, versus el standard general de los derechos

⁴⁴ Sobre el particular se han desarrollado estudios interesantes en el ámbito colombiano, así en OSORIO PATIÑO, Freddy; APONTE GIRALDO, Efraín; ZULUAGA GIRALDO, Jorge y TIRADO GONZÁLEZ, Orlando. *Las relaciones especiales de sujeción en los Regímenes disciplinarios del personal docente y administrativo de la Universidad Nacional*. En: Lecciones de Derecho Disciplinario. 2007. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2NLkeQr>>

fundamentales de los ciudadanos"⁴⁵ [...]

En consecuencia, se identifica plenamente con el ampliamente citado autor cuando señala:

La potestad disciplinaria del Estado colombiano coloca a los servidores estatales: servidores públicos y particulares que cumplen funciones públicas, en una típica relación especial de sujeción, válida en cuanto cumple con cada una de las exigencias que le demanda el modelo actual de Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho consagrado en el artículo primero superior, esto es:

- Está plenamente constitucionalizada al igual que la potestad disciplinaria, y basta con observar el contenido de los artículos: 1, 2.1, 4, 6, 13, 16, 29, 89, 95, 116.3, 118, 122.2, 123.2, 124, 125.4, 152, 237.2.5, 209, 238, 256.3, 277.6 de la Constitución de 1991.
- Se ajusta al principio supralegal de legalidad en sus manifestaciones de reserva de Ley, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, *non bis in idem*, etc. (Ley 734/02 de febrero 5).
- Demanda permanentemente la eficacia de la Administración Pública en cuanto extremo dominante en la relación especial de sujeción capaz de exigir el cumplimiento de los deberes funcionales, pero con el límite derivado del respeto escrupuloso del debido proceso disciplinario, en tanto derecho fundamental de los servidores estatales.
- Los actos administrativos disciplinarios producidos en el escenario de estas especiales relaciones de sujeción, son objeto de un control judicial

⁴⁵ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, 2007. Op. cit.

ante la jurisdicción de lo Contencioso administrativo, al otorgarle al otro extremo de la relación, el funcionario inculpado, la garantía de la tutela judicial efectiva.

Y cuando define las relaciones especiales de sujeción como:

[...] “Aquellos nexos o vínculos estrechos, duraderos y efectivos, que existen entre la Administración Pública y los servidores estatales, esto es, funcionarios y particulares que prestan funciones públicas en Colombia, dada su acentuada dependencia respecto de la misma; y en tanto relaciones jurídicas, flexibles, funcionales, juridificadas y constitucionalizadas, facultan a aquélla en el marco de un Estado Constitucional, Social y Democrático de Derecho, para exigirles el cumplimiento de sus deberes funcionales y demandarles en caso de infracción, pero previa garantía de un debido proceso, la responsabilidad que su calidad conlleva, por inobservancia de los valores y principios derivados de la ética del servicio público, en aras de garantizar un fin preciso: la efectividad y excelencia de la Administración”⁴⁶

“En contrapartida, otorgan a estos colectivos por el status especial en que los ubica, la posibilidad de tutelar el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, acorde con unas claras reglas de juego estipuladas en el Derecho disciplinario, sin duda su exteriorización más radical, que al tener una naturaleza autónoma, busca de una parte, prevenir, regular, controlar y sancionar el ilícito disciplinario y de otra, conciliar la tensión

⁴⁶ Ibid.

constitucional generada en la dinámica y vicisitudes de la función pública, entre la potestad disciplinaria, como manifestación inequívoca de la categoría dogmática en comento, y el respeto escrupuloso de sus derechos y libertades fundamentales, en cuanto solamente pueden ser limitados conforme a los siguientes requisitos: necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y autorización expresa de la Constitución o la Ley en acatamiento de la garantía de reserva de Ley, por el principio de legalidad”⁴⁷

Destacando el autor que, en definitiva:

[...] “Los presupuestos, principios y requisitos de la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción, analizados ut supra y enmarcados en las exigencias del Estado Constitucional, pueden contribuir a la fundamentación dogmática y a la operatividad racional del Derecho funcional y su potestad disciplinaria en Colombia, máxime si como afirma Krüger, planteamiento que comparto en cuanto tiene que ver con los funcionarios públicos: [...] el hombre empieza su vida en una relación especial de sujeción, la de la casa de maternidad, y la termina en la otra, la del cementerio; y entre estos dos extremos puede encontrarse en numerosas relaciones de este tipo, como funcionario, como usuario de servicios públicos, como miembro de corporaciones públicas, al estar sometido al poder fiscal, etc”⁴⁸

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ CASTILLO BLANCO, Federico A. Op. cit. p. 98.

CONCLUSIONES

La teoría de las relaciones especiales de sujeción representa el fundamento para la consolidación de diferentes parcelas jurídicas como el Derecho disciplinario.

Contribuye a delimitar los alcances de esta disciplina respecto de otras como el Derecho penal, pues estos vínculos o relaciones especiales al estar:

“determinados y condicionados por los derechos fundamentales, repercuten de manera diferente en las dos áreas jurídicas y, mientras el Derecho penal se identifica con las *relaciones generales de sujeción*, en cuanto que en el delito o conducta típica, antijurídica, culpable y punible, puede incurrir cualquier persona, en principio la falta disciplinaria solamente puede atribuirse al funcionario público, de ahí que el Derecho disciplinario corresponda a la categoría jurídica de las relaciones especiales de sujeción”⁴⁹

Sirve como base dogmática de estatutos disciplinarios generales o especiales, de los colectivos que se encuentran sometidos a estas especiales relaciones, a manera de ejemplo: en el *Derecho disciplinario*: Los funcionarios públicos; en el *Derecho disciplinario jurisdiccional*: los funcionarios y empleados judiciales y en el *Derecho disciplinario delegado*: Estudiantes, militares o los reclusos.

⁴⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho Disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9789587727173. 4ª ed.

Hoy la relación jurídica funcional en Colombia de la cual se deriva la potestad disciplinaria se fundamenta tímidamente en la teoría de ascendencia germana de las relaciones especiales de sujeción, cimientos, estructura y arquitectura, de la Ley 734 de 2002 y de la Ley 1952 de 2019. La figura data del siglo XIX pues nace en el Imperio Prusiano, y ha logrado sobrevivir a la caída del Imperio de la Alemania Guillermina, al periodo del Nacional Socialismo y a dos guerras mundiales; sin embargo, el debate sobre su existencia o abandono definitivo se empezó a dar en Alemania hace sesenta y tres (63) años, en donde se encuentra constitucionalizada en la Ley Fundamental de Bonn de 1949; en España hace veintiséis (26) años por Mariano López Benítez e Iñaki Lasagabaster Herrarte, entre otros autores, en Colombia se observan algunos atisbos de lo que puede ser una gran aportación.

BIBLIOGRAFIA

- CASTILLO BLANCO, Federico A. Función Pública y poder disciplinario del Estado. Madrid: Ed. Civitas, 1992. ISBN: 9788447000470
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. (julio 6 de 1991).
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 200 (28 de julio de 1995). “Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial N° 41946.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1474 (Julio 12 de 2011). “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Diario Oficial No. 48.128.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1952 (28 de enero de 2019). “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el Derecho Disciplinario” Diario Oficial No. 50850
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 734 (febrero 5 de 2002) “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único” Diario Oficial No. 44.708.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-125. 18 de febrero, 2003) [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra].
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-181 (12 de marzo de 2002) [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-244 (30 de mayo de 1996). [M.P. Carlos Gaviria Díaz]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-708 (22 de septiembre de 1999). [M.P. Álvaro Tafur Galvis]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-705. (9 de diciembre, 1996). [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]

EMBID IRUJO, Antonio: La fidelidad de los funcionarios a la Constitución. Un estudio de los Derechos alemán y español. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 1987. ISBN: 8473512081

FORERO SALCEDO, José Rory. Diálogos en Derecho Disciplinario. En: I Congreso, pasado, presente y futuro del derecho disciplinario en Colombia, 31 mayo- 1 de junio, 2019.

FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (15), 2007.

GÓMEZ ORFANEL, Germán. Violencia política, racismo y uso de la legalidad por el Nazismo. Revista Vasca de la Cultura y las ideas. En: Cuadernos de Álzate. (22) 2000. ISSN: 0213-1862

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho Disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9789587727173. 4ª ed.

HEUN, Werner. El principio monárquico y el constitucionalismo alemán del siglo XIX. En: Revista Fundamentos. (2), 2000. ISSN 1575-3247.

JALVO, Belén Marina. El Régimen disciplinario de los funcionarios públicos. 1999. Valladolid: Ed. Lex-Nova, 1999. ISBN: 8484069516.

LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Las relaciones de sujeción especial. Madrid: Civitas, 1994. ISBN: 9788447003532.

LASALLE, Ferdinand. ¿Qué es una Constitución? Bogotá: Panamericana, 1996. ISBN: 9789583001550.

LÓPEZ BENÍTEZ, MARIANO. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Madrid: Civitas, 1994. ISBN: 9788447004157.

- MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán. Buenos Aires: Depalma, 1982. Volumen I. ISBN: 9789501400229.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 2005. 4ª. ed. ISBN: 9788430942466.
- OSORIO PATIÑO, Freddy; APONTE GIRALDO, Efraín; ZULUAGA GIRALDO, Jorge y TIRADO GONZÁLEZ, Orlando. Las relaciones especiales de sujeción en los Regímenes disciplinarios del personal docente y administrativo de la Universidad Nacional. En: Lecciones de Derecho Disciplinario. 2007. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2NLkeQr>>
- RAMOS OLIVEIRA, Antonio. Historia social y política de Alemania. Fondo de cultura económica. México: Buenos Aires, 1964.
- REINO DE LA REPUBLICA DE ALEMANIA. La Constitución de la República de Weimar, Alemania (11 de agosto de 1919).
- TRAYTER, Juan Manuel. Manual de Derecho disciplinario de los funcionarios públicos. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1992. ISBN: 9788472481251.

TITULO II

DEFINICIÓN DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECION

Por: Sandra Milena Vargas Blanco⁵⁰

INTRODUCCIÓN

El estudio del origen de las Relaciones especiales de Sujeción en capitulo anterior, donde se menciona la historia de Alemania en la Monarquía Constitucional, continuando con el Estado social en la República de Weimar durante el Estado Totalitario, así como en la ley fundamental de Bonn, su tránsito de Alemania a España, es donde se da lugar al Estado social y democrático de derecho y finalmente, la incorporación de esta categoría dogmática en Colombia, ha permitido conocer los antecedentes históricos que dieron lugar a la categoría de las Relaciones Especiales de Sujeción en Colombia, siendo ahora necesario para el trabajo de investigación, continuar con la definición de esta categoría dogmática que ha presentado varios matices y que dan una explicación al poder disciplinario que ejerce el Estado sobre sus servidores, considerando importante para la investigación, el citar antecedentes normativos, doctrinales y jurisprudenciales en Alemania España y Colombia que se han ocupado de realizar una definición de lo que son las Relaciones Especiales de Sujeción y su incidencia en el Derecho Disciplinario, sustentando en este concepto la facultad del Estado para restringir los derechos fundamentales de los funcionarios, atendiendo como primacía el cumplimiento del deber funcional en aras de dar cumplimiento a los principios y fines del Estado.

⁵⁰ Abogada egresada de la Universidad Libre, especialista en derecho administrativo y derecho penal y criminología de la Universidad Libre.

La definición de las Relaciones Especiales de Sujeción, permite obtener un punto de partida respecto de la fundamentación del poder punitivo del Estado sobre sus servidores, quienes a través de una relación de subordinación se integran al ámbito de la función pública, fijándose como premisa el cumplimiento de los principios y fines del Estado, garantizando el buen funcionamiento y moralidad dentro de un estado social y democrático de derecho.

El fundamento constitucional de la existencia de un régimen disciplinario, corresponde a la necesidad del Estado en garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, a través del desarrollo de las funciones de los servidores públicos que lo integran, considerando necesario, que sea el mismo Estado quien adopte normas mediante las cuales, se exija a los servidores un comportamiento que se encuentre acorde con los principios de la función pública, como son la moralidad, transparencia eficacia y eficiencia administrativa, concretándose de esta manera el poder o facultad del Estado de sancionar a sus funcionarios.

Sobre este aspecto se ha ocupado la doctrina y la jurisprudencia, han señalado frente a la potestad sancionatoria del Estado, que el acto de aceptación del cargo del servidor público y su posesión, genera un vínculo de especial connotación, pues a través de esta relación se imponen unos deberes y obligaciones superiores a aquellas personas que no están sujetas a la administración pública.

Es así como el Derecho disciplinario se ocupa de regular, las actuaciones de los servidores públicos, a través de una normatividad que otorga una serie de competencias para sancionar aquellas conductas que afectan el

ejercicio de la función pública, contando adicionalmente el Derecho Disciplinario con un complemento normativo, contenido en aquellas disposiciones que contienen prohibiciones, mandatos y deberes a los que puede el funcionario competente acoger, para la imposición de una sanción, cumpliendo de esta manera con los objetivos del Derecho Disciplinario, el cual es preservar el mantenimiento del orden jurídico, como principio fundamental de la organización de un Estado que busca el cumplimiento de sus fines a través de los servidores públicos que lo representan.

De esta manera, las Relaciones Especiales de Sujeción, se han venido presentando como un estrecho vínculo entre aquella persona que cumple funciones públicas y el Estado, justificándose de esta manera la potestad disciplinaria a través de esta categoría dogmática que establece y limita derechos, imponiendo deberes y prohibiciones, siendo igualmente de interés de la investigación, el estudio de la evolución de este concepto, a través de la historia esa relación de subordinación y de limitación de los derechos de las personas, ha venido cambiando de manera significativa.

Algunos autores se han ocupado de estudiar las relaciones de sujeción desde un punto de vista general, hasta llegar al estudio de categorías o subespecies moderadas o intensificadas dentro del derecho sancionador público, que explican el motivo por el que existen tratamientos diferenciales para algunos servidores públicos quienes tienen un régimen disciplinario especial, alguno de ellos con mayor o menor exigencia y restricción de sus derechos, estas especies igualmente hacen un aporte a la definición del concepto de las Relaciones Especiales de Sujeción, en cuanto desarrollan una característica especial en los servidores públicos sujetos al poder

disciplinario del Estado, dan una explicación de porqué esa Relación de Sujeción al Estado es en algunas oportunidades de mayor exigencia e intensidad.

El estudio de la doctrina en Alemania, España y Colombia permitirán conocer los diferentes interpretaciones que han realizado respecto de la definición de las Relaciones Especiales de Sujeción siendo denominada de diferentes maneras como relaciones jurídicas especiales, relaciones de estatus especial, relaciones de dependencia más acentuada, relaciones especiales de poder, relaciones jurídico-públicas, relaciones de dependencia jurídica y relaciones funcionariales administrativas especiales, denominaciones que contribuyen a la construcción de la definición de las relaciones especiales de sujeción así como de las interpretaciones que se han realizado respecto de la relación del Estado con los servidores públicos, que hoy permiten tener un Derecho Disciplinario autónomo e independiente dentro del poder punitivo del Estado.

Este análisis doctrinal, dará a conocer una vista crítica de lo que se ha venido comprendiendo sobre las Relaciones Especiales de Sujeción y su definición, así como los diferentes puntos de vista de aquellos autores, que se han ocupado de adoptar una posición (a favor o en contra) de las Relaciones Especiales de Sujeción, análisis que permite adoptar una postura frente a la definición de las Relaciones Especiales de Sujeción como la base o el fundamento del poder sancionatorio del Estado en materia disciplinaria.

Siendo importante mencionar que los autores que se han ocupado de definir las Relaciones Especiales de Sujeción, lo hacen desde un momento histórico distinto, pues de una parte se ha definido esta categoría

dogmática, desde sus inicios en Alemania dentro de una Monarquía así como dentro de un Estado absolutista, que posteriormente desde la Constitución de Weimar en 1919, en Alemania⁵¹, se viene dando aplicación del Estado Social de Derecho, presentándose en este momento un Estado representado en un gobierno que debe mostrar resultados a quienes habitan en su territorio, primando en este momento el interés general para el conglomerado.

Posteriormente vienen estudiosos del Derecho Disciplinario en España y Colombia, quienes adoptan su definición desde un Estado Constitucional y posteriormente desde la vista de un Estado Social de Derecho, épocas y modelos de Estado que le dan un matiz diferente e interesante a su definición, en tanto se inicia con una relación de poder donde el individuo con pocos derechos y libertades, se integra al poder del Estado absolutista hasta llegar a un Estado Social de Derecho en el que el individuo pese a encontrarse en una relación de subordinación bajo el cumplimiento de unos deberes, también es un sujeto de derechos amparado por un ordenamiento jurídico a través del cual se regula el ejercicio de la función pública.

De esta manera, el estudio de la definición de las Relaciones Especiales de Sujeción, marca parámetros de distinción entre el Derecho Penal, Administrativo sancionatorio y el Derecho Disciplinario, encontrando especialmente en el Derecho Disciplinario la necesidad de la aplicación de una Relación Especial de Sujeción, en cuanto establece entre el servidor público y el Estado una relación de subordinación y acatamiento de sus normas, para el ejercicio de la función pública, pues de otra forma el servidor

⁵¹ La Constitución de la República de Weimar, Alemania, 1919. Op. cit.

público puede caer en la libertad absoluta, de acoger el poder del que lo inviste el Estado en beneficio propio y no en beneficio del interés general, de la observancia del ordenamiento jurídico y cumplimiento de los principios de la función pública y fines del Estado.

Finalmente el estudio normativo y jurisprudencial aportará mayor claridad, sobre el concepto de las Relaciones Especiales de Sujeción, permitiendo de manera concreta dar aplicación de la teoría en cada uno de los casos por los cuales las personas acuden al máximo tribunal, ya sea en acción de constitucionalidad o en acción de tutela, en protección de los derechos fundamentales, que aun restringidos por la condición de Las Relaciones especiales de sujeción, cuentan con los mecanismos judiciales para ser protegidos.

1. ANÁLISIS DOCTRINAL DE LA DEFINICION DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN

1.1. ALEMANIA

El estudio de los antecedentes históricos en Alemania que dieron lugar a mencionar y desarrollar la categoría de las Relaciones Especiales de sujeción, ha logrado obtener una mayor aproximación a los orígenes del concepto de las Relaciones Especiales de Sujeción, estudios que permitieron a varios autores ubicar el origen de este concepto en la época de la Monarquía.

Existía una contraposición de sistemas jurídicos que impedían la existencia de un solo sistema normativo, identificando diferentes agrupaciones de

individuos de acuerdo al oficio que desarrollaban, a su clase social o su actividad económica, presentándose así, lo que (algunos autores) principalmente el español García Macho ha nombrado: la relación de vasallaje⁵², como una forma de explicar la dependencia de los individuos respecto de los príncipes o señores feudales, quienes a través del desarrollo de las actividades económicas guardaban fidelidad al señor feudal o al rey por su dependencia económica, sin que ello implicara una relación jurídica entre ellos.

Ese tipo de relaciones de vasallaje, dieron lugar a las organizaciones burocráticas del estado absoluto, que posteriormente dio paso a la estructura de la Monarquía Constitucional Alemana, constituyéndose así una clase de autonomía entre el poder ejecutivo del legislativo en Alemania donde se denotó con mayor intensidad los poderes del Monarca surgiendo en este ámbito político las relaciones Especiales de Sujeción.

En Alemania con el acta de Viena de 1914 el constitucionalismo Monárquico giró en torno a dos grandes poderes, de una parte se encontraba el Monarca quien se ocupaba de todos los aspectos funcionales del Estado, la organización administrativa, civil, tributaria y Militar y de otra parte el poder del parlamento, quien se ocuparía de aquellos aspectos relacionados con el individuo y la sociedad, siendo importante señalar que estos poderes del Monarca traían consigo una función administrativa que le otorgaba una potestad de subordinación especial sobre los individuos.

⁵² GARCÍA MACHO, Ricardo. Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española. Madrid: Tecnos, 1992. ISBN: 9788430921607

Potestad que le permitió al Monarca, como autoridad administrativa constituir sobre los individuos unas reglas de conducta, de deberes de obediencia que devienen de la capacidad normativa y libre de la administración del Monarca, sobre los individuos que no contaba con un control judicial como quiera que se trataba de la actuación de una persona jurídica, conformada por varios órganos del Estado que tratándose de actuaciones al interior del Estado, no era trascendente para el Derecho en tanto no se trataba de relaciones intersubjetivas, situación que generó un antecedente histórico sobre el poder Ejecutivo como titular de una administración que no era regida por el Derecho, sino por aquellas reglas de conducta y deberes de obediencia⁵³.

Es así como esta descripción histórica en Alemania, permite observar como los derechos de las personas naturales que integraban los órganos del Estado, resultaban más afectados que aquellos derechos del resto de los ciudadanos, dado su estatus especial de dirección de los órganos que integran el Estado, situaciones que permite entrever como desde este momento el Estado impone disciplina a aquellas personas naturales, que lo integran a través de sus órganos, para esa época enteramente administrativos, justificando esa restricción de derechos en la preservación de los intereses de la administración, antecedente histórico que permite con mayor confianza entrar en el estudio del concepto de las Relaciones Especiales de Sujeción.

Sin embargo, esta definición de las Relaciones Especiales de Sujeción en Alemania ha sido objeto de evolución o de transformación, algunos autores

⁵³ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Op. cit.

Alemanes y Españoles empiezan a crear un nuevo concepto con expresiones como “relación jurídica especial” “relación de estatus especial” y otras denominaciones que traen consigo definiciones diferentes al concepto clásico para darle paso a admitir la vigencia de los derechos fundamentales en la relación existente entre el Estado y el funcionario, a diferencia de los conceptos en el estado absolutista se da paso a la existencia de un poder atribuido al Estado que no se encuentra desprovisto de limitaciones.

Es así como el doctor Mario Roberto Molano, utiliza un criterio organizativo para explicar que de acuerdo a los antecedentes históricos en Alemania las Relaciones Especiales de Sujeción:

“se comportan como la obligatoria incorporación material del individuo a la estructura de la administración, de forma que haga de ella su forma de vida. Incorporación generada en una relación de autoridad y de subordinación en virtud de un poder especial”⁵⁴ [...]

Esta explicación permite advertir, desde los inicios de la definición de esta categoría dogmática, cómo el individuo que integra los órganos del Estado se encuentra bajo una relación de subordinación y obediencia con el mismo, en cuanto a través de su servicio debe garantizar el buen funcionamiento de la administración, restándole desde este momento protagonismo a sus propios derechos para prevalecer sus obligaciones con el Estado.

⁵⁴ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Las relaciones de sujeción especial en el Estado Social. En: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público. (9). 2005.

De otra parte la obra del tratadista Otto Mayer, se ocupa de mostrar una teoría sobre la creación de las Relaciones especiales de Sujeción en el contexto del Derecho público, definiéndola como una relación de desigualdad en la que existe una serie de normas destinadas de manera específica a un sector de los ciudadanos, esto es a aquellos que se encuentran dentro de una relación con el Estado, identificándola como una dependencia acentuada de un individuo en favor de la Administración Pública, describiendo el termino acentuado en cuanto justifica la eficacia de la administración pública, como aquella que tiene a su cargo unos intereses específicos que son los del Estado Constitucional⁵⁵.

Esta definición permite advertir una nueva serie de elementos y es la justificación de esa relación de dependencia, que se representa en el cumplimiento de los fines públicos dentro de un Estado constitucional, de aquel Estado que debe cumplir con unos objetivos específicos y por esta razón debe garantizar que quienes lo integran y representan obedezcan a una posición de sometimiento, no obstante este autor es claro en darle relevancia a un principio de libertad restringida, es decir existe para los servidores públicos un reconocimiento de sus derechos y de su libertad, no obstante aquella se ve restringida de manera suficiente y necesaria en virtud de su vinculación con el Estado, concepto que lejos de ser semejante al de Alemania como Estado absolutista obedece a un esquema de un modelo Constitucional, de Estado Social.

De la misma forma explica este Autor que el poder de mando de la Administración, obedece a un poder jurídico de carácter vinculante, esto es

⁵⁵ MAYER, Otto. 1982. Op. cit.

el servidor debe dirigir su actuar siempre al cumpliendo de sus deberes, fundamentado en el mejoramiento del servicio, atribuyéndose de esta manera el Estado un poder Disciplinario a manera de ejercer una serie de correctivos frente a la conducta del servidor.

Igualmente, en la tarea de llegar a la definición o concepto de las Relaciones Especiales de Sujeción el profesor Villar Palasi, resalta en su intento por dar una definición un elemento indispensable cual es la subordinación y dependencia, al existir un sometimiento previo del ciudadano a "un determinado estatus o vinculo", refiriéndose a aquellas personas que se encuentran dentro de una relación de dependencia especial al interior del Estado.

1.2. ESPAÑA

Por su parte el tratadista Español Mariano López Benítez, se ocupa de definir las Relaciones Especiales de Sujeción como:

"Las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación"⁵⁶

⁵⁶ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. La Relación de especial sujeción del recluso con la administración penitenciaria. 2012 [En Línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2JWBuNc> >

Esta definición permite valorar una serie de elementos que ha descrito el autor para definir las Relaciones Especiales de Sujeción, el primero de ellos es la existencia de una relación jurídico administrativa, esto es la interacción de sujetos en el que uno de ellos es el Estado y el otro es el servidor que ejerce una función administrativa, que se encuentra rodeado por una serie de poderes o facultades.

Otro elemento de su definición, corresponde a la inclusión del servidor público en la organización de la administración, esto es la posición de poder en la que se encuentra la administración y la posición de deber en la que se encuentra el individuo que está vinculado a ella, rodeada esta relación por la subordinación del individuo al Estado.

Como elemento importante, se puede encontrar igualmente en su descripción la restricción de libertades y derechos fundamentales, en función de esa relación de subordinación, significando con esto que el servidor se encontrará restringido en sus derechos y libertades, por hacer parte de la estructura del Estado y sostener con él, una relación de subordinación, siempre y cuando se trate de una restricción adecuada y proporcional encaminada a satisfacer los fines de la Administración pública.

La posición adoptada por Nieto García, se encuentra encaminada a determinar la necesidad de un reglamento especial frente a la relación existente entre la Administración y el administrado por tratarse de una relación entre personas que cuentan con una relación permanente y que

por tanto requieren de un reglamento especial de convivencia para la gestión del servicio público⁵⁷.

Igualmente, Otto Mayer, realiza un aporte a la definición de las relaciones Especiales de Sujeción, dándole relevancia al valor de la libertad, en tanto existe por parte del servidor una “dependencia acentuada” en favor de la Administración respecto de quienes entran en relación con la Administración por disposición legal o por consentimiento del interesado, adquiriendo la obligación del servicio público en nombre del Estado, representado en dos formas:

“la orden jerárquica y el poder disciplinario, apoyando su definición en el más claro ejemplo de esta relación en la posición del militar quien para el autor absorbe toda la personalidad del deudor encontrándose el militar no solo bajo un poder absoluto de subordinación, también de constante y perpetuo servicio”⁵⁸

Es importante también mencionar que Otto Mayer describe dentro de su definición, el significado de la palabra sujeción que ha denominado como el “vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del Derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior”⁵⁹ En este caso se refiere como persona superior al Estado quien se ve llamado a regular la conducta del servidor en aras de garantizar el interés público.

⁵⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit.

⁵⁸ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Op. cit.

⁵⁹ MAYER, Otto. 1982. Op. cit.

1.3. COLOMBIA

Ahora bien, una vez estudiado los conceptos aportados por distintos autores de origen alemán y español, en los que se origina y desarrolla el término de las relaciones Especiales de Sujeción, es necesario realizar un estudio de la definición aportada por los mayores exponentes colombianos, que como resultado de un estudio del Derecho comparado, han analizado de una manera apropiada y con mayor claridad la definición de esta categoría dogmática, partiendo de las disposiciones constitucionales que permiten acercarnos de manera más concreta en el ámbito de un Derecho Disciplinario autónomo e independiente de otras materias del derecho como es el Derecho Penal y el Derecho Administrativo, indicado lo siguiente:

En Colombia el doctor Gómez Pavajeau sostiene que las Relaciones Especiales de sujeción son una:

“categoría dogmática del Derecho Público, de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función Pública, es la especial posición jurídica que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen obligaciones y deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial, en búsqueda de una configuración y encausamiento en el ámbito de una ética de lo público, que prefiguran de una manera sui generis la estructura de la responsabilidad disciplinaria en el marco del respeto de los derechos fundamentales”⁶⁰

⁶⁰ MEJÍA OSSMAN, Jaime. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho. Bogotá: Leyer, 2011. ISBN: 9789584486189

A su vez el doctor José Rory Forero Salcedo, define esta categoría dogmática como:

“Aquellos nexos o vínculos estrechos, duraderos y efectivos que existen entre la administración pública y los servidores estatales, esto es funcionarios y particulares que prestan funciones públicas, dada su acentuada dependencia respecto de la misma; y en tanto relaciones jurídicas, flexibles, funcionales, juridificadas y constitucionalizadas facultan a aquella en el marco de un Estado Constitucional, social y Democrático de Derecho , para exigirles el cumplimiento de sus deberes funcionales”⁶¹ [...]

De otra parte, se encuentra el estudio realizado por el doctor Jaime Mejía Ossman quien realiza una fuerte crítica a los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional sobre las Relaciones Especiales de Sujeción, apartándose de continuar conservando el nombre de Relaciones Especiales de Sujeción, cuando se trata de una categoría que encuentra sus orígenes en Alemania en la época de la monarquía, desarrollándose en distintas épocas en la que dentro de esa relación con el Estado no se reconocía los derechos fundamentales de las personas, así como tampoco se construía la responsabilidad sobre la base del principio de legalidad, situación que hoy día es inaceptable a la luz de un Estado social de derecho⁶².

En este mismo sentido realiza una crítica a las expresiones utilizadas por la Corte Constitucional, respecto de la aplicación de los principios

⁶¹ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, 2007. Op. cit.

⁶² MEJÍA OSSMAN, Jaime. Op. Cit.

constitucionales dentro del proceso disciplinario con “matizaciones, modulaciones, menor intensidad, mayor flexibilidad” o con menor rigurosidad con relación al derecho penal, indicando que de igual forma tanto el Derecho penal como disciplinario corresponden al poder sancionatorio del Estado que deberá encontrarse acorde con el artículo 29 de la Constitución Política, en relación al debido proceso en toda actuación judicial como administrativa.

Concluyendo en su estudio de las relaciones de sujeción que deben ser traducidas al

“sometimiento restrictivo de algunos derechos fundamentales de quienes prestan una función pública al Estado en salvaguarda del interés general y a la protección de sus principios, fines y funciones de naturaleza estrictamente constitucionales”⁶³ [...]

A su vez puntualiza, coincidiendo con otros pronunciamientos doctrinales en el campo del derecho disciplinario, que la limitación de los derechos fundamentales debe ser regulada por la ley, y en el evento de desbordar la teoría de las relaciones Especiales de Sujeción, contiene diferentes mecanismos de protección como lo es la acción de tutela, así como las acciones contencioso administrativas.

⁶³ Ibid.

2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA DEFINICIÓN DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

Resulta igualmente importante para la investigación realizar un estudio de la jurisprudencia en Alemania, España y Colombia, pronunciamientos que de la misma forma integran las diferentes definiciones y conceptos que se han adoptado frente a las relaciones Especiales de Sujeción, atendiendo igualmente la época en que cada tribunal se pronunció en sus decisiones respecto de esta categoría dogmática, para sustentar la responsabilidad de los funcionarios frente al Estado.

2.1. ALEMANIA

En Alemania la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de marzo de 1972, trae consigo una serie de modificaciones o innovación frente a lo que se venía conociendo en la época clásica, pues si bien para esta época las personas privadas de libertad ya eran consideradas por costumbre, como aquellas personas que se encuentran bajo una Relación Especial de Sujeción, este pronunciamiento trae consigo una nueva exigencia para esta categoría, a partir de esta Sentencia el régimen penitenciario requería encontrarse revestido de legalidad, se requería de una ley que de manera previa regulara el comportamiento de las personas privadas de libertad⁶⁴.

A partir de la entrada en vigencia de la ley fundamental en 1949 se vinieron presentado cambios en la estructura constitucional que han considerado las Relaciones Especiales de Sujeción como: “una relación jurídica en la cual

⁶⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Sentencia BVerfGE 33, 1 (15). (14 de marzo de 1972)

tiene plena validez los principios del Estado de Derecho, democrático y cláusula social”⁶⁵, considerándose a partir de esta sentencia que los derechos fundamentales se encuentran garantizados dentro del concepto de las Relaciones Especiales de Sujeción.

Es así como la sentencia del 14 de marzo de 1972, del Tribunal Constitucional Federal alemán⁶⁶, trae una serie de aportes significativos en relación a los derechos fundamentales de los prisioneros que se encuentran bajo una dependencia especial de poder del Estado respecto de los siguientes puntos.

“Los derechos fundamentales de los presos sólo pueden restringirse a través de una ley o con base en una ley. 2. Las intervenciones en los derechos fundamentales de los prisioneros, que no tienen un fundamento legal, sólo pueden ser de carácter provisional. 3. La limitación de los derechos fundamentales de los prisioneros sólo puede ser considerada cuando es indispensable para el logro de los fines de la sociedad, contemplados por el orden de valores de la Ley Fundamental. 4. Es función de la Ley de Ejecución Penal establecer límites que consideren en forma adecuada tanto la libertad de opinión de los prisioneros, como los requerimientos indispensables para el cumplimiento de la sanción penal en forma ordenada y adecuada”⁶⁷

⁶⁵ GARCÍA MACHO, Ricardo. Op. cit.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional de Alemania de 1972. Op. cit.

⁶⁷ KONRAD ADENAUER STIFTUNG. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes, compiladas por Jürgen Schwabe. 2009. [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2Y5ITPI> >

Si bien en la época clásica la administración, podía actuar de manera discrecional frente a los administrados bajo los principios monárquicos, presentando las relaciones especiales de sujeción como una condición de subordinación y poder, a partir de la ley fundamental hasta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1972, el sometimiento del administrado se ve confrontado con la necesidad de regulación a través de una ley, si bien, se pensó que este pronunciamiento daría fin a las relaciones especiales de sujeción, lo cierto es que su concepto continúa en vigencia, frente a la necesidad de continuar ejerciendo control y poder respecto de determinados grupos como la Fuerza Pública y funcionarios, manteniéndose sus fundamentos jurídico constitucionales y administrativos pero con unos contenidos y significados desde una vista del respeto de los derechos fundamentales.

De esta manera el concepto de las Relaciones de Sujeción, nace y se desarrolla en Alemania y seguidamente el Derecho español acoge este concepto a partir de su estudio en la jurisprudencia.

2.2. ESPAÑA

Son múltiples los pronunciamientos de los tribunales de España, que se aproximan a una definición de las Relaciones Especiales de sujeción, no obstante se logra advertir que dentro de sentencias del año 1981 y 1983, entre ellas la sentencia 18 de 1981⁶⁸ y sentencia 50 de 1983⁶⁹, así como

⁶⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 18 (8 de junio de 1981). [M.P. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant]

⁶⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 50 (14 de junio de 1983). [M.P. Don Francisco Rubio Llorente]

sentencia 77 de 1983⁷⁰ no se utiliza el termino de manera específica de Relaciones Especiales de Sujeción, sustenta el poder punitivo del Estado sobre quienes se encuentran en ejercicio del poder público, señalando que como autoridades se encuentran en una relación de dependencia especial respecto de la administración, exigiendo de esta manera en ellos un tipo de comportamiento acorde con los principios y deberes del Estado.

A su vez la jurisprudencia española, realiza un gran aporte en cada una de sus sentencias en relación a las diferencias y similitudes existentes en el poder sancionador administrativo y el Derecho penal, guardando un estrecho vínculo respecto del principio de legalidad y respeto por los derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso, el ejercicio de defensa de quien se encuentra cuestionada su conducta y de las garantías existentes en el procedimiento.

De la misma forma en Sentencia 77 de 1983⁷¹, el Tribunal Constitucional hace relación a los límites de la potestad sancionadora, previstos en el artículo 25.1 de la Constitución, estos son el principio de legalidad, el respecto del derecho de defensa y la subordinación a la autoridad judicial, exponiendo a partir de este postulado, el necesario control posterior de los actos administrativos sancionatorios por la autoridad judicial a través de los recursos.

Encontrando en estos pronunciamientos jurisprudenciales que lejos de definir la relación especial de sujeción como un poder extremo de subordinación

⁷⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 77 (3 de octubre de 1983) [M.P. Don Jerónimo Arozamena Sierra]

⁷¹ Ibid.

al Estado, desprovisto de garantías para el servidor, cada una de estas sentencias realiza un estudio detallado de la protección de los derechos fundamentales de aquellas personas que, a pesar de encontrarse bajo una relación de sujeción, sus derechos fundamentales deben ser garantizados.

Continuando con el estudio de la jurisprudencia en España, se logra apreciar a partir de Sentencias de 1989 que el Tribunal Constitucional menciona en sus pronunciamientos la categoría de las Relaciones Generales, así se puede advertir en la Sentencia 29 de 1989⁷² en la que resalta que previo a la Constitución, en el ámbito de las relaciones de supremacía general no le era exigible una regulación reglamentaria de infracciones y sanciones, bajo los preceptos de una ley, por esta razón no es aceptable pretender la aplicación retroactiva de la Constitución que exige la reserva de ley para considerar nulas las disposiciones reglamentarias que no cumplieran con este requisito.

Siendo importante advertir que para este momento ya se hablaba en la jurisprudencia de unas Relaciones Generales de Sujeción, significando con ello una supremacía en cabeza del Estado bajo la cual los administrados debían cumplir con un determinado comportamiento.

Las decisiones adoptadas con ocasión a los recursos presentados por aquellas personas que se encontraban en tratamiento penitenciario, privadas de libertad, han dado lugar a que con mayor frecuencia el Tribunal Constitucional se pronuncie de manera superficial sobre la existencia de una Relación Especial de poder por parte del Estado con aquellas personas que

⁷² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 29 (28 de febrero de 1989). [M.P. Doña Gloria Begué Cantón]

por encontrarse bajo esa relación se ven disminuidos o restringidos sus derechos fundamentales.

Es así como la Sentencia 57 de 1994 en España hace alusión a la naturaleza de las relaciones jurídicas existentes bajo el precepto del internamiento en un centro penitenciario, señalando que pese a que no se ha logrado un concepto determinado sobre las relaciones especiales de sujeción, la relación del Estado con el interno es un claro ejemplo de una relación especial de esa naturaleza, en cuanto el interno se integra a una institución que impone su autoridad sobre quienes adquieren una posición específica como consecuencia de su privación de libertad, por tal razón adquiere un "estatus específico"⁷³ como individuo sujeto a un poder público diferente de aquel sometimiento que en general tiene todos los ciudadanos libres, al poder del Estado, señala el Tribunal Constitucional que:

"esa relación de sujeción especial en todo caso debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales que origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración penitenciaria y el recluso"⁷⁴

Lo anterior permite analizar, que esta relación trae consigo, una serie de obligaciones, de una parte interna, acatar y observar las normas del establecimiento penitenciario y por otra parte, para la administración penitenciaria a quien se le impone como finalidad principal, la retención y custodia de los internos, adecuando de manera eficiente sistemas de

⁷³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 57 (24 de marzo de 1994). [M.P. Don Luis López Guerra]

⁷⁴ Ibid.

vigilancia y seguridad, en estas instituciones dentro del respeto de la dignidad humana, señalando que a pesar de la relación especial con el interno, se continúan conservando sus derechos, excepto aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención así como del cumplimiento de la condena.

De otra parte la sentencia 132 de 2001⁷⁵ del Tribunal Constitucional de España, menciona las relaciones especiales de sujeción así como sus varias denominaciones, "relaciones especiales de poder, relaciones jurídico administrativas o relaciones especiales", reconociendo que no se ha llegado de una manera precisa y concreta a una distinción entre las Relaciones Generales de Sujeción y las Relaciones Especiales de Sujeción, siendo por tanto importante verificar el papel que juegan las Relaciones Especiales de Sujeción dentro de la Constitución, en relación al derecho a la legalidad sancionadora.

Este ejercicio les permitió definir qué, la categoría de las Relaciones Especiales de Sujeción no son una norma constitucional, son la descripción de relaciones administrativas donde la Constitución o la ley han armonizado los derechos constitucionales de los ciudadanos, entre ellos el derecho a la legalidad, dentro de la potestad sancionatoria del Estado en el ámbito de ciertas relaciones, mostrando a manera de ejemplo la relación entre los presos, los policías y los arquitectos colegiados en la que existe una relación especial de sujeción y por tanto la sanción de sus comportamientos debe ser soportada en una base normativa de orden legal, de lo contrario la

⁷⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 132 (8 de junio de 2001). [M.P. Don Pedro Cruz Villalón]

misma sería lesiva del derecho fundamental previsto en el artículo 25 de la Constitución Española⁷⁶.

Ahora bien, estudiando los aportes realizados por la jurisprudencia de Alemania y España, trae consigo un antecedente sobre la categoría de las Relaciones Especiales de Sujeción, resulta importante de igual forma conocer los pronunciamientos jurisprudenciales en Colombia respecto del concepto de las Relaciones Especiales de Sujeción, numerosas decisiones de la Corte Constitucional, que ha permitido obtener con mayor claridad un concepto sobre esta categoría dogmática.

Con posterioridad de la Constitución de 1991, la Corte Constitucional avanza en sus pronunciamientos respecto del Derecho Disciplinario dentro de un Estado social de derecho, mencionando la integración de normas que exigen de los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones sin distinción del órgano del Estado al que pertenezcan, buscando con ello el cumplimiento de sus fines, previéndose de esta manera la necesidad de una serie de reglas y sanciones que garanticen el buen servicio por parte de los funcionarios que integran la Administración⁷⁷.

Desde este punto de vista en Sentencia C-417 de 1993⁷⁸, la Corte Constitucional sustenta la necesidad de un sistema jurídico que regule el

⁷⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Constitución Española (6 de diciembre de 1978). Boletín Oficial del Estado. Ratificada en referéndum por el pueblo español. Sancionada por S.M. el Rey Don Juan Carlos I el 27 de diciembre de 1978 y publicada en el el 29 de diciembre de 1978.

⁷⁷ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit.

⁷⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-417 (4 de octubre, 1993). [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]

comportamiento disciplinario de quienes integran el Estado, fijando una serie de deberes y obligaciones de los servidores, las faltas y sanciones correspondientes, así como el procedimiento para dar aplicación a la disciplina, contenido previamente en la legislación como igualmente fue anotado en la jurisprudencia española, se enfatiza, la necesidad de que esa serie de obligaciones, deberes, y sanciones se encuentren previstas en la ley de manera previa.

Es así como la Corte, acude en esta sentencia a dos artículos importantes de la Constitución frente a este tema, el primero de ellos el artículo sexto que hace relación al principio de responsabilidad, respecto de la conducta de los servidores públicos, ya sea por su omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, así como el artículo 124 de la carta política colombiana hace relación “al principio de legalidad, resaltando que será la ley quien determine la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”⁷⁹, realizando con esta precisión una introducción a unos de los primeros pronunciamientos a partir de la constitución de 1991 en relación a al Derecho Disciplinario en Colombia, así como de las Relaciones Especiales de Sujeción como categoría dogmática.

Por su parte la sentencia C-244 de 1996⁸⁰, realiza una reflexión del principio del *non bis in ídem*, y su aplicación respecto del Derecho Penal y Derecho Disciplinario, como representación del poder sancionatorio del Estado, analizando las diferencia y similitudes entre estos procedimientos, así como los bienes jurídicos que pretende proteger cada uno de ellos,

⁷⁹ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit. art 124.

⁸⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-244 (30 de mayo de 1996) [M.P. Carlos Gaviria Díaz]

argumentando dentro de este análisis que la acción disciplinaria “se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública”⁸¹ [...] Determinando igualmente que la finalidad del Derecho Disciplinario es garantizar la buena marcha de la Administración, así como sus principios de moralidad y prestigio de los órganos del Estado.

Así mismo la Sentencia C-280 de 1996⁸², a la hora de emitir un concepto sobre las relaciones especiales de sujeción, señala que la potestad disciplinaria se manifiesta o se deriva del enlace o relación existente entre la administración y los servidores públicos o personas naturales, que prestan una función pública bajo subordinación del Estado, encontrando en esta sentencia nuevos términos en relación a las expresiones de función pública y supremacía especial entre la administración y los servidores públicos, haciendo alusión igualmente de la relación laboral existente con el Estado.

Igualmente se advierte en otros pronunciamiento de la Corte Constitucional esta vez en Sentencias de Tutela T-705 de 1996, de manera acorde con las Sentencias del Tribunal en España se hace alusión a: “las potestades de la autoridad administrativa para limitar o restringir los derechos fundamentales de las personas que se hallen vinculadas a través de una relación especial de sujeción”⁸³ esto es siempre y cuando esta restricción se encuentre de manera expresa en la ley que regula su ejercicio⁸⁴.

⁸¹ Ibid.

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-280 (25 de junio de 1996) [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

⁸³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-705 (9 de diciembre de 1996). [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]

⁸⁴ Ibid.

2.3. COLOMBIA

Se continua con el estudio del concepto de las relaciones especiales de sujeción de acuerdo al análisis jurisprudencial en Colombia, se puede observar en la Sentencia C-125 de 2003⁸⁵, se hace alusión a la potestad con que cuenta la Administración pública de imponer sanciones a sus propios funcionarios atendiendo el sometimiento de una relación especial de sujeción, que no busca otra cosa que lograr los fines del Estado en el ejercicio de la función pública.

Adicionalmente la Corte Constitucional en Sentencia C-252 de 2003⁸⁶, de una manera más amplia, se refiere a que la existencia de un vínculo de sujeción entre el servidor público y el Estado, obedece a las atribuciones que esa relación otorga al servidor de función pública, con miras a la realización de los fines del Estado, agregando que el Derecho disciplinario, tiene un espacio de aplicación restringido en la medida que, únicamente recae sobre quienes cuentan con un efecto vinculante de "deberes especiales de sujeción", basándose en la infracción por parte del servidor público de sus deberes, esto sin dejar de lado la plena observancia de los principios del derecho sancionador.

De otra parte, es importante resaltar que, esas Relaciones de Sujeción no solamente han sido predicadas de aquella relación especial existente entre el Estado y los servidores públicos, también ha sido reconocida por la Corte Constitucional, dentro de estas Relaciones Especiales de Sujeción, aquella

⁸⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-125 (18 de febrero de 2003). [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]

⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-252 (25 de marzo 25 de 2003). [M.P. Jaime Córdoba Triviño]

relación de subordinación existente entre las personas que se encuentran cumpliendo una pena en establecimientos penitenciarios, como resultado de la comisión de una conducta punible, personas que no solamente han sido privadas de su derecho a la libertad, como consecuencia de una condena a la luz del derecho penal, además conlleva a la privación de otra clase de derechos incluso fundamentales, no obstante esta privación no puede encontrarse desprovista de una regulación legal que fije una serie de parámetros bajo los cuales esos derechos podrán ser restringidos como resultado de la restricción de la libertad y de su permanencia dentro de un establecimiento de reclusión que fija para su buen funcionamiento una serie de normas y reglamentos de comportamiento.

No obstante, el Estado debe garantizar sin ninguna clase de restricción, los derechos básicos a la vida, la integridad física, libertad de conciencia derecho a la salud, el debido proceso entre otros derechos que siempre deberán ser respetados.

Define la Corte Constitucional, como una de las particularidades de esa relación especial entre el Estado y la persona privada de su libertad, la existencia de una subordinación del recluso con el Estado, concretándose en su sometimiento a un régimen disciplinario y administrativo especial, con la posibilidad de restricción de derechos como se anotó anteriormente, autorizados por la Constitución y la ley, resaltando como finalidad de esta potestad disciplinaria, garantizar no solo los derechos de los demás internos representados en la seguridad, la disciplina y la salubridad, así como lograr la resocialización como fin de la pena, generándose igualmente para el Estado una obligación de garantizar al interno su alimentación, salud,

servicios públicos habitación así como eficacia de sus derechos fundamentales.

3. ANÁLISIS NORMATIVO DE LA DEFINICIÓN DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

3.1. ALEMANIA

Sobre el estudio normativo de la sujeción especial en Alemania, es preciso resaltar que, la promulgación de la Ley fundamental se da durante la terminación de la segunda guerra mundial, esperando un mínimo de lealtad y sometimiento de los funcionarios, su reconocimiento como agentes constructores del nuevo Estado surgiendo de esta manera el reconocimiento de la Administración pública como una herramienta de poder y de sujeción.

La Ley fundamental de Bonn (la constitución para la Alemania occidental 1949)⁸⁷ para la Alemania occidental ha sido una ley reconocida por implementar contenido garantista en la dignidad del ser humano cobijando a todas las personas, incluidos a los servidores públicos, sin embargo, en esta misma ley, se puede observar las limitaciones de derechos a los servidores públicos, dado el tipo de relación subordinada que les asiste por pertenecer a las entidades estatales.

⁸⁷ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Ley fundamental de Bonn (23 de mayo de 1949). Constitución para Alemania Occidental) [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2y5s3pj> >

Es así como en el artículo 17 de La Ley fundamental de Bonn, se observa las restricciones a los miembros del servicio militar y al servicio sustitutorio, de determinados derechos fundamentales durante su periodo de servicio, entre estas limitaciones se encuentran la expresión y difusión libre de su opinión oral, por escrito y a través de la imagen (consagrado en el artículo 5, apartado 1, primera parte de la frase 1), el derecho fundamental de la libertad de reunión (dispuesto en el artículo 8) y el derecho de petición (establecido en el artículo 17) en cuanto confiere el derecho de presentar peticiones o reclamaciones en forma colectiva⁸⁸.

Si bien, la Ley fundamental de Bonn establece en el artículo 19 apartado 2 que en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado, deja claro que solo podrán ser restringidos en virtud de una ley que debe ser de carácter general y no particular. Concretamente permite advertir este artículo el elemento de la subordinación y limitación de los derechos fundamentales de un grupo de personas, esto en contraposición con la misma ley.

Esta dicotomía que presenta la Ley, por un lado, en la protección de derechos y por el otro su limitación para un grupo especial de la población nos orienta y acerca a la teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción, en cuanto las personas vinculadas como servidores públicos se disponen o someten a ceder algunos derechos por ostentar la condición de servidor público, a diferencia de la población en general⁸⁹.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Ibid.

De otra parte, el artículo 33 de la ley fundamental de Alemania en el numeral 4 indica que:

“el ejercicio de facultades de soberanía será confiado, como regla general y con carácter permanente, a funcionarios del servicio público sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de Derecho público”⁹⁰

Es así que quien pretenda hacer parte del ejercicio de esas facultades de soberanía se someterá al régimen de derecho público siendo una regla general sujetos al servicio y lealtad. Así, la normatividad que asiste en esta relación de sujeción especial para cumplir las funciones respectivas, da cuenta de cómo se genera el sometimiento frente al poder público y las responsabilidades en caso de violación de los deberes del cargo:

“Artículo 34: Responsabilidad en caso de violación de los deberes del cargo: Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada violare los deberes que la función le impone con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la corporación a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o culpa grave queda abierta la acción de regreso. Para la reclamación de daños y perjuicios abierta, así como para la acción de regreso no podrá excluirse la vía judicial ordinaria”

A su vez en la Ley Federal del Servicio Civil de 2009, la relación de sujeción se observa en los funcionarios públicos que representan a su empleador en

⁹⁰ Ibid.

una relación de servicio público y lealtad en aquellas acciones "soberanas" o que no pueden ser otorgadas al ámbito privado, se establecen tipos de relación de por vida y temporal en los casos según lo previsto por la ley; para el caso del nombramiento para la vida el gobierno regula los detalles de ordenanza, los criterios y procedimientos de la determinación de la libertad condicional.

Frente a la Ley Bayerisches Beamtengesetz de 2008⁹¹, aplicable a los funcionarios públicos del Estado (con excepción de los funcionarios públicos de las sociedades religiosas de derecho público y sus asociaciones), hace referencia de la autoridad suprema del empleador frente al área de servicio en donde el funcionario tiene su cargo, tomando en cuenta como razones para la relación de servicio civil se encuentran la edad, la terminación de la relación laboral con el empleador, entre otros factores, así como de la misma manera se establecen las condiciones para el retiro de esa relación.

El artículo 73 de la Ley Bayerisches Beamtengesetz, hace aún más evidente el termino de relación de sujeción de los funcionarios cuando deben jurar o comprometerse expresando:

"Juro lealtad a la Ley Básica de la República Federal de Alemania y la Constitución del Estado Libre de Baviera, la obediencia a las leyes y el cumplimiento concienzudo de mis deberes oficiales, así que ayúdeme, Dios [...] ayúdame tan bien [...] o Prometo cumplir mis deberes oficiales a conciencia"⁹²

⁹¹ Ley Bayerisches Beamtengesetz (29 de julio de 2008) [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2Y6Buzn>>

⁹² Ibid.

Jurando cumplir leyes existentes y otras que se promulgaran, es así que cuando su conducta no sea acorde con las leyes, deberán ser objeto de reproche de la Ley Federal Disciplinaria⁹³.

En la Ley Federal del servicio civil de Bavaria, Sajona, Ley de funcionarios del Estado de Renania del Norte-Westfaliase, desarrolladas en consecuencia por la Ley fundamental, refiere que:

“el estatuto legal del servicio público debe ser regulado y desarrollado teniendo en cuenta los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera, estas leyes desarrollan la vinculación limitación y garantías de los servidores públicos”⁹⁴

Siendo las garantías de mayor predominio en la ley, donde no solo la sujeción del funcionario público incide en la limitación de sus derechos fundamentales, existiendo una protección y cuidado especial por los funcionarios en las normas mencionadas predominando el:

“Deber de cuidado del empleador donde éste debe garantizar el bienestar de los funcionarios públicos y sus familias en el marco de la relación de servicio y lealtad, también durante el período posterior a la terminación del estatus de funcionario. Protege a los funcionarios públicos en sus funciones oficiales y su posición”⁹⁵

⁹³ Ibid.

⁹⁴ Ley fundamental de Bonn, constitución para Alemania Occidental, 1949. Op. cit. art 33 numeral 5

⁹⁵ Ibid. art 78.

Aun en la ley disciplinaria como medio para controlar y sancionar el incumplimiento de la normatividad por parte de los funcionarios, se encuentran artículos garantistas en favor de los servidores públicos.

Es así que la teoría de la Relación de Sujeción Especial, se puede considerar no como la manera de la subordinación, donde son vulnerados los derechos sino como la subordinación, donde el Estado a través de esa Relación Especial concede más garantías y monumentos a sus funcionarios como estímulos para el buen funcionamiento en el ejercicio de sus funciones.

3.2. ESPAÑA

La relación especial de sujeción en la normatividad española, se muestra como ese vínculo directo del servidor público con el Estado, enmarcándose inicialmente en la Constitución, de donde emanan y se fundan los demás ordenamientos.

Es así que la Constitución Española de 1978⁹⁶, actual y la única en este país que ha sido aprobada por el pueblo mediante referéndum, dispuso que la soberanía reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado.

Encontrándose así el poder público y los ciudadanos sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico⁹⁷, el gobierno con los poderes conferidos dirigirá la política interior y exterior, la administración civil

⁹⁶ Constitución española, 1978. Op. cit.

⁹⁷ Ibid. art 9. "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico"

y militar, así como la defensa del Estado,⁹⁸ para su dirección se hace necesario de personal calificado y leal que contribuya al mantenimiento del mismo, es por ello que se requiere del vínculo contractual indistintamente de su modalidad contractual entre persona – Estado, aquellos que una vez vinculados asumirán los derechos y obligaciones correspondientes al cargo, a su vez el vínculo laboral que no se regirá por las normas de carácter general, sino las dispuestas por ley conforme al mandato constitucional para los servidores públicos. Leyes que rigen según la especificidad de las actividades a desarrollar en cada una de las diferentes entidades del Estado.

El vínculo especial, corresponde a que el servidor público representara en cada una de sus acciones al Estado y al Rey en este caso, es así que se requiere de actuaciones especiales y más exigentes por parte del funcionario, pues de no ser así difícilmente se alcanzara el buen funcionamiento y garantía de los fines del Estado.

La legislación que regula cada una de las entidades y servidores públicos en España, denota el insistente llamado para que los funcionarios cumplan con la Constitución, siendo leales a ella y al Estado, esto, en el buen ejercicio de sus funciones acatando las normas y mandatos de los superiores, así se presente un límite a algunos derechos de los sujetos, aun así esta relación de sujeción está protegida por el principio de legalidad haciéndola especial con las leyes que las regulan, que en su contenido se garantizan los derechos, se conceden deberes, y se fijan las prohibiciones que no permitirán un buen servicio o relación y se fijan las garantías entre otras reglas

⁹⁸ Ibid. art 97.

para funcionarios como es el caso de la ley 7 de 2007⁹⁹, del Estatuto Básico del Empleado Público, con las adaptaciones debidas a la condición militar.

Al tenor de lo anterior se encuentran los miembros de las Fuerzas Armadas, quienes los rige además de la Constitución la Ley Orgánica 9 de 2011¹⁰⁰, entre otras leyes, dejando claro en su artículo 5 una de las funciones principales de estos funcionarios:

“El militar guardará y hará guardar la Constitución como norma fundamental del Estado y cumplirá las obligaciones militares derivadas de las misiones establecidas en la Constitución” y en la misma línea está la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, con sujeción a las reglas de comportamiento que se definen en esta ley”¹⁰¹ (subrayas propias)

El miembro de la fuerza militar, debe estar dispuesto a tomar estas disposiciones y cumplirlas, así como las demás disposiciones que contiene la Ley, como el aceptar que se le reconocen derechos que están limitados debido a la sujeción y subordinación como los contemplados en el artículo 11. Libertad de desplazamiento y circulación, artículo 13. Derecho de reunión y manifestación, artículo 15. Derecho de sufragio, artículo 22. La jornada de trabajo, permisos, vacaciones y licencias de la misma Ley Orgánica 9 de 2011¹⁰², de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

⁹⁹ JEFATURA DEL ESTADO DE ESPAÑA. Ley 7 (12 de abril de 2007). Estatuto Básico del Empleado Público.

¹⁰⁰ JEFATURA DEL ESTADO DE ESPAÑA. Ley Orgánica 9 (27 de julio de 2011). De derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ibid.

De esta manera quien se hace militar, adquiere una condición especial y queda sujeto a dicho régimen, y desde el proceso de incorporación ya se hace exigible una serie de requisitos especiales físicos y comportamentales para pertenecer a la fuerza.

Por su parte el Real Decreto 33 de 1986¹⁰³, aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, advirtiendo que el incumplimiento del deber de fidelidad a la Constitución en el ejercicio de la Función Pública, La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades entre otras disposiciones son faltas sancionables, al igual que en las fuerzas armadas hay una subordinación fidelidad y obediencia a un superior.

Estas cualidades especiales de la relación de funcionario público - Estado, son muy diversas y se ajustan a los principios constitucionales, aun ante la existencia de alguna restricción de derechos propios del rol en el que se encuentre quien está sujeto a ese vínculo especial, es por ello la importancia de establecer diferencias entre la relación laboral de la persona Estado y persona particular, en cuanto la primera de ellas deviene de una relación con unas funciones especiales que le asisten solamente al Estado, bajo una normatividad como consecuencia del principio de lealtad¹⁰⁴ que se le debe a la administración.

¹⁰³ PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA. Decreto 33 (10 de enero de 1986). "Por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado"

¹⁰⁴ JEFATURA DEL ESTADO DE ESPAÑA. Ley 4. (13 de enero de 1999). De modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común" artículo 4.

De igual forma, las relaciones especiales se podrán observar dentro de los centros penitenciarios, en cuanto se advierte aquella relación que existe entre el sujeto privado de su libertad derivada de alguna conducta delictiva, con el Estado (centro penitenciario a cargo del Estado), siendo esta relación diferentes a las normas anteriores que se derivaban de un relación de trabajo, en este caso se trata de una sujeción (obligada fruto de una conducta punible) en la que el interno se somete a las leyes¹⁰⁵ normas, derechos y obligaciones dispuestas para centros penitenciarios, que se deben ajustar del mismo modo a los principios constitucionales, respetando la dignidad humana de los reclusos, permitiendo que ejerzan todos sus derechos siempre y cuando no se vean limitados o en contra vía por la condición que se encuentran. Por esta relación de sujeción especial preso – Estado, se brinda un trato especial al preso acorde a su condición garantizando sus derechos.

3.3. COLOMBIA

Por su parte la relación de sujeción especial en Colombia, se encuentra ajustada a los indicadores de un Estado Social de Derecho, en cuanto la administración se encuentra acorde a la protección de la dignidad del ser humano. En este tipo de relación, el funcionario o administrado hace parte de la estructura organizativa del Estado con una relación de dependencia mayor que otro ciudadano sin esta condición. Estas relaciones son comprendidas en marcos normativos especiales de acuerdo a las razones y la finalidad de la misma.

¹⁰⁵ JEFATURA DEL ESTADO DE ESPAÑA. Ley Orgánica 1. (26 de septiembre de 1979) “Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario Faltas y correcciones”

Para entender las Relaciones Especiales de Sujeción es importante comprender la existencia de diferentes categorías de servidores públicos, así como de la normatividad existente para la regulación de la conducta disciplinaria de cada uno de ellos, dependiendo igualmente de la intensidad de la restricción de sus derechos y de las funciones que ejerce dentro del Estado, pues no se podrá hablar en los mismos términos normativos del servidor público, que ejerce una función jurisdiccional, al servidor público que integra las Fuerzas Militares o la fuerza pública, al servidor público que integra la administración del Estado.

De esta manera, la Constitución política, la ley y la reglamentación determinan el régimen aplicable a cada uno según corresponda. En Colombia, la relación de sujeción especial responde a los principios rectores de un Estado Social de Derecho, es decir, una administración que reconoce y actúa – entre otros - bajo el enfoque de derechos y el enfoque de protección de la dignidad del ser humano.

Esta relación definida desde diferentes aspectos, contempla en primera instancia los fines esenciales del Estado, mencionados en el artículo 2 de la Constitución Política de Colombia:

“servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad

territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo"¹⁰⁶

En efecto la constitución política de Colombia expresa que:

“las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”¹⁰⁷

Es así, que el Estado para hacer efectivos estos fines requiere de personal que le represente en diferentes entidades u organizaciones, llamados servidores públicos, indistintamente del tipo y forma de vinculación laboral, se les reconoce como tal por desempeñar funciones públicas donde representa y es responsable de la persona jurídica del Estado.

Los servidores públicos adquieren una relación especial directa con el Estado, donde cada sujeto realiza una labor determinada que será remunerada bajo una relación contractual, es decir, al tratarse de una representación especial las personas sujetas al Estado, desarrollan actividades específicas en la esfera de la Administración, regulada por una reglamentación específica que contempla el debido proceso, las clases de faltas, los derechos, prohibiciones, garantías como el reconocimiento de la dignidad humana, favorabilidad, derecho a defensa, deberes, inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses entre otros títulos que desarrolla la ley, en los cuales queda demostrada la

¹⁰⁶ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit.

¹⁰⁷ Ibid.

relación de sujeción especial de los servidores públicos, en conclusión la definición concreta de la relación jurídico-administrativa a seguir.

De esta manera existe legislación que en su contenido dan muestra del concepto de la relación especial de los (miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios artículo 123 de la constitución política de Colombia) servidores públicos, encontrando en su contenido las funciones detalladas, reglamento, derechos, prohibiciones, obligaciones entre otras disposiciones, del mismo modo se encuentra reglada las sanciones y la forma como se realizara dicho proceso disciplinario cuando se falte al artículo 6 de la constitución es decir a las responsabilidades de los servidores públicos bien sea por acción extralimitación u omisión de sus funciones¹⁰⁸.

En segunda instancia, esta relación de sujeción también se define para la fuerza pública, integrada por la policía nacional y las fuerzas militares, a través del reglamento del régimen disciplinario (Ley 1862 de 2017¹⁰⁹), donde se establecen una serie de obligaciones relacionadas no solamente con las funciones propiamente, sino con aquellos comportamientos que den cuenta de honestidad, responsabilidad, compromiso, amabilidad, altruismo, rectitud, entre otros, incluso aquellas prácticas que se consideran deben estar presente en la vida privada.

¹⁰⁸ Ibid.

¹⁰⁹ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1862 (4 de agosto de 2017). "Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar". Diario Oficial No. 50.315

En este tipo de Relación de Sujeción "Especial" se evidencia restricciones a los derechos fundamentales, como lo consagra el artículo 219 de la Constitución política de Colombia al referir "los miembros de la Fuerza pública no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en actividades o debates de partidos o movimientos políticos, entre otras"¹¹⁰

Para la policía Nacional, la Ley 1015 de 2006, por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario¹¹¹, presenta características similares al de las Fuerzas Militares, donde se evidencia una relación de mayor subordinación relacionando elementos que definen la personalidad de cada uno y resultan necesarios para el cumplimiento de la función pública.

Frente a las personas privadas de la libertad, la Ley 65 de 1993¹¹², modificada por la Ley 1709 del 2014¹¹³, por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario, a través del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario se aplicarán las sentencias penales correspondientes, al ser una relación de sujeción especial, resultado de la necesidad cumplimiento de un pena que tiene como fin la resocialización de la persona que ha incurrido en una conducta punible, estableciéndose lugares de reclusión, en los que se debe definir los criterios de disciplina para la permanencia en el mismo.

¹¹⁰ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit. art. 219.

¹¹¹ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1015 (7 de febrero de 2006). "Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario"

¹¹² CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 65 (19 de agosto de 1993). "Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario" Diario Oficial No. 40.999

¹¹³ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. 1709 (20 de enero de 2014). "Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones" Diario Oficial No. 49.039

Por otro lado, La Ley 1123 de 2007, por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado en el artículo 2° sobre titularidad, corresponde al Estado, a través de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, conocer de los procesos que por la comisión de alguna de las faltas previstas en la ley se adelanten contra los abogados en ejercicio de su profesión. En el título II se encuentran aquellas faltas en particular que atentan contra el ejercicio de la profesión¹¹⁴.

La Ley 1474 de 2011, por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, estableciendo las medidas necesarias para contrarrestar la corrupción cuando existiere el interés de contratar con el Estado; existencia de organismos de la comisión para la moralización e inhabilidades varias¹¹⁵.

Normatividad que permite determinar la manera como el Estado a través de sus principios y ordenamientos bajo un concepto de supremacía impone una serie de obligaciones y deberes a quien se encuentran investidos del ejercicio de la función pública, encaminada están normas no solo a dar paso al principio de legalidad sino también a ejercer una función preventiva y correctiva sobre la conducta de quienes cumplen función Pública.

¹¹⁴ CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1123 (22 de enero de 2007). "Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado". Diario oficial No. 46519.

¹¹⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1474 (Julio 12 de 2011). "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública". Diario Oficial No. 48.128.

CONCLUSIONES

El estudio de las Relaciones Especiales de Sujeción ha permitido en este capítulo realizar un análisis fundamental sobre los diferentes momentos históricos en los que se llegó a la definición o el concepto de esta categoría dogmática, pues ello influiría de manera sorprendente en la definición que se ha dado por la doctrina y la jurisprudencia sobre esta categoría, permitiendo dar una explicación y una construcción a los fundamentos del derecho disciplinario en Alemania, España y Colombia.

Siendo imperioso partir desde una óptica histórica que determina diferentes tipos de relación entre el Estado y los individuos que se encuentran bajo la vista de subordinación y sujeción del Estado, mostrando diferentes grupos de servidores públicos que de manera voluntaria se acogen al poder del Estado en el ejercicio de la función pública y otros que por disposición de la ley se encuentran bajo una relación de dependencia y subordinación como garantía de la satisfacción y protección de los derechos fundamentales de otras personas así como de la seguridad de la institución y de las personas que lo integran como lo es la condición de las personas privadas de libertad como consecuencia del cumplimiento de una pena.

Considerándose esta categoría como el fundamento y la construcción de la responsabilidad de los servidores públicos, así como de quienes ejercen función pública, quienes dotados de un poder especial son sujetos también de manera especial a una serie de parámetros respecto de su comportamiento, pues son desde un punto de vista particular la representación viva del Estado que debe cumplir con una serie de fines frente a la sociedad.

El Estado en el ejercicio de sus funciones ha dotado de autoridad y revestido de poder a los servidores que lo integran y representan frente a la sociedad, concediéndoles en consecuencia una serie de derechos y prerrogativas de orden laboral, así como de investidura de mediadores y administradores en la sociedad, exigiendo en consecuencia de esta misma manera un comportamiento por parte del servidor, quiera debe acogerse a una serie de deberes y prohibiciones que buscan garantizar de manera correcta el cumplimiento de sus fines constitucionales.

Durante el curso del análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales y normativos en Alemania, España y Colombia se puede determinar cómo las acciones presentadas por aquellas personas que se encontraban privadas de libertad, desde la expedición de la ley fundamental en Alemania, han acudido a la protección de sus derechos, logrando pronunciamientos de gran valor para la definición y evolución de las relaciones Especiales de Sujeción, pronunciamientos que conducen a la imperiosa necesidad de revestir esta relación de un principio de legalidad, bajo el cual la relación de poder entre el Estado y el individuo debe encontrarse reglada y fundamentada en el respecto por las garantías fundamentales dentro de esa relación de Servidor - Estado.

Son de gran importancia y significado aquellos pronunciamientos realizados frente a las acciones presentadas por los internos de centros penitenciarios donde de manera concreta se ha llegado a un análisis y explicación de las Relaciones Especiales de Sujeción y de la necesidad de avanzar en su reglamentación pues con anterioridad bastaba hablar de una relación de subordinación y poder frente a la Administración sin tomar en cuenta los

derechos y garantías que dentro de esa relación debían tener los servidores del Estado así como los internos bajo ese mismo concepto de categoría dogmática.

La construcción de una definición de las relaciones Especiales de Sujeción ha sido una ardua tarea de diferentes autores en Alemania, España y Colombia, conceptos que se han dado a través de diferentes épocas como ya se ha dicho dentro de una Monarquía Constitucional, un Estado absolutista hasta llegar a un Estado social de Derecho, conservándose a través del tiempo a su denominación bajo un principio de subordinación y sujeción de los servidores al Estado – conservándose la denominación de relación de poder en el que es el Estado es quien tiene una fuerza vinculante en la que se impone al individuo una serie de deberes y prohibiciones, incluso de restricción de sus derechos en aras de cumplir con los fines del Estado.

Muchas han sido las críticas, grandes estudiosos del Derecho se han opuesto a continuar bajo el concepto de las Relaciones Especiales de Sujeción, argumentando que esta denominación no puede continuar siendo el eje central del Derecho Disciplinario, cuando nos encontramos frente a un nuevo modelo de Estado, aquel en el que lo más importante es el individuo y el respeto por sus derechos fundamentales, así como satisfacer el interés general, llegando a la creación de nuevos conceptos como las “Relaciones Especiales de Derecho Administrativo de la función pública” “relación jurídica de derecho administrativo” y demás términos que buscan desvirtuar la teoría en la que exista un predominio jurídico absoluto.

Llegando a su vez a realizar una crítica sobre la interpretación que en Colombia se ha dado al artículo sexto de la Constitución Política respecto de la responsabilidad de los servidores públicos frente a su conducta activa u omisiva, en relación a su deber funcional, denominándola simplemente como un artículo descriptivo de la responsabilidad de los servidores públicos a diferencia del particular quien únicamente será responsable por el desconocimiento y contravención de la Constitución Política y la ley.

No obstante aquellas críticas entorno a la categoría dogmática de las Relaciones especiales de Sujeción, a la fuerte crítica de los términos utilizados por la Corte Constitucional en sus diferentes sentencias respecto de la matización, modulación y flexibilización de los principios constitucionales en el Derecho Disciplinario a la hora de definir las relación Especiales de Sujeción, el estudio de las diferentes posiciones frente al tema ha permitido realizar una ponderación de fundamentos que permiten llegar a una construcción respecto de la teoría y definición de las Relaciones Especiales de Sujeción.

La construcción de un concepto debe partir desde los fundamentos de su origen, razón suficiente para permitirnos hablar de una relación de subordinación y de poder entre el servidor público y el Estado, quien impone una serie de cargas soportables al servidor público que de manera voluntaria, a excepción de las personas privadas de libertad, desea hacer parte de la investidura de representación del Estado, permitiéndose así una serie de restricciones en sus derechos en aras de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, así como de la satisfacción del cumplimiento de sus deberes y especialmente de sus funciones para las cuales ha sido integrado al Estado.

Esto no quiere decir que este concepto no pueda evolucionar a través de los diferentes cambios históricos de la relación del Estado con sus administrados, pues a pesar de que nos encontramos ahora bajo un Estado social de Derecho, garantista y respetuoso de los derechos fundamentales y de la dignidad humana, no podemos negar que continua existiendo una relación de poder y de subordinación al Estado que de manera reglamentada asegura el respeto de los derechos de las personas, para una mayor explicación de esta relación de poder se puede ver como también se encuentra seriamente reglamentado a través de una legislación la manera como el particular debe superar una serie de procedimientos y condiciones para adquirir la calidad de servidor público bajo diferentes denominaciones, no siendo posible en consecuencia pretender que entre el Estado y el servidor existe una simple relación laboral o administrativa en la que se pretende asegurar y cumplir con unos fines esenciales.

Ahora bien, no se puede negar que en esa evolución del concepto se encuentra ahora una reciprocidad de deberes y derechos entre el Estado y el servidor, pero ello no nos aleja del contenido esencial de la categoría dogmática de las Relaciones Especiales de Sujeción, el cual es la existencia de una relación especial de subordinación que exige del servidor el cumplimiento de unos deberes y prohibiciones para el cumplimiento de los fines del Estado.

Elementos que permiten definir las Relaciones Especiales de Sujeción como una categoría dogmática que fundamenta la existencia de una relación jurídica especial que describe la integración del individuo a la estructura del Estado, invistiéndolo de autoridad, y poder para el cumplimiento y ejecución

de los fines del Estado, relación rodeada por el respeto de los principios constitucionales y las garantías fundamentales, pero con la imposición de una serie de deberes y obligaciones que impone una responsabilidad disciplinaria frente a su deber funcional.

BIBLIOGRAFÍA

- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1015 (7 de febrero de 2006). "Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario"
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1709 (20 de enero de 2014). "Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones" Diario Oficial No. 49.039
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1862 (4 de agosto de 2017). "Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar". Diario Oficial No. 50.315
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 65 (19 de agosto de 1993). "Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario" Diario Oficial No. 40.999
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1123 (22 de enero de 2007). "Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado". Diario oficial No. 46519.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1474 (Julio 12 de 2011). "Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública". Diario Oficial No. 48.128.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-125 (18 de febrero de 2003). [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-244 (30 de mayo de 1996) [M.P. Carlos Gaviria Díaz]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-252 (25 de marzo 25 de 2003). [M.P. Jaime Córdoba Triviño]

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-280 (25 de junio de 1996) [M.P. Alejandro Martínez Caballero]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-417 (4 de octubre, 1993). [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-705 (9 de diciembre de 1996). [M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz]
- FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (15), 2007.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española. Madrid: Tecnos, 1992. ISBN: 9788430921607
- GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando Relaciones Especiales de Sujeción. Aproximación Histórica Al Concepto Prolegómenos. En: Derechos y Valores, vol. XII, núm. 23, enero-junio, 2009. p. 177-192.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho Disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9789587727173. 4ª ed.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La relación especial de sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (5). 2003.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Sobre los orígenes de la relación especial de sujeción y sus repercusiones actuales. En: Lecciones de Derecho Disciplinario. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Vol. 3. 2006. Bogotá-Colombia. ISBN: 9789588295565

JEFATURA DEL ESTADO DE ESPAÑA. Ley 4. (13 de enero de 1999). De modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común” PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA. Decreto 33 (10 de enero de 1986). “Por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado”

JEFATURA DEL ESTADO DE ESPAÑA. Ley 7 (12 de abril de 2007). Estatuto Básico del Empleado Público.

JEFATURA DEL ESTADO DE ESPAÑA. Ley Orgánica 1. (26 de septiembre de 1979) “Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario Faltas y correcciones”

JEFATURA DEL ESTADO DE ESPAÑA. Ley Orgánica 9 (27 de julio de 2011). De derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas

KONRAD ADENAUER STIFTUNG. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes, compiladas por Jürgen Schwabe. 2009. [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2Y5ITPI>>

Ley Bayerisches Beamten-gesetz (29 de julio de 2008) [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2Y6Buzn>>

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Ley fundamental de Bonn (23 de mayo de 1949). Constitución para Alemania Occidental) [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2y5s3pj>>

LÓPEZ BENÍTEZ Mariano, La Relación de especial sujeción del recluso con la administración penitenciaria. 2012 [En Línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2JWBuNc>>

MEJÍA OSSMAN, Jaime. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho. Bogotá: Leyer, 2011. ISBN: 9789584486189

- MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Las relaciones de sujeción especial en el Estado Social. En: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público. (9). 2005.
- NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 2005. 4ª. ed. ISBN: 9788430942466.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Constitución Española (6 de diciembre de 1978). Boletín Oficial del Estado. Ratificada en referéndum por el pueblo español. Sancionada por S.M. el Rey Don Juan Carlos I el 27 de diciembre de 1978 y publicada en el 29 de diciembre de 1978.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 132 (8 de junio de 2001). [M.P. Don Pedro Cruz Villalón]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 57 (24 de marzo de 1994). [M.P. Don Luis López Guerra]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. Sentencia BVerfGE 33, 1 (15). (14 de marzo de 1972)
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia 18 (8 de junio de 1981). [M.P. Don Rafael Gómez-Ferrer Morant]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia 29 (28 de febrero de 1989). [M.P. Doña Gloria Begué Cantón]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia 50 (14 de junio de 1983). [M.P. Don Francisco Rubio Llorente]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia 77 (3 de octubre de 1983) [M.P. Don Jerónimo Arozamena Sierra]

TÍTULO III

RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN, TIPOLOGÍA.

Por: Claudia Julieth Campos Correa¹¹⁶

INTRODUCCIÓN

En las líneas que comprenden los capítulos anteriores ha sido claro que uno de los principales fundamentos dogmáticos que erigen al Derecho Disciplinario como una especie autónoma e independiente, es la categoría de las Relaciones Especiales de Sujeción, habiéndose entonces auscultado temas tales como, su referente histórico, su *ethos* funcional, a más de lograr una aproximación conceptual de dicha categoría.

En este orden de contera, resulta claro que la relación que existe entre el Estado, entendido como organización y sus habitantes, deriva una serie de relaciones que al ser abordadas desde el punto de vista del Derecho, asumen condiciones especiales; dibujándose en consecuencia, un vínculo general de sujeción entre los ciudadanos y el Estado, el cual nace por el hecho que aquellos pertenezcan al mismo, lo que conlleva ciertos imperativos que se hacen exigibles cuando se traslucen en un marco normativo (Poder Sancionador).

El Estado y su Administración pública, han tenido importantes cambios que repercuten indefectiblemente en las relaciones con sus administrados. Así

¹¹⁶ Personera Municipal de Santa Sofía – Boyacá 2016 -2020, Abogada egresada de la Universidad Libre de Colombia 2013, Especialista en Contratación Estatal de la Universidad de la Sabana 2016.

las cosas, inicialmente la calidad que ostente un particular bien simple, o por el contrario cualificado, determina que existan unos vínculos más o menos estrechos, adquiriendo esos nexos o relaciones de sujeción de diferentes contenidos, significados o alcances.

Dado lo anterior, la complejidad de tales relaciones, ha llevado a que el derecho, regule la convivencia entre los seres humanos, por lo que ha construido toda una serie de elementos dogmáticos, para dibujar tales supuestos y es así, como da inicio la teoría Alemana de las Relaciones Especiales de Sujeción con la carta política de 1919, explica la razón de ser y vicisitudes de tan complicados vínculos, consonante con el desarrollo constitucional de 1978 y jurisprudencia de España y en Colombia partiendo de la Constitución política de 1886, con un desarrollo de avanzada, manifiesto en nuestra carta Política del 1991.

Lo anterior permite concluir que, la organización Estatal, para que resulte eficaz, debe arraigar un orden que se entronice en el comportamiento de quienes lo integran, para lograr su eficacia; pues las libertades absolutas no existen o no deben existir, entendiendo que fincar un Estado Anárquico, implica concebir su desmoronamiento, a partir de las libertades personales ejercidas sin ningún tipo de control o vigilancia.

En este orden, el Estado entendido como un ente abstracto, y que, a su vez, envuelve axiomas como la confianza, la celeridad, la garantía acorde con postulados de progreso y desarrollo de sus sociedades, solo es viable desde lo material, a partir del concurso de los individuos que hagan parte de sus distintas esferas (administrativa, política, judicial, entre otras).

“Entonces partiendo del hecho de que el Estado es un ente abstracto, pero que esta regentado o dirigido por un gobierno es de saber que quienes están a cargo del Estado, bien sea porque desempeñan cargos públicos o porque han contratado con el Estado una obra de interés general o prestan un servicio público, o porque están privados de la libertad o porque se encuentran prestando el servicio militar o hacen parte de la fuerza pública permanente, tienen una relación especial de sujeción con el Estado”¹¹⁷

En esta línea argumentativa, y desde esa óptica bien resultaría admisible afirmar que existe una relación de sujeción únicamente entre el Estado y “ciertas personas”, sin embargo, debe expresarse que esta predica ata a todo el conglomerado social, es decir, igual existen unas relaciones de sujeción que, aunque generales, son un vínculo entre la institucionalidad y cada uno de los administrados.

Otto Mayer teoriza que, las relaciones especiales de sujeción conllevan a la división entre *relaciones generales-relaciones especiales* dentro de un marco jurídico y administrativo. Las primeras gobernaban las relaciones del Estado con los ciudadanos que no tuviesen vinculación con él; las segundas daban cuenta de un especial vínculo entre un administrado y el Estado. En este orden, gobiernan los vínculos entre Estado y administrados que no tengan sujeción con aquel; entre tanto las segundas darán cuenta de una especial relación entre un particular y la organización estatal.

¹¹⁷ ARDILA QUIRÓZ, Luis Eduardo. Las Relaciones Especiales de Sujeción entre el Estado y sus Funcionarios. En: revista Logos ciencia y tecnología. 3 (2). 2012. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2LHRXZd>>

[...]“Afirma Otto Mayer que la relación especial de sujeción es un poder jurídico especial jurídico especial para mantener y dirigir a este - al funcionario – en el cumplimiento exacto de sus deberes”¹¹⁸ [...]

Se evidencia que, se mantiene la decisiva influencia histórica de las relaciones especiales de sujeción. Empero, el tono de las mismas se va reduciendo; su importancia comienza a sufrir mengua, toda vez que ya no se protege el deber por el deber sino que el mismo es funcionalizado y, muy especialmente, solo se habla de obediencia al deber y no de fidelidad al Estado.¹¹⁹

Con base en lo anterior, específicamente la doctrina disciplinaria, ha dividido las mencionadas relaciones de sujeción, en generales y especiales; [...] “estando las primeras dentro de las que se dan con cualquier persona y las segundas que se dan con calificación específica”¹²⁰, es decir, las **relaciones especiales de sujeción** se refieren a determinados colectivos: presos, autoridades militares o de policía, etc.; siendo el de mayor relevancia, el de los funcionarios públicos, quienes por su actividad, permiten cristalizar las más altas aspiraciones de la organización estatal: el interés general.

[...] “La vida institucional en Colombia está fundada en la prevalencia del interés general, o cuando menos así lo manda el artículo 1 de la

¹¹⁸ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. 1994. Op. Cit. p.71.

¹¹⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La relación especial de sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (5). 2003. p. 45.

¹²⁰ CÚNINGHAN BENÍTEZ, Sabrina. Regímenes disciplinarios de la fuerza pública relación especial de sujeción y sus diferencias. En: Colección Jurídica Disciplinaria ICDD. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Nueva Jurídica, 2017. ISBN: 9789584669865. Vol. VIII. p. 180.

Carta. Pero este es un concepto esencialmente relacional. El interés será general con respecto a uno particular o a otro menos general, donde el más general de los intereses habrá de prevalecer. Así lo ordena la Constitución"¹²¹ [...]

Debe ser entendido este concepto, que merece especial relevancia, como el que se identifica con el bien común de la **sociedad entera**; felicidad, utilidad, bienestar, sabiendo que al "interés general", se le pueden otorgar acepciones muy amplias, pudiéndose en consecuencia encontrar múltiples sinónimos a lo largo de la literatura jurídica universal V.Gr. bienestar general, interés público, o bien común, esto debido a que se trata de un concepto que no admite cuantificación o una calificación rigurosa, aunque se trate de una realidad necesaria, en un Estado que se organice como Social y de Derecho, tal y como se encuentra Colombia.

Las relaciones especiales de sujeción están comprendidas como un vínculo que se genera entre un individuo calificado y el Estado, concebidas inicialmente como una subordinación y entrega de todos sus derechos y libertades a cambio de la protección del Estado que luego fue evolucionando al punto de limitarse a la existencia de condicionamientos según el vínculo que genere tal sujeción¹²².

La categoría de relaciones especiales de sujeción, conforme hasta lo aquí expuesto, se acuña desde la dogmática jurídica en la era moderna.

¹²¹ EL TIEMPO. El interés general. Por: Eduardo Laverde Toscano. (22 de abril 1996) [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2XUvEps>>

¹²² CÚNINGHAN BENÍTEZ, Sabrina. Op. cit.

García Macho, se considera uno de los pioneros de la teoría en España, al respecto infiere:

[...] “sobre la base de los principios democrático y del Estado de Derecho las relaciones especiales de sujeción, solo pueden ser reconocidas allí donde la constitución lo hace. Esta efectivamente reconoce la existencia de estatus especiales (funcionarios, militares, etc.). Y, consecuentemente, con ello admite restricciones de algunos derechos fundamentales de esos colectivos”¹²³ [...]

Entre tanto Gómez Pavajeau, en Colombia conceptúa favorablemente sobre la figura jurídica de las relaciones especiales de sujeción analizando que:

[...] “categoría dogmática del Derecho público, de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública, es la especial posición jurídica que tiene un servidor público frente al Estado, del cual surgen obligaciones y deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial, en búsqueda de su configuración y encauzamiento en el ámbito de una ética de lo público, que prefiguran de una manera sui generis la estructura de la responsabilidad disciplinaria en el marco del respeto de los derechos fundamentales”¹²⁴ [...]

En esta línea argumentativa José Rory Forero Salcedo, define las relaciones especiales de sujeción como:

¹²³ GARCÍA MACHO, Ricardo. Op. cit. p.252 y 253.

¹²⁴ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; REYES CUARTAS, José Fernando. Estudios de Derecho Disciplinario. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004. ISBN: 9589729770. p.31.

[...] “Aquellos nexos o vínculos estrechos, duraderos y efectivos, que existen entre la Administración Pública y los servidores estatales, esto es, funcionarios y particulares que prestan funciones públicas en Colombia, dada su acentuada dependencia respecto de la misma; y en tanto de las relaciones jurídicas, flexibles, funcionales, juridificadas y constitucionalizadas, facultan a aquella en el marco Social y Democrático de Derecho, para exigirles el cumplimiento de sus deberes funcionales y demandarles en caso de infracción, pero previa garantía de un debido proceso, la responsabilidad que su calidad conlleva, por inobservancia de los valores y principios derivados de la ética del servicio público, en aras de garantizar un fin preciso: la efectividad y excelencia de la administración”¹²⁵

Visto lo anterior y conforme al desarrollo conceptual hecho en los capítulos que preceden esta obra, las relaciones especiales de sujeción por sí solas, hacen que el *ius puniendi* del Estado o su Derecho Sancionador, no pueda ser aplicado desde una misma perspectiva normativa. Al respecto se identifica que:

“el Derecho disciplinario es la rama del Derecho encargada de mantener incólume la función pública, por su parte las relaciones especiales de sujeción emergen en el como un vínculo voluntario entre una persona y la administración, a partir del cual se transfiere la función pública con el objeto de concebir o materializar los fines estatales; por consiguiente se

¹²⁵ FORERO SALCEDO, José Rory. Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano. Bogotá: Universidad Libre, 2011. ISBN: 9789588534619. p. 197.

exige a quien ejerce función pública un determinado comportamiento regulado de forma taxativa por la ley, la constitución y los reglamentos”¹²⁶

Con base en lo anterior, Gómez Pavajeau, presenta la relación especial de sujeción, como una forma de organización que permite la eficacia del Estado y de manera consecuente la aplicación de los derechos fundamentales atadas a esas relaciones de individuos integrados a un ente abstracto denominado Estado, pero con especialidades; y así entonces las RES, se erige como una relación jurídica, mas no como una discrecionalidad absoluta.¹²⁷

Por consiguiente, bajo la evidente exigencia de adecuar el ejercicio de la función pública, a quien está revestido de esta, es menester precisar entonces que al Derecho Disciplinario lo componen el derecho jurisdiccional, el administrativo, el delegado y el organizacional, lo cual deriva diferentes tipos de relaciones especiales de sujeción como se pasa a exponer en líneas siguientes; además de estructurarse diferentes criterios para puntualizar la mentada clasificación.

¹²⁶ CÚNINGHAN BENÍTEZ, Sabrina. Op. cit. p. 197.

¹²⁷ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LOPEZ, Mario Roberto. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9587101251. p.176

1. DE LOS CRITERIOS Y CLASES DE RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN

Las líneas que se han de consignar en este aparte del documento, van a exponer una serie de criterios desde los cuales se organizan las diferentes clases de relaciones especiales de sujeción, con fundamento de manera principal en las aproximaciones conceptuales, que de las RES han hecho diferentes autores de la doctrina jurídica universal.

1.1. CRITERIO JURISDICCIONAL.

Dentro de las relaciones especiales de sujeción, pueden existir diversos tipos que dependen de las modalidades del derecho disciplinario (pues es el que directamente regula las relaciones especiales de sujeción) y su control, en relación al tipo de funcionario público y a la entidad estatal encargada de disciplinarlo, permitiendo observar de este modo que existe derecho disciplinario jurisdiccional y administrativo.¹²⁸

1.1.1. *Jurisdiccional*

El derecho disciplinario jurisdiccional, tiene competencia en materia de relación especial de sujeción respecto a los magistrados de tribunales, jueces y fiscales en ejercicio de sus funciones, se manifiesta a través de las Salas Jurisdiccionales Disciplinarias del Consejo Superior de la Judicatura y Consejos Seccionales de la Judicatura.

¹²⁸ CASTRO ROMERO, Héctor Orlando. Fundamentos de derecho disciplinario. Bogotá: El Profesional, 2015. ISBN: 9789587072624.

1.1.2. Administrativo

El derecho disciplinario administrativo es por naturaleza, sobre el cual recae el control jurisdiccional contencioso administrativo, lo ejerce la Procuraduría General de la Nación, las personerías y las oficinas de control interno disciplinario de las entidades públicas.

Este concepto nace inicialmente en Alemania en la época monárquica, tomando como punto de partida las relaciones generales de sujeción a la que estaban sometidos todos los pertenecientes a la sociedad, tornándose la necesidad de crear un vínculo estrecho para aquellas personas que estuviesen ligados de manera directa con el Estado, permitiendo establecer así características de lo que hoy se conoce como esa tipología:

- 1) Marco jurídico que rige a la sociedad, imponiendo deberes y protegiendo los derechos de todos sus habitantes.
- 2) Un ordenamiento jurídico interno que contenga fines específicos y dirigido a personas determinadas dentro del régimen general, que vienen siendo los funcionarios que pasan a estar ligados con la administración en el cumplimiento de su cometido.
- 3) En lo que no respecta a las funciones que desempeñen quienes se encuentran sometidos a un régimen especial mencionados en el ítem anterior, se encuentran cubiertos por el régimen general.¹²⁹

¹²⁹ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LOPEZ, Mario Roberto. Op. cit.

Ahora bien, las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática se tratan por vez primera en las cortes en 1993¹³⁰, donde se enuncian como el vínculo existente entre el Estado y quienes estén en una relación laboral de subordinación con el mismo, encontrándose en una situación especial frente a la administración, en relación con el resto de la sociedad, siendo el motivo de que estos sujetos sean objeto del Derecho Disciplinario y su comportamiento en relación a la función que desempeñan se encuentre vigilada dentro de un marco jurídico especial, tres años después este concepto ya logra desarrollarse mucho más, contemplando los elementos que lo enmarcan hoy en día¹³¹, y que de dicha relación surjan una serie de responsabilidades y cargas que no tiene un ciudadano común, originadas bien sea en un incumplimiento de sus deberes, una omisión o extralimitación de los mismos, en pro del buen funcionamiento del estado en cabeza de los órganos que lo representan para garantizar el bien común.

Con la aparición del Estado Social de Derecho, la prevalencia de la dignidad humana y los derechos fundamentales se hace un giro en torno al derecho público y los aspectos que a él conciernen, pues el Estado ya no goza de potestades que se encuentren fuera de la regulación del ordenamiento jurídico sino que pasan a existir aspectos en los que el Estado puede intervenir únicamente bajo las condiciones que se consagran en la norma constitucional, como una subordinación plena de la administración estatal, sus actuaciones y organizaciones administrativas al campo del derecho, garantizando que los poderes estatales sean transparentes y los cobije una protección constitucional y legal idónea, lo que tuvo como uno

¹³⁰ Sentencia C-417, 1993. Op. cit.

¹³¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-244, 1996. Op. cit. Sentencia C-280, 1996. Op. cit. Sentencia C-597 (6 de noviembre de 1996) [M.P Alejandro Martínez Caballero]

de sus pilares fundamentales el adecuado acceso a la administración de justicia y la imparcialidad en cuanto al poder judicial.

1.2. CRITERIO LIMITATIVO A LA POTESTAD SANCIONADORA DEL ESTADO.

Para abordar esta clasificación, debe considerarse como marco teórico previo que, dentro de las relaciones especiales de sujeción, los derechos fundamentales y la reserva de ley tiene plena validez, a no ser que la Constitución expresamente establezca restricciones.

Alejandro Nieto García, al respecto indica:

[...] “las relaciones de sujeción especial (también llamadas de supremacía especial, son una vieja creación de derecho alemán imperial, mediante las cuales se justificaba una fuerte intervención sobre determinados sujetos-sin respeto a sus deberes fundamentales ni al principio de reserva legal-que resultaría intolerable para los ciudadanos que se encontraran en una relación de sujeción general”¹³²

Por su parte, García Macho siguiendo las orientaciones de la doctrina alemana moderna establece en relación a los individuos atados a los vínculos de sujeción especial, (indistintamente del modo en que se haya determinado su relación), hay que determinar dos tipos:

¹³² MEJÍA OSSMAN, Jaime. Op. Cit. p. 104-105.

1.2.1. Relaciones especiales de base. (Grundverhältnisse).

Son aquellas que afectan a la esfera de los derechos fundamentales del administrado, pues siempre debe respetarse su contenido y alcance mediante la Ley, es decir que en estas [...] “no se puede restringir los derechos fundamentales, sino es mediante ley que de todos modos deberá respetar su contenido esencial”¹³³

En estas relaciones básicas son intangibles tanto los derechos fundamentales como el principio de legalidad.

1.2.2. Relaciones Especiales de funcionamiento. (Betriebsverhältnisse).

En estas al contrario de las primeras, lo que se busca garantizar es la institucionalidad u organización legitimada, es decir, que por este tipo de relaciones

[...] “debe ser garantizada la actividad cotidiana de la institución (que la prisión funcione o que los maestros puedan enseñar) y, cuando sea necesario para esa actividad, prevalecerá el interés general sobre los derechos”¹³⁴

En este tipo de relaciones de funcionamiento el principio de legalidad se aplica “matizaciones”¹³⁵.

¹³³ JALVO, Belén Marina. Op. cit.

¹³⁴ GARCÍA MACHO, Ricardo. Op. cit.

¹³⁵ Ibid. p. 252 y 253.

1.3. CRITERIO A PARTIR DE LA EXPRESIÓN DEL *IUS PUNIENDI*

Es preciso mencionar a título de antecedente, que el Derecho Disciplinario es una vertiente del *ius sancionador*, que teleológicamente emerge para prevenir y tutelar la efectiva prestación de la función pública, que bien puede resultar conculcada a partir de la infracción de imperativos funcionales.

Entre tanto, el Derecho Disciplinario tiene un trasfondo penal, que con el transcurso ha tenido una evolución tal que ha desencadenado que a aquel campo sea considerado autónomo, con sus propias reglas y con un marco normativo específico, sin embargo se encuentran símiles entre los dos ordenamientos, entendiendo que uno y otro hacen parte del *ius puniendi*, resaltando que en Colombia, los principios del derecho penal son aplicables al disciplinario *mutatis mutandi*¹³⁶.

En éste contexto, es necesario precisar a título de precedente, que todas las expresiones del *ius puniendi*, tienen un fundamento constitucional, en este orden, cualquier garantía que se prevé en favor del administrado, son instituciones que deben estar presentes en toda actuación judicial o administrativa; y es a partir de esta premisa que se erigen dos categorías:

¹³⁶ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La dogmática jurídica como ciencia del derecho. SUS especies penal y disciplinaria. necesidad, semejanzas y diferencias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. ISBN: 9789587728071

1.3.1. Relaciones Especiales Rígidas.

Son propias del derecho penal pues se originan a partir del establecimiento de un tipo penal preciso, describe de manera detallada sujeto activo, pasivo, verbo rector, circunstancias de agravación y atenuación, ingredientes normativos, entre otras; fijando de manera exhaustiva la limitación legal de la conducta.

Instituciones como la igualdad de condiciones, el debido proceso, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, la duda razonable a favor del investigado, la dignidad humana, la favorabilidad y la interpretación más favorable, entre otras, son figuras propias del derecho penal, dentro del derecho sancionador del Estado que en países como Colombia se originan constitucionalmente y por tanto, resultan ser de estricto acatamiento a la hora de considerar las relaciones especiales de sujeción nacidas desde aquel campo del derecho.

1.3.2. Relaciones Especiales Flexibles.

Las faltas disciplinarias que entran en juego a partir de las relaciones de sujeción que nacen en el Derecho Disciplinario, contienen elementos singulares de la función pública que responden a axiomas administrativo-institucionales, que sitúan al operador judicial en un criterio más amplio permitiéndole un margen de interpretación.

Dado lo anterior, es admisible en relación a las prerrogativas mencionadas en el párrafo anterior, una matización o modulación, generándose flexibilidad de garantías y libertades y derechos fundamentales de los

servidores públicos disciplinados que promulgan las relaciones especiales de sujeción¹³⁷.

De esa manera en el Derecho Disciplinario en Colombia, el legislador dejó en manos del indagado o investigado la designación de defensor al ser oído en versión libre durante el curso de cualquier etapa de la actuación y hasta antes del fallo de primera instancia; a diferencia del derecho penal en el que, el investigado debe concurrir a la diligencia de indagación con su defensor so pena de vulnerársele el derecho de defensa y el principio constitucional de contradicción.

En sentencia C-427 de 1994, citada en la sentencia C-708 de 1999 y C-948 de 2002, ambas con ponencia de Álvaro Tafur Galvis, expresa:

[...] “La prohibición de la conducta delictiva involucra un conjunto de patrones que establecen una precisión tipológica en la que se describen de manera detallada los elementos conformantes del tipo, de manera que, el sujeto activo, conducta, intención, sujeto pasivo y circunstancias llevan en el procedimiento penal una exhaustiva delimitación legal de las conductas; mientras que en la definición de las faltas disciplinarias, entran en juego, elementos propios de la función pública que interesan por sobre todo a contenidos político-institucionales, que sitúan al superior jerárquico en condiciones de evaluar con mayor **flexibilidad y de acuerdo con criterios que permiten un más amplio margen de apreciación**, tal como lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos

¹³⁷ MEJÍA OSSMAN, Jaime. Op. Cit. p. 114

Humanos, órgano competente para interpretar y aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos” (Negrilla propia)¹³⁸

[...] “De acuerdo con la actual jurisprudencia constitucional y con algunos conceptos doctrinales, las Relaciones especiales de sujeción al parecer quieren formar parte de nuestra Carta Política de 1991, el derecho alemán imperial las vio nacer, permitiendo que los principios constitucionales se puedan aplicar e interpretar en el derecho disciplinario con matizaciones, modulaciones, limitaciones, morigeraciones, mayor flexibilidad, menor intensidad, en diferentes grados de movilidad, menor rigurosidad y mutandis mutandi con relación al derecho penal; Es decir, que las Relaciones especiales de sujeción, por si solas, hacen que el derecho punitivo del Estado o derecho sancionatorio, no pueda ser interpretado y aplicados desde la misma perspectiva constitucional, porque según intérpretes de esta compleja disciplina, al derecho disciplinario hay que comprenderlo, desde el panorama constitucional, con matizaciones, modulaciones, limitaciones, morigeraciones, mayor flexibilidad, menor intensidad, en diferentes grados de movilidad, menor rigurosidad y mutandis mutandi con relación a esa otra disciplina del derecho punitivo o sancionador a la cual ya nos referimos, simplemente porque así lo dice la máxima autoridad de control constitucional”¹³⁹ [...]

¹³⁸ Ver también CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-406 (4 de mayo de 2004). [M.P. Clara Inés Vargas Hernández] y C-507 (6 de julio de 2006). [M.P. Álvaro Tafur Galvis]

¹³⁹ MEJÍA OSSMAN, Jaime. Op. Cit. p. 91-93.

1.4. CRITERIO A PARTIR DEL CONCEPTO DE NECESIDAD

Las relaciones especiales de sujeción como se ha establecido, son una categoría dogmática, de origen Alemán, que permite, entre otras circunstancias, justificar no solo la autonomía del derecho disciplinario, además del *ius puniendi* propio de la organización Estatal, en este orden aquellas se erigen sobre la base de un Estado democrático y de Derecho que de manera permanente, reconoce la existencia de estatus especiales (funcionarios, militares, presos), y en consecuencia se admite algunas restricciones de esos colectivos en proporción al buen funcionamiento de la institucionalidad, de lo cual emerge la siguiente clasificación:

1.4.1. Relaciones de Sujeción Permanentes.

Surgen en aquellas situaciones en las cuales la administración o el Estado, considerado desde el punto de vista político administrativo y el administrado o particular conviven todo el día, *verbi gracia*: fuerzas militares o de policía, presos, entre otros.

1.4.2. Relaciones de Sujeción Intermitentes.

Surgen igualmente en aquellas situaciones en las cuales, el ente estatal y el particular o administrado conviven pero en el curso de parte del día *verbi gracia*; funcionarios, estudiantes, sin que ello eluda plantear una relación sobre bases constitucionales, en donde el sujeto se le reconoce no solo como asociado, sino como sujeto de derechos fundamentales entendiendo que la tarea en la actualidad se encuentra en armonizar las exigencias

individuales con los postulados elementales que demanda un Estado Social y Democrático de Derecho.

1.5. CRITERIO A PARTIR DEL CONCEPTO DEL NON BIS IN ÍDEM Y DEL QUEBRANTAMIENTO DEL ORDEN JURÍDICO

Esta clasificación encuentra su razón de ser a partir de la infracción a un orden y en consideración del principio *non bis in ídem*.

El *non bis in ídem* se entiende como principio general de anclaje constitucional y rector del derecho, como también del principio de prejudicialidad penal o preferencia penal en el enjuiciamiento y sanción de los hechos -que a su vez se constituye en una de las vertientes procesales del referido principio¹⁴⁰ con la finalidad de evitar la duplicidad de consecuencias jurídicas sobre un mismo hecho.

Efectivamente:

“El principio de non bis in ídem en su vertiente procesal y material constituye uno de los criterios fundamentales a la hora de delimitar la concurrencia sancionadora existente entre los órdenes penal y administrativo sancionador. Sin embargo, es un principio que no tiene plasmación constitucional expresa en España y cuyo reconocimiento y desarrollo ha recaído en manos de la jurisprudencia constitucional¹⁴¹; Situación contraria sucede en otros países como Alemania, que en su

¹⁴⁰ MUÑOZ LORENTE, José. La nueva configuración del principio de non bis in ídem. Madrid: La Ley, 2001. ISBN: 9788497250566

¹⁴¹ NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit.

Grundgesetz (art. 103.3), reconoce de forma expresa el principio, aunque con ciertas connotaciones, el mencionado principio¹⁴²; En la misma línea que el derecho alemán, el constituyente colombiano consagro de forma expresa en el artículo 29¹⁴³, dentro de las garantías del debido proceso, el principio de non bis in ídem en los siguientes términos: El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho"¹⁴⁴

"Sin lugar a dudas, la expedición de la Constitución de 1978 en España y de la Constitución de 1991 en Colombia supuso un cambio radical en el respeto y garantía del principio de non bis in ídem, al implantar las bases de un régimen sancionador del que se deriva la imperiosa observación y aplicación de la interdicción de la concurrencia sancionadora"¹⁴⁵

1.5.1. Relaciones especiales de sujeción conexas

Intentando lograr una aproximación conceptual se toma la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, el que admite la coincidencia en un mismo individuo y para los mismos hechos tanto de una sanción penal como

¹⁴² BENLLOCH PETIT, Guillermo. El principio de non bis in ídem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario. En: Revista del poder judicial. (51). 1998. p. 316-317; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. Hacia una interpretación plausible del delito patrimonial continuado. En: Jueces para la democracia. (38). 2000. p. 30-38. NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit. p. 474, 415 y 416

¹⁴³ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit.

¹⁴⁴ Ibid.

¹⁴⁵ Citado por RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. El principio de non bis in ídem como pilar fundamental del estado de derecho. aspectos esenciales de su configuración. universidad católica de Colombia. [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2Gq5MqK>>

de una de carácter administrativo, siempre que esté basada en una relación de supremacía especial dado que uno y otro marco normativo protege bienes jurídicos absolutamente diferentes¹⁴⁶ “Las relaciones de poder tienen como consecuencia el debilitamiento expreso del principio de legalidad y del *non bis in ídem*”¹⁴⁷

1.5.2. Relaciones especiales de sujeción coexistentes

Figuran estas a partir de la infracción a un orden, bien, en el derecho penal o en el área administrativa. En este orden si uno de los fundamentos del *ius sancionador* del Estado es la necesidad de preservar el orden de la institucionalidad legítimamente constituida, existe un fondo común entre la potestad correctiva propia del área penal y la disciplina, porque en ambos casos el fin último es la organización del Estado, razones estas que permiten establecer esta clase de relación de sujeción especial, en la que no se puede separar el fundamento de la potestad disciplinaria y de la correctiva. Así las cosas, se destaca una identidad de principios, tanto en lo sustancial como en lo procedimental, entendiendo que se persigue desde el poder sancionador del Estado un mismo fin: *El interés general*.

¹⁴⁶ LAFUENTE BENACHEZ, Mercedes. El régimen disciplinario de los funcionarios Públicos de la Administración del Estado. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. ISBN: 9788480024068. p. 144 y 145, sobre el particular, expresa. “las sanciones previstas para castigar una misma acción en el orden penal y administrativo despliegan sus efectos en ámbitos absolutamente diferenciados, las penales afectan al inculpado como ciudadano y las disciplinarias como funcionarios, miembro de una organización en la que presta sus servicios, por lo que el efecto aflictivo de estas incide exclusivamente en la relación funcional y va desde el apartamiento definitivo o temporal de ese funcionario, a la ruptura de la relación organizativa que conlleva su puesto de trabajo o la corrección sobre el desenvolvimientos de la función por el desarrollada”

¹⁴⁷ VASCONCELOS ALBUQUEQUE, Nuno J. La Función Pública como Relación Especial de Derecho Público. Porto: Ediciones Almeida & Leitao, 2000. p. 398.

1.6. CRITERIO A PARTIR DEL CONCEPTO DEL PODER DISCIPLINARIO.

En el curso de la historia jurídica y administrativa de Colombia, se ha impuesto el principio que la facultad disciplinaria es una sola; sin embargo ésta cuenta con dos escenarios de aplicabilidad, uno el de carácter interno, que identifica a un nominador o superior jerárquico que investiga o ejerce un control preventivo sobre la conducta de un sujeto subordinado, cuyo ejercicio es de carácter **permanente**, y el otro, de carácter externo, que se cifra en el poder que despliega los representantes del Ministerio Público: Procuraduría General de la Nación y Personerías Municipales, el que es ejercido de manera **preferente**, colorario de lo anterior entonces, bien se puede establecer, la siguiente clasificación¹⁴⁸:

1.6.1. *Relación Especial de Sujeción Moderada*

Si bien las exigencias que se tiene en este tipo de relación de sujeción, son mayores a las que cobijan al ciudadano del común (relación general de sujeción), la carga que soporta el administrado, no es de la misma magnitud o grado de la que sufren otros sujetos disciplinables; ejemplo de ello, son los particulares que ejercen una función pública.

La responsabilidad disciplinaria se predica *ab-inicio* de los servidores públicos, sin embargo, atendiendo que la organización o institucionalidad del Estado, bien puede no contar con la capacidad suficiente para asumir todas y cada una de sus funciones y servicios, en virtud al marco normativo

¹⁴⁸ MARTÍNEZ GELVES, Liz Madeleine. Transformación de las relaciones especiales de sujeción: de la subordinación laboral a la relación funcional, Tesis especialización, 2015, [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/32MOOfO>>

que lo erige, permite que sean prestados por particulares y que por tanto, su ejercicio conlleve la asunción de algunas responsabilidades que deben ser regladas, a fin que trasluzcan la consecución de los fines del Estado perseguidos.

[...] “Es así como algunos servicios del Estado son prestados por particulares, entonces es importante establecer dentro del régimen disciplinario cuál es su responsabilidad, además de la de los funcionarios, quienes son sujetos disciplinables dentro de nuestro ordenamiento jurídico y como se configuran las relaciones espaciales de sujeción para los mismos”¹⁴⁹

Debe ser claro, que en Colombia, en virtud del artículo 25 de la Ley 1952 del año 2019¹⁵⁰, en consonancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998¹⁵¹, tratándose de manejo de recursos públicos por parte de servidores, el ordenamiento dispone una serie de procedimientos de planeación, contratación y ejecución, dado que el manejo de esos recursos involucra el interés general, por cuanto, además de ser un contribución al Estado, su destinación implica el cumplimiento de los fines de este; de conformidad con el artículo 123 de la Constitución:

¹⁴⁹ CÚNINGHAN BENÍTEZ, Sabrina. Op. cit.

¹⁵⁰ Ley 734, 2002. Op. cit. Art. 25. “Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos, aunque se encuentren retirados del servicio y los particulares contemplados en esta ley; Para efectos de esta ley en concordancia con el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 son servidores públicos disciplinables los gerentes de cooperativas, fundaciones, corporaciones y asociaciones que se creen y se organicen por el Estado o con su participación mayoritaria; Los indígenas que ejerzan funciones públicas o administran recursos del Estado, serán disciplinados conforme a este código”

¹⁵¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 489 (29 de diciembre de 1998). “Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones” Diario Oficial No. 43.464

“son servidores públicos, los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades territoriales descentralizadas territorialmente y por servicios”¹⁵²

“Estos servidores están al servicio del Estado y de la comunidad, y ejercen sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley o el reglamento, siendo competencia del legislador determinar el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas. Lo que quiere decir que es la propia Constitución (artículo 124) la que le otorga al legislador la facultad para determinar el régimen aplicable a los servidores públicos, su responsabilidad y la manera de hacerla efectiva. Por tanto, al establecer la Ley 489 de 1998, que algunas las entidades descentralizadas por servicios, se rigen por el derecho privado, se puede considerar que corresponde al legislador establecer los eventos en que dichos trabajadores pueden ser considerados como servidores públicos, según el grado de responsabilidad en la ejecución y manejo de los recursos del Estado”¹⁵³

Por otra parte, en relación a los indígenas les será aplicable este régimen siempre y cuando administren recursos del Estado, recordando lo dispuesto en la Ley 715 de 2001, en su artículo 83, dispone que:

“los recursos asignados a los resguardos indígenas serán administrados por el Municipio en el que se encuentra el resguardo respectivo, y ejecutados a través de la celebración de contratos entre la Entidad Territorial y las

¹⁵² Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit. art. 123

¹⁵³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-127 (18 de febrero de 2003). [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]

autoridades del resguardo, situación que varía cuando los resguardos se erijan como Entidades Territoriales, pues entonces sus autoridades recibirán y administrarán directamente la transferencia”¹⁵⁴

Necesario acotarse que el estatuto anticorrupción en Colombia, ley 1474 del año 2011, busca puntualizar las categorías de los particulares como receptores del derecho disciplinario, y así verter los baches que se encontraban en el estatuto único disciplinario, por lo que ya hoy, no existe manto de duda, de quienes cumplen labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales y quienes administran recursos públicos, sin embargo, lo que genera disparidad en criterios, es lo que respecta al ejercicio de funciones públicas por los administrados.

En virtud a lo anterior, a título de aproximación conceptual, es admisible indicarse que toda actividad que un particular ejerza, previa autorización conferida legalmente por el Estado, y que comprenda la materialización de una acción que sean de aquellas que le competan de manera directa a las instituciones legítimamente constituidas, debe entenderse como función pública¹⁵⁵.

¹⁵⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 715 (21 de diciembre de 2001). “Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros” art 83.

¹⁵⁵ La convención interamericana contra la corrupción – Venezuela 1.996, aprobada en Colombia, mediante la Ley 412 de 1.997, define por primera vez que se entiende por función pública: [...] “Artículo I: *Definiciones Para los fines de la presente Convención, se entiende por: “Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria; realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”*

Ahora bien, debe ser claro, que la Constitución Política, describe todas y cada una de las acciones que se entienden como función pública. Así, de un lado enuncia las cargas propias de los servidores públicos encaminadas a cristalizar los fines a cargo del estado¹⁵⁶. Igualmente reseña como función pública la administración de justicia¹⁵⁷, y finalmente indica el control fiscal como aquella que ejerce la Contraloría General de la República¹⁵⁸.

Así las cosas, en la medida en que la Constitución y la ley faculten al administrado para la ejecución de funciones públicas que de entrada correspondan a entes del Estado y servidores públicos, la responsabilidad de aquellos debe ser observada inequívocamente desde la óptica del cumplimiento de lo encomendado, toda vez que como titular de funciones públicas obtiene la calidad de sujeto calificado y en consecuencia no

¹⁵⁶ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit. art 122. [...] “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente. Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas. Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público” [...]

¹⁵⁷ Ibid. art 228. [...] “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo” [...]

¹⁵⁸ Ibid. art 267 [...] “El control fiscal es una función pública que ejercerá la Contraloría General de la República, la cual vigila la gestión fiscal de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la Nación; Dicho control se ejercerá en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley. Esta podrá, sin embargo, autorizar que, en casos especiales, la vigilancia se realice por empresas privadas colombianas escogidas por concurso público de méritos, y contratadas previo concepto del Consejo de Estado; La vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales. En los casos excepcionales, previstos por la ley, la Contraloría podrá ejercer control posterior sobre cuentas de cualquier entidad territorial” [...]

puede equipararse éste al resto de particulares, o lo que es lo mismo, se configura una relación especial de sujeción.

1.6.2. Relación Especial de Sujeción Intensificada

De plano debe señalarse que el poder disciplinario encuentra su justificación en la teleología del Estado, lo cual importa un marco normativo que se erige para regular las conductas de su personal, fijando imperativos y cargas de quienes lo integran, describiendo los comportamientos y las sanciones correspondientes a más de los procedimientos para aplicarles, con base en lo anterior, la responsabilidad disciplinaria, está vinculada desde el concepto de una relación de sujeción especial que nace en la calidad de servidor público, de quien se exige un determinado comportamiento en el cumplimiento y ejercicio de sus funciones, indistintamente de cual sea la institución o la rama a la que pertenecen.

En este orden, la sujeción especial que se trata, se asocia a una configuración del servicio propio de las instituciones legítimamente constituidas como Estado, como una obligación de Derecho Público en virtud al cual el particular sin que se le trasgredan sus derechos fundamentales¹⁵⁹, dada su calidad debe prestar en estricto sentido, su actividad a favor del Estado, lo que le impone una serie de cargas, absolutamente diferenciales e intensas, en contraste con las de un

¹⁵⁹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Lecciones de Derecho Disciplinario. Vol. 9. Bogotá: Procuraduría General de la Nación; Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2008. [...] “Este aspecto en un Estado de Derecho, es hoy indiscutible. Esa relación es entonces una relación jurídica y supone una posición jurídica de los sujetos, compuesta por una situación de poder y una situación de deber, en la cual tanto la administración como el servidor tienen obligaciones y derechos. Aun sometido a restricciones muy rigurosas, el servidor no solamente tiene deberes, y en todo caso, la relación no puede conducir a una restricción total de derechos fundamentales” [...]

ciudadano común, pues la función de aquel se trasluce en los cometidos Estatales que en ultimas representa el interés general.

La doctrina nacional coincide en que el fundamento de esta modalidad, normativamente descansa en el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia¹⁶⁰, regla en la que específicamente se consagra un régimen de responsabilidad diferenciado; demandándose para los servidores del Estado unas responsabilidades acentuadas en relación con los particulares, pues aquellos responden por el abuso o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, a más del quebrantamiento del orden jurídico, mientras que estos solo comprometen su responsabilidad por este último aspecto.

De lo dicho entonces se comprende que el régimen disciplinario no es solo distinto para unos y otros, sino que es más intenso y exigente para los agentes del Estado *verbi gracia*: funcionarios públicos, fuerzas militares o de policía. Nota que debe agregarse, es que los servidores públicos solo pueden hacer aquello para lo cual cuenten con expresa autorización, a diferencia de los ciudadanos comunes que no comprometen su responsabilidad siempre y cuando no incurran en conductas expresamente prohibidas.

En Colombia, constitucional y legalmente se exige con mayor rigurosidad al servidor público que desempeñe sus funciones de manera cabal, pues de por medio está la eficiencia, pero por sobre todo la eficacia de las instituciones estatales, que desde la dogmática jurídica guardan axiomas como la legalidad, honradez, lealtad e imparcialidad, entre otros, lo cual

¹⁶⁰ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit. art 6o. "Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones"

entonces, genera de manera concomitante, la observancia de tales por quien desempeña un empleo, cargo o función, teniendo claro, eso sí, que además de cumplir deberes, respetar prohibiciones y estar sometido a un régimen de inhabilidades e incompatibilidades y conflicto de intereses, también es sujeto de derechos y prerrogativas; a sabiendas que la relación especial de sujeción en un Estado moderno, se sostiene no solo en la responsabilidad que genera cualquier comportamiento, contrario a los postulados básicos de la función pública, sino que además encuentra justificación en el respeto de los derechos, libertades y prerrogativas fundamentales que a este le asisten; subrayándose que quien decida asumir un rol como servidor público, se acoge a un régimen estatutario, y se somete a sus preceptos, siendo de manera paralela libre de hacerlo y de abstenerse, pero nunca de sustraerse.

Así las cosas, la relación especial de sujeción bajo examen, bien puede definirse como aquel vínculo estrecho entre Administrador y Administrado, generando una relación tal que *“el segundo se compromete a respetar y cumplir los límites que le imponen las funciones asignadas”*¹⁶¹. Ejemplo de ello es la relación que se tiene entre el Estado y los miembros de la Fuerza Pública, como quedo visto en las líneas que preceden.

Como se ha tratado, las relaciones especiales de sujeción tienen un nexo directo y desprendido de las relaciones generales de sujeción y su necesidad de incrementar el control estatal y de sus instituciones por medio de instrumentos jurídicos para el mejor funcionamiento del mismo y el cumplimiento de sus fines, que se entenderían como “relaciones de sujeción

¹⁶¹ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Lecciones de Derecho Disciplinario. Vol. 2. Bogotá: Procuraduría General de la Nación; Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2008.

moderadas"¹⁶², sin embargo, de esta conexión especial entre funcionarios de la administración y Estado se desprende un nivel de mayor exigencia conocido como "relaciones de sujeción especial intensificadas"¹⁶³, las cuales se rigen por los parámetros generales aplicables a todos los servidores públicos y además de ello poseen unos deberes y obligaciones especiales para el ejercicio de su función.

1.7. CRITERIO A PARTIR DEL RÉGIMEN SANCIONATORIO.

Si bien el Estado tiene el imperativo y la potestad de velar por la eficacia de sus instituciones y organizaciones político-administrativas, a través de la función pública, también es cierto que debe garantizar el normal desarrollo de la nación, entendida esta como, un conglomerado de personas de un mismo origen que comparten entre otros vínculos religiosos, históricos, etc., teniendo conciencia entonces de pertenecer a idéntica comunidad a partir de su idiosincrasia.

Visto lo anterior, el Estado impone unos códigos de orden particular que no solo permita la regulación del vínculo entre el particular y este, sino además entre los mismos pares (particulares) pero claro siempre bajo la vigilancia y control del estamento gubernamental.

Consideraciones anteriores entonces, de las que emergen las siguientes modalidades:

¹⁶² GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LOPEZ, Mario Roberto. Op. cit.

¹⁶³ Ibid.

1.7.1. Relación Especial de Sujeción Especializada

Este tipo de Relación Especial hace referencia a aquellos ciudadanos que, aunque no tiene un vínculo directo con la organización del Estado, desde lo político, o administrativo, hacen parte de colectivos, o gremios específicos a partir de la profesión u oficio que desarrollan en el seno mismo de la sociedad.

Aquellas asociaciones entonces cuentan con códigos propios de ética profesional, los cuales se encuentran ligados a una intervención estatal pese a ser profesionales liberales tal como sucede con los Abogados, Médicos, Ingenieros y Contadores, quienes deben desarrollar sus actividades no sólo conforme con los conocimientos propios de su ciencia y de acuerdo a estándares mínimos de calidad, sino además con apego a la ley y a las autoridades competentes quienes se encargan de velar por el pleno desarrollo y la ética profesional de las labores que ejecutan, lo cual tiene un desarrollo constitucional, V.Gr. artículo 26 de la Constitución Política.

“art 26: Toda persona es libre de escoger profesión u oficio; La ley podrá exigir títulos de idoneidad; Las autoridades competentes inspeccionarán y vigilarán el ejercicio de las profesiones; Las ocupaciones, artes y oficios que no exijan formación académica son de libre ejercicio, salvo aquellas que impliquen un riesgo social; Las profesiones legalmente reconocidas pueden organizarse en colegios; La estructura interna y el funcionamiento de éstos deberán ser democráticos; La ley podrá asignarles funciones públicas y establecer los debidos controles”¹⁶⁴

¹⁶⁴ Constitución Política de Colombia, 1991.Op. cit. art.26

A los ciudadanos que ostenten una profesión liberal, no les puede ser extraño, el elemento dogmático bajo examen, teniendo como referencia que su rol tiene un impacto social que puede generar circunstancias de justicia o injusticia, es decir, que cada profesión está impregnada y sujeta a mandatos constitucionales y legales que trascienden la mera condición de ser persona o particular,

La relación de sujeción, puede fincarse en la participación en cuanto al papel, rol o actividad que devengan de la profesión u oficio, que de entrada deben alinearse a los fines del estamento Estatal, en otras palabras ese singular ciudadano debe desde su actividad profesional irradiar a su comunidad dada la relevancia de las consecuencias de sus actos, de tal modo que esta relación especial de sujeción, se fundamenta en un deber de ética especializada que indiscutiblemente se enmarca en la observancia de los deberes propios de cada profesión u oficio.

Consecuente, baste con la verificación que el deber funcional que ha sido quebrantado por el profesional de manera sustancial, para que proceda la acción disciplinaria.

Los deberes profesionales, son pieza clave en la conservación de la credibilidad y del bien común, primero, porque son el ethos de la construcción social, y segundo, en el entendido que este tipo de sujeción parte de un precepto de libertad personal de escogencia de profesión que a su vez es de carácter constitucional, está impregnada por la teoría de los deberes, si se identifica, que cada uno de quien ostenta un arte o profesión, desde este rol debe observar “la Constitución y la Ley”.

1.7.2. Relación Especial de Sujeción Degradada o Privada

Este tipo de sujeción se origina en un ámbito netamente privado o empresarial, lo que requiere un menor sacrificio a la hora del desarrollo del cargo así como un menor compromiso social, pues si bien se deben tener todas las precauciones del caso en la realización de su función no compromete directamente los fines del Estado y no es éste el encargado directo de velar por el correcto funcionamiento de las actividades desarrolladas, además al ser ajeno al ámbito de la función pública ya se puede hablar de responsabilidad únicamente por acción.

1.7.3. Relación especial de sujeción con personas privadas de la libertad

Teniendo en consideración, que el Estado como ente abstracto y complejo integra elementos de carácter jurídico, político, administrativo y social, buscando a su vez garantizar y promover los derechos fundamentales que le asisten a todos y cada uno de sus asociados, a más de perseguir un desarrollo económico, preservando la sana y pacífica convivencia que redunde en el fin último, que es, el bienestar general, debe considerarse que aquella institucionalidad cuenta con diferentes mecanismos de control, como instrumentos para en ultimas educar y socializar a sus individuos.

En esta lógica, surge el derecho penal, como instrumento de control social que conlleve entonces a la creación de normas de tal carácter y la imposición de una sanción a los particulares que despliegan conductas que merezcan tal reproche, clarificando eso sí, que la potestad que se dibuja, como ha quedado visto, en líneas anteriores, no será ilimitada, pues la

institucionalidad habrá de operar entre otros principios bajo la racionalidad y proporcionalidad.

Con este contexto, se puntualiza que este último tipo de relación especial se da respecto de las personas que una vez estuvieron insertas en las relaciones generales de sujeción, pero debido a sus acciones, y dentro del ordenamiento jurídico que rige a la sociedad, en el marco del derecho penal fueron privados de la libertad a fin de mantener el sano desarrollo de la vida en sociedad y proteger los fines del Estado y los intereses de todos los habitantes.

Los presos en consecuencia de lo anterior, además de hallarse sujetos a unas relaciones generales, lo están a una relación especial de sujeción debido a conductas que merecen reproche y por ende sanción al resultar contrarias al orden y organización del Estado.

Según Ricardo García Macho, entre los colectivos a los que se le aplica, relaciones especiales de sujeción, se encuentran, el de los particulares privados de la libertad y al respecto ha referido:

[...] “El sometimiento mayor en las relaciones especiales de sujeción se produce con los presos, que son excluidos de la comunidad jurídica y como ciudadanos perdían prácticamente sus derechos. Los primeros centros correccionales, sin embargo, más que preocuparse de la privación de la libertad, tenían como objetivo la educación y mejora personal de los allí reclusos, entre los cuales se encontraban mendigos y vagabundos. Posteriormente, este tipo de centros degenera en la época del Estado-policía. Los centros penitenciarios tienen una función

preventiva y entonces se preocupan más de garantizar la seguridad de la comunidad que de la mejora personal del recluso; Se clasifican en centros dependiendo de la peligrosidad de aquel, y solamente se obtiene la libertad si se demuestra fehacientemente una mejora sustancial en la conducta; Durante la época liberal se hace estricto hincapié en el sistema de alistamiento del recluso en consideración de las posibles mejorías o cambios de la conducta; se produce, por tanto, una separación entre legalidad y moralidad; El Estado no tiene que preocuparse por la recuperación moral, sino únicamente de reprimir las conductas delictivas. Le interesan las conductas pasadas, no las futuras; En este contexto, los derechos del preso dentro del recinto penitenciario son inexistentes, no cabe protección de este frente a la potestad disciplinaria arbitraria y el Derecho no ofrece garantías en esta esfera si se producen infracciones por los poderes facticos. El preso se encuentra en una relación en la cual no tiene más que obligaciones y, por ello, no se puede infringir sus derechos; Sencillamente no los tiene"¹⁶⁵ [...]

La cuestión descrita en las líneas que preceden se mantuvo hasta la sentencia del *Bundesverfassungsgericht* alemán del 14 de marzo de 1972¹⁶⁶, en la que se divide de manera radical la tesis vigente hasta tal momento y se aplica en estricto sentido el principio de legalidad, sosteniéndose que los derechos fundamentales de los reclusos solo pueden ser restringidos o por la ley o con fundamento en la misma.

Dicho lo anterior, debe resultar claro que las personas privadas de la libertad no ostentan garantías de menor categoría, llanamente tienen limitaciones

¹⁶⁵ GARCÍA MACHO, Ricardo. Op. cit. p. 53-54.

¹⁶⁶ Sentencia BVerfGE 33, 1 (15), 1972. Op. cit.

en el ejercicio de sus derechos, o restricciones si se quiere, y cuando esta situación no acontece, es decir, cuando la pena infligida no se halla en contraposición con ejercicio pleno de un derecho este deber ser tutelado y protegido como el de cualquier otra persona.

En este orden, la Corte Constitucional colombiana se pronuncia e identifica un régimen jurídico especial al que se encuentran sometidas las personas que han sido privadas de la libertad, con algunas restricciones de sus derechos fundamentales y una subordinación debido a la obligación que tienen por su condición de responsables dentro del marco del derecho penal, utilizando por primera vez la expresión de "relación especial de sujeción" entre la autoridades penitenciarias y las personas que han sido privadas de la libertad en 1992, Sentencia T-596 con posterior desarrollo en varios pronunciamientos, V.Gr. T – 572 de 2005, que expone:

[...] "Cuando una persona privada de la libertad es internada en un establecimiento carcelario, se establece entre ella y el Estado (por medio de las autoridades penitenciarias) una relación que la jurisprudencia constitucional ha calificado como de *especial sujeción*; Los rasgos distintivos de este tipo de relación han sido señalados reiteradamente por esta Corporación y son los siguientes: i) La subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); ii) Como consecuencia de dicha subordinación el interno está sometido a un régimen jurídico especial, el cual incluye controles disciplinarios y administrativos, y la posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso de algunos catalogados como fundamentales; iii) El ejercicio de la potestad disciplinaria especial y la limitación de los derechos fundamentales por parte de las autoridades penitenciarias debe estar autorizado por la Constitución y la ley; iv) La

finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar el ejercicio de los demás derechos de los internos (con medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena: la resocialización; v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos, salud) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado, lo cual implica que en algunos casos las autoridades públicas están obligado al desarrollo de conductas activas que permitan el efectivo goce de los derechos"

CONCLUSIONES

Partiendo de la Constitución Nacional de 1886, podemos encontrar que en el título V “de los poderes nacionales y del servidor público”:

“Artículo 65: Ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución, y de cumplir con los deberes que le incumben, se contempla una aproximación a lo que son las relaciones especiales de sujeción respecto al vínculo existente entre Estado – funcionario público en donde el segundo le debe obediencia y salvaguarda al primero”¹⁶⁷

Asimismo, en 1991, con la nueva Constitución Política de Colombia por medio de la cual se pasa de ser un Estado de Derecho a un Estado Social y Democrático de Derecho, podemos observar en su título V “de la organización del Estado”, “capítulo II, de la función pública” que se establece igualmente un deber de obediencia hacia el Estado, la constitución y las leyes con el fin de garantizar una buena prestación del servicio público en aras del favorecimiento a la comunidad, aclarando y dando potestad al legislador de la determinación tanto de su responsabilidad como la manera de efectivizarla en cuanto al ejercicio de su funciones.

Con la constitución de 1991 y aunque no se exprese de manera taxativa el termino de relación especial de sujeción entre funcionarios públicos y Estado, existe un desarrollo legal de dicha figura para el año 2002, con la

¹⁶⁷ Constitución Nacional de Colombia, 1886. Op. Cit.

expedición de Ley 734 por medio de la cual se expide el Código Disciplinario Único, recientemente derogado por la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, norma que a propósito establece un control más efectivo aplicable a la acción disciplinaria de manera específica, abarcando todos los vacíos e inconsistencias que padecía el anterior Código y de este modo poder tener un control más efectivo sobre faltas, sanciones, derechos, prohibiciones y demás aspectos vinculantes a los funcionarios públicos a fin de que no existan acciones, omisiones o extralimitaciones que afecten los pilares del Estado, garantizando una correcta y efectiva prestación del servicio de lo público.

En efecto, el mecanismo que apoya, regula y hace efectivas dichas relaciones de sujeción especial es el Derecho Disciplinario, el cual tiene manifestación vigente en la legislación colombiana a través de la Ley 1952 de 2019, controlando las funciones de aquellos que administran lo público e imponiendo las sanciones respectivas, es clave resaltar que además de lo mencionado deben obrar bajo unos principios que son los de la dignidad humana, legalidad, proporcionalidad, igualdad, favorabilidad, debido proceso, derecho de defensa, presunción de inocencia, congruencia, entre otros¹⁶⁸.

El marco normativo en cita regula las relaciones especiales teniendo de presente el Estado Social de Derecho, cambiando el concepto de sujeción especial, pues el Estado pasa a ser más garantista y respetuoso de la ley, empezando así a existir regulación sobre temas que antes se tornaban un

¹⁶⁸ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1952. (28 de enero de 2019). "Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario" Libro I, Parte General Título I, Principios y normas de la Ley disciplinaria.

poco arbitrarios, en esta nueva forma de Estado prima el concepto de dignidad humana y de derechos fundamentales, se otorga al colectivo social una mayor interrelación con las funciones que ejerce el poder público y se somete todo lo concerniente a la administración estatal y a su organización interna a una regulación legal en procura del buen desarrollo del mismo y el acatamiento de un orden constitucional y legal establecido que es la guía de ruta para ciudadanos y gobernantes.

Con la aparición del Estado Social de Derecho y la prevalencia de la dignidad humana y los derechos fundamentales se hace un giro en torno al derecho público y los aspectos que a él conciernen, pues el Estado ya no goza de potestades que se encuentren fuera de la regulación del ordenamiento jurídico sino que pasan a existir aspectos en los que el Estado puede intervenir únicamente bajo las condiciones que se consagran en la norma constitucional, como una subordinación plena de la administración estatal, sus actuaciones y organizaciones administrativas al campo del derecho, garantizando que los poderes estatales sean transparentes y los cobije una protección constitucional y legal idónea, lo que tuvo como uno de sus pilares fundamentales el adecuado acceso a la administración de justicia y la imparcialidad en cuanto al poder judicial.

Jurisprudencialmente observamos que la relación especial de sujeción en Colombia, se concreta en el Derecho Disciplinario y la potestad sancionadora que tiene la administración pública en cabeza del Estado de sancionar a sus propios funcionarios, controlando el cumplimiento efectivo de sus deberes y obligaciones, vigilando que no se cometan faltas, extralimitaciones u omisiones en relación al cargo o función desempeñada,

como elemento básico y esencial para el cumplimiento de los fines y pilares fundamentales del Estado Social Derecho¹⁶⁹

Por lo tanto, el alcance de la potestad sancionadora del Estado a través del Derecho Disciplinario para sus funcionarios y en pro de la buena administración y cumplimiento de los fines estatales, del mismo modo reconoce que es una disciplina que se nutre de otras ramas del derecho para su correcto funcionamiento sin que esto le reste autonomía como derecho sancionador y revela la importancia de esta categoría dentro del ordenamiento jurídico y su constitucionalización.

¹⁶⁹ Sentencia C-125, 2003. Op. cit. CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SALA PLENA. Sentencia T-1108. (5 de diciembre de 2002) [M. P. Álvaro Tafur Galvis]. Sentencia T-1190 (4 de diciembre de 2003). [M. P. Eduardo Montealegre Lynett] Sentencia C-708 (22 de septiembre de 1999. [M. P. Álvaro Tafur Galvis]

BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA NACIONALCONSTITUYENTE. Constitución Nacional de Colombia. (5 de agosto de 1886).
- ARDILA QUIRÓZ, Luis Eduardo. Las Relaciones Especiales de Sujeción entre el Estado y sus Funcionarios. En: revista Logos ciencia y tecnología. 3 (2). 2012. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2LHRXZd>>
- CASTRO ROMERO, Héctor Orlando. Fundamentos de derecho disciplinario. Bogotá: El Profesional, 2015. ISBN: 9789587072624
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. (julio 6 de 1991).
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 489 (29 de diciembre de 1998). "Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones" Diario Oficial No. 43.464
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 715 (21 de diciembre de 2001). "Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros"
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 734 (febrero 5 de 2002) "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único" Diario Oficial No. 44.708.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SALA PLENA. Sentencia C-708 (22 de septiembre de 1999. [M. P. Álvaro Tafur Galvis]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SALA PLENA. Sentencia T-1108. (5 de diciembre de 2002) [M. P. Álvaro Tafur Galvis]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SALA PLENA. Sentencia T-1190 (4 de diciembre de 2003). [M. P. Eduardo Montealegre Lynett]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-127 (18 de febrero de 2003). [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-244 (30 de mayo de 1996) [M.P. Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-406 (4 de mayo de 2004). [M.P. Clara Inés Vargas Hernández]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-417 (4 de octubre, 1993). [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-507 (6 de julio de 2006). [M.P. Álvaro Tafur Galvis]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-597 (6 de noviembre de 1996) [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

CÚNINGHAM BENÍTEZ, Sabrina. Regímenes disciplinarios de la fuerza pública relación especial de sujeción y sus diferencias. En: Colección Jurídica Disciplinaria ICDD. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Disciplinario, Nueva Jurídica, 2017. ISBN: 9789584669865. Vol. VIII.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. Hacia una interpretación plausible del delito patrimonial continuado. En: Jueces para la democracia. (38). 2000. p. 30-38. BENLLOCH PETIT, Guillermo. El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario. En: Revista del poder judicial. (51). 1998.

EL TIEMPO. El interés general. Por: Eduardo Laverde Toscano. (22 de abril 1996) [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2XUvEps>>

- FORERO SALCEDO, José Rory. Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano. Bogotá: Universidad Libre, 2011. ISBN: 9789588534619.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española. Madrid: Tecnos, 1992. ISBN: 9788430921607
- GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9587101251.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La dogmática jurídica como ciencia del derecho. SUS especies penal y disciplinaria. necesidad, semejanzas y diferencias. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011. ISBN: 9789587728071
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La relación especial de sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (5). 2003.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; REYES CUARTAS, José Fernando. Estudios de Derecho Disciplinario. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004. ISBN: 9589729770.
- LAFUENTE BENACHEZ, Mercedes. El régimen disciplinario de los funcionarios Públicos de la Administración del Estado. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. ISBN: 9788480024068.
- MARTÍNEZ GELVES, Liz Madeleine. Transformación de las relaciones especiales de sujeción: de la subordinación laboral a la relación funcional, Tesis especialización, 2015, [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/32MOOfO>>
- MEJÍA OSSMAN, Jaime. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho. Bogotá: Leyer, 2011. ISBN: 9789584486189

- MUÑOZ LORENTE, José. La nueva configuración del principio de non bis in ídem. Madrid: La Ley, 2001. ISBN: 9788497250566
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Lecciones de Derecho Disciplinario. Vol. 2. Bogotá: Procuraduría General de la Nación; Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2008.
- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN. Lecciones de Derecho Disciplinario. Vol. 9. Bogotá: Procuraduría General de la Nación; Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2008.
- RAMÍREZ BARBOSA, Paula Andrea. El principio de non bis in ídem como pilar fundamental del estado de derecho. aspectos esenciales de su configuración. universidad católica de Colombia. [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2Gq5MqK> >
- VASCONCELOS ALBUQUERQUE, Nuno J. La Función Pública como Relación Especial de Derecho Público. Porto: Ediciones Almeida & Leitaó, 2000. p. 398.

TÍTULO IV

COLECTIVOS INSERTOS EN LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN

Por: Any Dayana Bautista Parra¹⁷⁰

INTRODUCCIÓN

Como se plantea en forma pretérita en lo que a relaciones de sujeción respecta, existen individuos que ostentan aquellas en un aspecto más amplio y abstracto; esto es con mayor libertad de sus derechos y menos obligaciones dentro del Estado.

Así mismo se ha indicado que por otro lado hay quienes son partícipes de esas relaciones de sujeción de modo más intenso y que por ese motivo se han denominado "especiales". Pues bien, estas no se hacen más estrechas y vinculantes por algún motivo enigmático, surgen de la relación directa que tienen estas personas por estar ligadas directamente con el Estado, bien sea en su parte administrativa que es el tipo de relación especial de sujeción más conocida de todas, pues se distingue evidentemente que son personas quienes deben estar sometidas a un régimen más estricto, pues ellos ayudan a realizar labores especiales para que el Estado funcione en debida forma.

Planteado este panorama, deberá observarse que por alguna otra connotación que los haga ser parte de un colectivo cualificado el cual exija ser tratado con un vínculo más estrecho para que se cumpla el fin de su existencia. Y es precisamente dentro de marcos relacionales como lo son las fuerzas militares, los miembros pertenecientes a un colegio profesional, las

¹⁷⁰ Abogada, especializada en derecho administrativo y candidata a magister en derecho disciplinario de la Universidad Libre.

personas en situación de reclusión, los particulares que ejercen alguna función pública mientras están activos en esta, algunos profesores de los centros docentes delegados por el ministerio y los miembros de la fuerza pública que se realiza el abordaje que se expone a continuación, procurando enmarcar la particularidad del ejercicio dentro de la categoría de relación especial de sujeción.

Se procura esta precisión y cierre temático, tratando sucintamente las diferentes clases de relación especial de sujeción que pueden presentarse, basados en el tipo y calidad del sujeto de administrado, la calidad que goza la administración (ben sea pública o privada) y el grado de institucionalidad. Continuamos este estudio y con el fin de profundizar más en los conceptos abstractos que hemos tratado, se abordará el tema de la siguiente manera:

Colectivos insertos en las relaciones especiales de sujeción: se pretende ser responsivos a los cuestionamientos de por qué y quienes hacen parte de los mismos, desarrollando posteriormente cada una de las ideas, escindiendo 3 capítulos de la siguiente manera:

- Capítulo 1. Desarrollo normativo nacional y en Derecho comparado
- Capítulo 2. Desarrollo jurisprudencial;
- Capítulo 3. Desarrollo doctrinal.

1. DESARROLLO NORMATIVO NACIONAL Y EN DERECHO COMPARADO

A partir de lo mencionado anteriormente se desarrollará un análisis con base en lo que está estipulado en la normativa nacional dentro de la cual se tendrá en cuenta la Constitución Política de Colombia, Código Disciplinario Único y para realizar el proceso de revisión del Derecho comparado se realizará teniendo en cuenta a España y Alemania, logrando así determinar cuál es el manejo de las relaciones especiales de sujeción.

1.1. COLOMBIA

La Constitución Política de Colombia ha establecido de manera general, en sus artículos 6 y 12, la esencia de la sujeción entre la Administración y el Administrado, exigiendo un comportamiento adecuado a su órbita funcional, así:

“Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. **Los servidores públicos lo son por la misma causa y por comisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones**; La ley determinara la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”¹⁷¹ (Resalto fuera de texto original)

Así como su artículo 209, que consagra algunos principios para el desarrollo de la función administrativista, con el fin de asegurar el cumplimiento de la función pública por parte de los servidores públicos y los particulares que

¹⁷¹ Constitución Política de Colombia, 1991.Op. cit.

ejercen funciones públicas para el correcto funcionamiento y cumplimiento de los fines estatales:

“ARTICULO 209: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones; Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley”¹⁷²

Para este efecto también nos define la carta magna quienes son servidores públicos y por tanto están insertos en estas relaciones especiales de sujeción:

“Artículo 123: Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento; La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”

De igual manera, el Código Disciplinario Único, estipula en su principio de legalidad, lo siguiente:

¹⁷² Ibid.

“Artículo 4: El servidor público y el particular en los casos previstos en este código sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”¹⁷³

En este sentido se determinan también, como colectivos insertos dentro de estas relaciones especiales de sujeción los miembros de la fuerza pública, quienes serán disciplinados por un régimen especial en relación a su servicio, tal como lo establece la constitución en sus artículos:

“Artículo 217: La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea; Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional; La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio; **Artículo 218:** La ley organizará el cuerpo de Policía; La Policía Nacional es un cuerpo armado permanente de naturaleza civil, a cargo de la Nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas, y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz; La ley determinará su régimen de carrera, prestacional y disciplinario”¹⁷⁴

¹⁷³ Ley 734, 2002. Op. cit.

¹⁷⁴ Constitución Política de Colombia, 1991.Op. cit.

Y por último el Código penitenciario y Carcelario regula la sujeción especial a la que están sometidos aquellos miembros de la sociedad que se encuentran en reclusión y entran a formar parte de una relación de sujeción especial con el Estado y con regulación específica de la ley¹⁷⁵.

En otras palabras, en Colombia se tiene claro que una situación es la relación entre un particular y el estado, que está regida por normas que se encuentran tipificadas de manera clara y estas aplican a la generalidad, contrario a esto se encuentran los particulares que están subordinados en una condición especial por el estado, donde deben velar por el cumplimiento de los principios que direccionan nuestra carta de Derechos como lo son la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

A si mismo cuando no cumplen a cabalidad sus funciones u obligaciones con los ciudadanos o con el estado, su sanción se basará en la norma administrativa o penal tipificada exclusivamente para su situación particular, en este caso se puede poner el ejemplo de las fuerzas militares las cuales tienen una jurisdicción especial que los juzga dependiendo de la falta que hayan cometido.

1.2. ESPAÑA

Así mismo, la Constitución Española ha establecido en su Artículo 15, el principio de Legalidad Penal, que consistente en:

¹⁷⁵ Ley 65, 1993. Op. cit.

“Artículo 15: Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”¹⁷⁶

Es claro que en España, el *ius puniendi* del Estado se divide en dos, el penal para la regulación con todo lo concerniente a delitos y penas, aplicable desde las relaciones generales de sucesión, y el administrativo que enmarca a las relaciones de sujeción especial, contempla todo lo concerniente a las sanciones administrativas disciplinarias para quienes están sujetos a esta especial sujeción, sin embargo, esta segunda categoría ha tomado de la mano al derecho penal como guía para su desarrollo, un importante pilar para el desarrollo de las mismas lo podemos encontrar en sus artículos 9 numeral 3 y 25, numeral 1, que consagran el principio de las garantías jurídicas y el principio de legalidad a la ley penal respectivamente, y que son aplicables de igual modo a la potestad sancionadora que tiene el derecho disciplinario español:

“Artículo 9: 1) Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico; 2) Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; 3) La Constitución garantiza el principio de

¹⁷⁶ Constitución española, 1978. Op. cit.

legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”(subrayado fuera de texto original); **Artículo 25.** 1) Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según legislación vigente en ese momento”¹⁷⁷

De este modo, pero a manera de excepción, establece en sus artículos 28 y 29 limitaciones que exteriorizan esas “relaciones especiales de sujeción” haciendo prohibiciones a ciertos colectivos que se encuentran insertos en las mismas, a saber:

“Artículo 28: 1) Todos tienen derecho a sindicarse libremente. **La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos.** La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato. [...] **Artículo 29** 1) Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley; 2) **Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho**

¹⁷⁷ Ibid.

sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica”¹⁷⁸ (Resaltado propio)

De manera que España dentro de su Constitución y normatividad separa los ciudadanos de los poderes públicos, brindándoles a los españoles garantías jurídicas y haciendo que sean efectivos todos sus derechos, les permite sindicalizarse sin ninguna restricción y presentar derechos de petición individuales como colectivos, por su parte la ley exceptúa a los miembros de las fuerzas públicas y revisara la de los funcionarios públicos de especial sujeción de Derecho.

Por ende, España tiene muy claro que los servidores públicos y de las fuerzas militares, deben tener una normatividad especial que los juzgue, además que este legalmente tipificada y vigente esto en pro de garantizar sus derechos o en dado caso sus deberes.

1.3. ALEMANIA

“Frente a la normatividad Alemana, es de aclarar que primero se desarrolla la teoría de las Relaciones Generales de Sujeción, para dar cabida, hasta finales del siglo XIX y comienzos del XX a la teoría de la Relación Especial de Sujeción, el gobierno alemán para ese entonces era una combinación del Estado Monárquico (Monarca) con el Estado de Derecho (Parlamento), por ende, el primero, se encargaba de las relaciones generales con la sociedad que representa (derechos, libertades y garantías), reguladas a través de la ley formal; al segundo, los

¹⁷⁸ Ibid.

asuntos domésticos del Estado (organización y administración civil, tributaria y militar), expresados en funciones y atribuciones de subordinación especial, sin regulación legal ni control jurisdiccional"¹⁷⁹

Considerando para ese entonces que, frente a la teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción, existía una laguna o vacío normativo; fue hasta después de la Constitución de Weimar, la Ley Fundamental de Bonn y la Reunión de Mainz que se consagra dicha teoría, estableciendo que:

"i) que la reserva de ley afecta las relaciones especiales de sujeción, en tanto no hay espacios jurídicos en donde la Administración encuentre un terreno propio y autónomo; ii) que las relaciones de los ciudadanos con el Estado no son solo de sujeción o de poder, son tantas como las necesidades del ciudadano en torno al Estado; iii) que las relaciones especiales de sujeción, permiten ejercer los derechos fundamentales, en el límite de los objetivos de la institución; iv) que estos objetivos originan una relación fundamental, sometida a control judicial, y en este sentido una relación jurídica; v) que las relaciones meramente funcionales u *organizativas o de empresa*, quedan excluidas de la protección o control judicial"¹⁸⁰

2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Para entender el desarrollo jurisprudencial que han tenido las relaciones especiales de sujeción se tendrá en cuenta el desarrollo histórico que se tuvo

¹⁷⁹ GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando Relaciones Especiales de Sujeción. Aproximación Histórica Al Concepto Prolegómenos. En: Derechos y Valores, vol. XII, núm. 23, enero-junio, 2009. p. 177-192

¹⁸⁰ Ibid.

en Alemania y España donde se determinara de donde provienen las limitaciones de los derechos y a partir de qué momento normativo se empezaron a gozar efectivamente los derechos de quienes pertenecen a la administración.

2.1. ALEMANIA

Con la constitución de Weimar, las regulaciones de las relaciones especiales de sujeción se encontraban al arbitrio de quienes ejercían la administración del Estado, restringiéndose de algunos derechos fundamentales de los que gozaban el resto de ciudadanos bajo la consigna de que al ser estos conscientes y aun así bajo su voluntad aceptaban hacer parte de esta relación estrecha como miembros de la administración estatal, admitían esta limitación facultativa de derechos.

posteriormente con la ley Fundamental de Bonn, se mantenía esa premisa al hacer parte del aparato administrativo del Estado, si bien se gozaban de derechos o privilegios que no tenían el resto de administrados, también se sometían a la restricción de derechos fundamentales conforme lo dispusiera la administración, es después de la segunda mitad del siglo XX en donde la jurisprudencia alemana entra a jugar un importante rol, marcando un punto de inflexión en cuanto a las relaciones de sujeción especial, pues si bien el desarrollo normativo y doctrinal tienen gran importancia es en 1972 cuando a través de la Sentencia del 14 de marzo, el Tribunal Federal germánico cambia la perspectiva frente a la protección de derechos fundamentales de quienes están insertos en una sujeción especial con el Estado, estableciendo el principio de reserva legal frente a estos, lo que les devuelve el goce de sus derechos fundamentales y limita a la administración la

potestad de tomarse facultativamente el control sobre la delimitación de derechos que le corresponde únicamente bajo las premisas legales.

A saber, la Sentencia BVerfGE 33,1 (que traduce: Compilación de Jurisprudencia Constitucional – Prisioneros); donde el Tribunal Superior de Justicia Alemana establece las siguientes conclusiones:

“i) Los derechos fundamentales de los presos sólo pueden restringirse a través de una ley o con base en una ley; ii) Las intervenciones en los derechos fundamentales de los prisioneros, que no tienen un fundamento legal, sólo pueden ser de carácter provisional; iii) La limitación de los derechos fundamentales de los prisioneros sólo puede ser considerada cuando es indispensable para el logro de los fines de la sociedad, contemplados por el orden de valores de la Ley Fundamental; iv) Es función de la *Ley de Ejecución Penal* establecer límites que consideren en forma adecuada tanto la libertad de opinión de los prisioneros, como los requerimientos indispensables para el cumplimiento de la sanción penal en forma ordenada y adecuada”¹⁸¹

Si bien era cierto hacer parte de la administración era un honor, la garantía de los derechos de las personas con relaciones especiales de sujeción dependían de la administración de turno, donde se evidenciaba muchas limitaciones y vulneraciones, una vez esto se cambió y se limitó a la administración, se puede denotar la separación del régimen común del especial, donde les brinda unas prerrogativas diferentes por su condición,

¹⁸¹ Sentencia BVerfGE 33,1, 1972. Op. cit.

además, se les da la certeza jurídica de que sus derechos serán respetados a cabalidad.

2.2. ESPAÑA

En la Jurisprudencia Española se han definido este tipo de relaciones de sujeción especial como “esas peculiares relaciones y asimilables, en las que entran en juego amplias facultades auto organizativas, que confieren cierta prepotencia de la administración para regularlas”¹⁸², pues bien esa “prepotencia” o poderío para regularlas por parte de la administración del Estado se ve reflejadas frente ciertos colectivos como lo son:

“i Funcionarios públicos: Debemos, aún, dar un paso más en la determinación del canon aplicable a la libertad de expresión como instrumento del derecho de defensa en un procedimiento sancionador, cuando se trata de un procedimiento disciplinario, **habida cuenta de la relación de especial sujeción en que se encuentran los funcionarios y de los especiales deberes que se les imponen en razón de esta condición.**

Este Tribunal tiene afirmado que las llamadas relaciones de sujeción especial no son un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables

¹⁸² Tribunal Constitucional de España – Sentencia 61 de 1990

sin el supuesto de esa especial relación (STC 81/2009, de 23 de marzo, FJ 5). En lo que respecta al derecho de defensa en el procedimiento disciplinario, este Tribunal no ha establecido modulación o matización alguna debida a la relación de la especial sujeción en la que se encuentra el funcionario, pues el entendimiento de la libertad especialmente reforzada por su inmediata conexión con otro derecho fundamental, es perfectamente trasladable a los supuestos en los que es el propio afectado quien asume su defensa, por no ser preceptiva la asistencia letrada"¹⁸³ (subrayas propias)

En España el derecho disciplinario aplicado a la administración pública y a los funcionarios, a pesar de la prepotencia del estado en muchas determinaciones la sujeción de los funcionarios no es omnipotente, ya que no se puede desconocer los derechos fundamentales de estos y no se puede aplicar algo que no ha sido tipificado, publicado y esté vigente, además que su derecho a la defensa lo pueden ejercer sin ninguna restricción, España demuestra así un conducto y un debido proceso para la aplicación normativa dirigida específicamente a los poderes públicos.

“ii Personas internas o reclusas en prisión: El status del interno en establecimiento penitenciario comporta la sujeción a un régimen disciplinario, pues es la suya una relación de sujeción especial a la Administración. Esta, en concreto la Administración penitenciaria, es titular de una potestad sancionadora, directamente reconocida por el art. 25.3 de la C.E., de la que deriva la competencia sancionadora de las Juntas de Régimen y Administración, [...] El interno se halla en una relación

¹⁸³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 187. (17 de abril de 2015). [M.P. Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel]

jurídico-administrativa de sujeción especial de la que surge una actuación disciplinaria de la Administración penitenciaria de naturaleza propiamente administrativa; La naturaleza administrativa de la relación antedicha y de la potestad disciplinaria justifican tanto la composición de la Junta, órgano competente para la resolución del expediente sancionador, como la atribución a personal administrativo de la incoación del procedimiento, la formulación del pliego de cargos y la práctica de las pruebas [...] Es claro que el interno de un centro penitenciario está respecto a la Administración en una relación de sujeción especial de la cual deriva para aquélla una potestad sancionatoria disciplinaria, cuyo ejercicio y límites se regulan en los arts. 104 y siguientes del Reglamento Penitenciario (Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, y Real Decreto 787/1984, de 28 de marzo, de reforma parcial de aquél)"¹⁸⁴

Es de resaltar que las personas privadas de la libertad se encuentran en una relación especial de sujeción, ya que, al estar dentro de un centro penitenciario administrado por el estado, este tiene la custodia y debe mantener la integridad tanto física como moral de los reclusos respetando sus derechos, eso sí, sin dejar de lado lo expresado por el régimen penitenciario.

“iii Militares: Las obligaciones militares, como otras obligaciones públicas surgen ex lege sin necesidad de un acto voluntario de sujeción o sometimiento del ciudadano, y pueden entenderse contraídas desde el momento en que el individuo ha sido enrolado en la milicia (delatus in

¹⁸⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 74. (17 de julio de 1985). [M.P. Don Jerónimo Arozamena Sierra]

numerus) y llamado a incorporarse a filas, ese enrolamiento y esa llamada es el hecho que, distinguiendo al interesado de todo otro ciudadano, puede determinar la aplicación de sanciones penales de carácter militar incluíbles en el ámbito de lo estrictamente castrense”¹⁸⁵

Como se ha venido denominando estas relaciones son más estrechas por su vínculo directa con el Estado. Además, el sujeto activo del delito no es cualquier ciudadano, sino un ciudadano concreto declarado apto, que ha sido llamado a realizar el Servicio Militar. La norma penal no tiene como destinatarios a todos los ciudadanos, sino sólo a ciertas personas que tienen una especial cualidad en ese momento, se trata de sujetos calificados en términos jurídicos por haber sido llamados al Servicio Militar, y por ello, de un delito referido a un ciudadano *uti miles*.

“El principio constitucional que permite el ejercicio de la acción penal, en razón del general derecho que ampara el artículo 24 de la Constitución Española puede, sin embargo, sufrir excepción en los supuestos en que así lo impidan o bien la naturaleza de la materia regulada o lo veden intereses constitucionalmente relevantes igualmente protegidos de condición preponderante como es la propia naturaleza de la profesión castrense y el carácter de un Cuerpo como el de la Guardia Civil que para el específico cometido de sus funciones se organiza en un sistema jerárquico que se manifiesta en una situación de sujeción enmarcada en la unidad y la disciplina como factor de cohesión que obliga a todos por igual [...] En la doctrina de este Tribunal Constitucional, por tanto, constan los siguientes asertos

¹⁸⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 60. (16 de abril de 1991). [M.P. Don Francisco Tomás y Valiente]

esenciales: a) El reconocimiento constitucional de una jurisdicción militar específica en el ámbito estrictamente castrense; b) Que esa jurisdicción militar es distinta, por sus peculiaridades, de la jurisdicción ordinaria; c) Que la especificidad de la jurisdicción castrense se destaca en el supuesto de las relaciones entre militares de graduación distinta; d) Que el sistema jerárquico comporta una situación de sujeción; e) Que esta situación de sujeción se configura por los principios de unidad y disciplina”¹⁸⁶

Se ve una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva junto con el derecho a la igualdad, la Ley Orgánica de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar y la Ley Procesal Militar, en tanto que impiden a la persona perjudicada en sus bienes y derechos ejercer la acusación particular cuando los inculpado son militares y exista entre ellos una relación jerárquica de subordinación; por otra parte, a los Autos del Juzgado Togado y del Tribunal Militar, recaídos en la vía judicial previa, por aplicar los referidos preceptos legales y hacerlo, además, del modo menos favorable al ejercicio del derecho fundamental, pues, aun admitiendo la constitucionalidad de la norma, ésta debe interpretarse de modo restringido, por lo que la constatación del superior empleo del acusado no significa, sin más, que se cumpla con el exigido requisito de la subordinación jerárquica entre ambos, ya que es perfectamente posible que, perteneciendo a un mismo cuerpo, denunciante y denunciado estén destinados en unidades distintas.

¹⁸⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 115. (8 de junio de 2001). [M.P. Don Pedro Cruz Villalón]

“ iv Miembros pertenecientes a un Colegio Profesional: Es cierto que la única cobertura legal que las normas sancionadoras aplicadas poseen viene determinada por el art 5 i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, que faculta a los mismos para *ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la potestad disciplinaria en el orden profesional y colegial*; Esta norma legal contiene una simple remisión a la autoridad colegial o corporativa, vacía de todo contenido sancionador material propio; Ahora bien, si tal tipo de remisión resulta manifiestamente contrario a las exigencias del art. 25.1 de la Constitución, cuando se trata de las relaciones de sujeción general (SSTC 42/1987 y 29/1989 mencionadas), no puede decirse lo mismo por referencia a las relaciones de sujeción especial (SSTC 2/1987, de 21 de enero, y 69/1989, de 20 de abril); Es más, en el presente caso nos hallamos ante una muy característica relación constituida sobre la base de la delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales, que tiene fundamento expreso en el art. 36 de la Constitución. De ahí que, precisamente en este ámbito, la relatividad del alcance de la reserva de ley en materia disciplinaria aparezca especialmente justificada”¹⁸⁷

La función de la ley en este caso exige la tipificación de las infracciones, por otro, la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas, de

¹⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 219 (11 de enero de 1990). [M.P. Don Francisco Tomás y Valiente]

manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que puede hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas.

“vi Profesores de los Centros Docentes: Es cierto que los destinatarios directos de la Instrucción que ahora se recurre eran los Directores provinciales del Ministerio de Educación y Ciencia, y que era susceptible de aplicarse por éstos mediante actos concretos de requerimiento individual. Pero tratándose de relaciones de sujeción especial que se traban en el ámbito organizativo interno de la Administración, es evidente también que la Instrucción constituye un mandato u orden que todos y cada uno de los subordinados afectados por ella están llamados a observar; Por eso decíamos en la mencionada STC 26/1986, en relación con un supuesto semejante, que «en puridad» las Instrucciones entonces contempladas «tienen también como destinatarios a todos y cada uno de los trabajadores dependientes de la Administración» (en aquel caso militar), e incluyen «auténticas órdenes o mandatos que éstos vienen obligados a cumplir, sin aguardar acto concreto alguno de aplicación», de lo que inferíamos que la propia Instrucción podía producir una lesión de derechos fundamentales; A esta misma conclusión cabe llegar ahora. En efecto, los Profesores de Religión, nombrados por el Ministerio de Educación y Ciencia, se hallan bajo la dependencia de los órganos superiores de este Ministerio en el ejercicio de las funciones propias de su quehacer profesional, con independencia ahora de las peculiaridades de su relación estatutaria”¹⁸⁸

¹⁸⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 47 (20 de marzo de 1990). [M.P. Don Francisco Tomás y Valiente]

Debido a que los profesores de los centros de educación, por su régimen especial, dependen o son susceptibles de recibir indicaciones u órdenes que sean emitidas de carácter general, por este motivo no deben esperara que dichas indicaciones sean de un acto concreto alguno de aplicación.

2.3. COLOMBIA

En lo que a la Jurisprudencia Colombiana respecta, la Corte Constitucional ha manifestado que existe una relación especial de sujeción entre:

“i) Administración y las personas privadas de la libertad: Esta Corporación, en un número considerable de pronunciamientos, se ha referido a la relación de especial sujeción que tiene lugar entre el Estado y las personas que se encuentran privadas de la libertad por orden de autoridad judicial competente así: A partir de un criterio uniforme, la Corte ha establecido que se trata de un vínculo jurídico-administrativo que determina el alcance de los derechos y deberes que de manera recíproca surgen entre ellos, conforme al cual, mientras el interno se somete a determinadas condiciones de reclusión que incluyen la limitación y restricción de ciertos derechos, el Estado, representado por las autoridades penitenciarias, asume la obligación de protegerlo, cuidarlo y proveerle lo necesario para mantener unas condiciones de vida digna durante el tiempo que permanezca privado de la libertad: Sobre esa base, la jurisprudencia ha destacado que las personas privadas de la libertad, en razón a su Estado de reclusión, se encuentran en una condición de indefensión y vulnerabilidad, derivada del hecho de no estar en capacidad de proveerse por sí mismos los medios necesarios

para su subsistencia y para el ejercicio mínimo de sus garantías. Por eso, aun cuando el Estado se encuentra habilitado para suspender, limitar y restringir algunos de sus derechos y para ejercer sobre ellos controles especiales de reclusión, correlativamente, también tiene el deber de garantizar que los reclusos reciban un trato digno y respetuoso, acorde con la condición humana, de manera que se les asegure el ejercicio de los derechos que no les han sido suspendidos y parcialmente aquellos que les han sido limitados”¹⁸⁹

La relación de especial sujeción entre el interno y el Estado es de carácter forzoso, en cuanto no opera por voluntad de las partes, sino que surge de la necesidad de las autoridades públicas, de tutelar la seguridad de los restantes ciudadanos, poniéndola a salvo del peligro que representan las conductas de ciertos individuos. Desde ese punto de vista, el individuo, privado de la libertad, es insertado en la esfera de regulación de la administración, quedando sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales.

“Bajo tales parámetros, lo ha dicho la Corte, la “relación de especial sujeción” implica que el Estado, al tomar la decisión de privar de la libertad a una persona, “se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de libertad; y el recluso, por su parte, queda sujeto a determinadas obligaciones legales y reglamentarias que debe observar”¹⁹⁰

¹⁸⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-026. (3 de febrero de 2016). [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez]

¹⁹⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-535 (30 de septiembre de 1998). [M.P. José Gregorio Hernández Galindo] Sentencia C 026,2016. Op. cit.

Para que se dé la relación especial de sujeción se necesitan que se cumplan unos determinados elementos, que son, la subordinación del recluso al Estado que se concreta en el sometimiento a un régimen jurídico especial, el ejercicio de la potestad disciplinaria y administrativa por parte del Estado y la limitación de los derechos fundamentales del recluso de acuerdo con la Constitución y la ley, la obligación del Estado de garantizar el goce efectivo de los derechos de los internos, de acuerdo con sus limitaciones y restricciones, buscando cumplir el objetivo principal de la pena que es la resocialización, la obligación del Estado de garantizar ciertos derechos que surgen forzosamente de la relación de subordinación, la obligación del Estado de asegurar el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos.

“ii Los funcionarios públicos: La potestad sancionadora de la administración se justifica en cuanto se orienta a permitir la consecución de los fines del Estado, a través de “otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1º, 2º, 4º y 16); En el ámbito específico del derecho disciplinario, la potestad sancionadora de la administración se concreta en la facultad que se le atribuye a los entes públicos de imponer sanciones a sus propios

funcionarios, y su fundamento constitucional se encuentra en múltiples normas de orden superior”¹⁹¹

Los servidores públicos, sin excepción, son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, la ley y los reglamentos, y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Además, cualquier persona podrá solicitar de la autoridad competente la aplicación de las sanciones disciplinarias derivadas de la conducta de las autoridades públicas. Esto basado en la finalidad de la potestad disciplinaria es asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

Por ende, siendo la relación de sujeción especial que mantiene el administrado con el Estado el marco límite de su responsabilidad como servidor público, resulta entonces claro que la interpretación de las normas disciplinarias no tiene otra finalidad sino el del correcto funcionamiento de la administración pública, que son cimiento de esta sujeción especial que corresponde al servidor público.

“iii Los miembros pertenecientes a la fuerza pública: Conforme a los principios que rigen la actividad policial, los miembros de la policía están obligados a actuar bajo los principios de la inmediatez, de obligatoriedad de intervención, y de apoyo policivo; Estos imperativos, adscritos no a un cargo o a un servicio específico del que se está transitoriamente cesante, sino a la **condición de servidor público policial**, imprimen unas especiales

¹⁹¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-030. (1 de febrero de 2012). [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]

características a la función pública policial que trasciende el estrecho marco del servicio; Los miembros de la policía que se encuentran en las situaciones administrativas a que se refieren las normas acusadas (franquicia, permiso, licencia, vacaciones, suspendido, incapacitado, excusado de servicio o en hospitalización), **conservan su condición de servidores públicos de la institución “en servicio activo”, lo que implica que efectivamente y de manera actual desempeñan un empleo o cargo en esa Institución;** Esta circunstancia hace que aún bajo las situaciones administrativas descritas retengan su condición de garantes de las condiciones necesarias para el goce efectivo de los derechos y las libertades ciudadanas, y para el aseguramiento de una convivencia pacífica (Art. 218 C.P.)” (Subrayas propias)¹⁹²

El vínculo especial de sujeción, que los une con el Estado, el cual se hace aún más fuerte que el de otros servidores estatales dada la especialísima labor que desempeñan, justifica unos controles aún mayores que los que recaen sobre la generalidad de los empleados públicos.

Por esta razón el legislador crea un régimen disciplinario especial que regule las labores que desempeñan, pues son actividades especiales, y se deben ejercer sobre ellos unos controles estatales especiales, para evitar atribuciones y conductas impropias derivadas de su servicio.

“iv Los particulares en ejercicio de funciones públicas: La circunstancia de que se asigne a los particulares el ejercicio de funciones públicas no modifica su Estatus de particulares ni los convierte –por ese hecho- en

¹⁹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-819. (4 de octubre de 2006). [M.P. Jaime Córdoba Triviño]

servidores públicos; No obstante, dicha salvedad, el ejercicio de funciones públicas por parte de particulares conlleva un lógico incremento en el nivel de responsabilidades del sujeto a cargo de la prestación que deriva en una intensificación de los compromisos adquiridos para con el Estado; Las obligaciones que el particular asume por razón del ejercicio de una función pública son de tal relevancia que su responsabilidad se extiende más allá de los límites impuestos a los que no prestan servicio alguno; Así, mientras los particulares que no se encuentran vinculados al Estado mediante una relación de servicio público regulan su responsabilidad de acuerdo con la primera parte del artículo 6º de la Constitución Política, es decir que no son responsables ante las autoridades por infracción de la Constitución y la Ley, los que sí lo están se hacen responsables por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones [...] La jurisprudencia constitucional reconoce que es legítimo, por acogerse a los principios generales de la Carta, **someter al régimen disciplinario de los servidores públicos a los particulares en ejercicio de funciones públicas**; La falta de vinculación del particular con el Estado, que se traduce en falta de subordinación jurídica, se ve superada por la naturaleza del encargo asignado, de modo que las previsiones contenidas en la ley disciplinaria le son aplicables a aquél, en lo que le resulte pertinente"¹⁹³ (*subrayas propias*)

Debido a que la ley faculta a los particulares para cumplir funciones públicas, pero por el hecho de que cumplan estas funciones no modifica su condición de particular, ni los convierte por ese hecho en servidores públicos. Pero por el ejercicio de esas funciones públicas conlleva a un

¹⁹³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-181. (12 de marzo de 2002). [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]

incremento en las responsabilidades que el particular tiene a cargo, esto por un compromiso del particular con el Estado. Las obligaciones que el particular asume por razón del ejercicio de una función pública son de tal relevancia que su responsabilidad se extiende más allá de los límites impuestos a los que no prestan servicio alguno.

3. DESARROLLO DOCTRINAL

3.1. COLOMBIA

Conforme hemos venido tratando, todas aquellas personas que se encuentran directamente vinculadas con la administración del Estado como funcionarios públicos, se encuentran sometidos a una sujeción especial con el mismo y tienen un régimen especial aplicable, que además se encarga de controlar y sancionar las funciones que estos desempeñan, con el propósito de que todo marche acorde a los fines del Estado y en beneficio de todos los administrados, pues bien, esto se maneja mediante el derecho disciplinario; de igual manera y aunque no se enmarquen como funcionarios públicos y la relación de sujeción, no sea tan estricta como lo es con éstos, los particulares que ejercen funciones públicas también se encuentran sometidos a una sujeción especial.

Además de los mencionados precedentemente, existen otros colectivos que están sometidos a especial sujeción con la administración pública del Estado como lo son¹⁹⁴:

¹⁹⁴ MARCA RODRÍGUEZ, Sandra, Relaciones Especiales de Sujeción en la Policía Nacional. Tesis de Especialización en Derecho Administrativo. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2M7ls5M>>

3.1.1. Personas en situación de privación de la libertad.

Siendo estas relaciones especiales de sujeción aplicables a todo el régimen penitenciario y carcelario, (los reclusos con las correspondientes Instituciones Penitenciarias con las que cumplen sus penas).

3.1.2. Miembros de la fuerza pública.

Quedan sujetos a un régimen especial tanto de carrera, prestacional y disciplinario, que tiene por fin asegurar el cabal cumplimiento de sus deberes y asegurar la protección de los derechos fundamentales de la sociedad

3.2. ESPAÑA

En la doctrina española se señala que son relaciones especiales de poder

“las que se originan por la asistencia a la escuela, la libertad vigilada por sentencia judicial, la relación peculiar del funcionario, o la mera entrada física en una institución pública [...], en consecuencia, posee la Administración un gran ámbito de producción jurídica”¹⁹⁵

Se pueden definir estas relaciones del mismo modo por la doctrina, como un tipo de correlación jurídico *administrativa puesto que existe una inserción de la persona que entra a ser parte de la administración del Estado a un*

¹⁹⁵ FORTSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p.185-186

régimen jurídico diferente al del resto de ciudadanos, por el hecho de pertenecer a la esfera organizativa del mismo¹⁹⁶.

Es claro, que de estas relaciones se desprende una restricción de derechos, pues al estar inserto en los colectivos que hacen parte de una sujeción especial se está sujeto a limitaciones específicas¹⁹⁷ como es el caso de:

3.1.1. Los presos

Que se encuentran en un período de sujeción bajo el Estado (aunque de manera diferente al funcionario público), a este colectivo se le restringen sus derechos de libertad, intimidad, libertad de expresión, secreto de las comunicaciones, reunión y huelga entre otros con el fin de hacer efectivo el cumplimiento de los fines de la pena española que es por un lado castigar la conducta delictiva que dio origen a esa relación especial de sujeción a través de la privación de la libertad y por otro la reinserción de aquella persona que hace parte de este colectivo en la sociedad.

3.1.2. Funcionarios de la administración

Como funcionarios públicos se encuentran sometidos a una relación de especial sujeción con el Estado español, en pro del servicio de los intereses generales y el cumplimiento de los fines del Estado, con pleno sometimiento a la ley y el derecho, como está claro, toda sujeción especial tiene una

¹⁹⁶ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Op. Cit. 1994.

¹⁹⁷ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción. En: Panóptico. Observatorio Penitenciario. 2012. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2GswC1g>>

limitación de derechos, que en este caso son los de libertad de expresión, manifestación y asociación, libertad de sindicación y huelga entre otros.

3.1.3. Militares profesionales

Este colectivo tiene por finalidad la defensa de España, su territorio y ordenamiento tal como lo consagra el artículo 8 de la Constitución Española:

“Artículo 8, 1) Las Fuerzas Armadas, constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, tienen como misión garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional; 2) Una ley orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución”¹⁹⁸

Por lo que se encuentran sometidos a un régimen especial con limitaciones de sus derechos de manera más estricta que los tratados precedentemente, tanto así que se ve involucrado el derecho a la vida y sufragio pasivo además de contener sanciones privativas de la libertad

¹⁹⁸ Constitución Española, 1978. Op. cit.

3.1.4. Funcionarios policiales

La finalidad de este colectivo es la de brindar seguridad a los ciudadanos, así como la protección a su libre ejercicio de derechos y libertades, además de los fines que conlleva la administración pública de manera general por lo que se encuentran en especial sujeción con el Estado y se limitan algunos derechos, aunque en menor medida que los militares, como lo son los derechos a la huelga, libertad de expresión, reunión y manifestación y libertad de sindicación.

3.3. ALEMANIA

En cuanto a la doctrina Alemana, desarrollada en su gran mayoría por el jurista Otto Mayer, se opta por establecer un “*control judicial para el ámbito militar y los establecimientos cerrados (como las prisiones)*”¹⁹⁹. Lo anterior, bajo el entendido de que los derechos fundamentales deben limitarse a la consecución de los objetivos de las Instituciones.

En efecto, es claro que tanto:

- i) los miembros de las fuerzas públicas, y
- ii) las personas en situación de privación de la libertad
se encuentran insertos como colectivos dentro de las relaciones especiales de sujeción alemanas, además de los
- iii) funcionarios públicos, quienes por estar adheridos dentro de relaciones jurídico-administrativas fueron base para la construcción del concepto de

¹⁹⁹ COTINO HUESO, Lorenzo. Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. En: Revista del poder judicial. 1999, p. 291-324

relaciones especiales de sujeción con miras de un mejor funcionamiento estatal.

En cuanto al origen del concepto "relación especial de sujeción" en la doctrina alemana, se vislumbra a lo largo del presente una etapa muy importante para su desarrollo, es en la época de la monarquía en la cual se establecieron relaciones más estrechas entre algunos súbditos y sus gobernantes, pues bien, en el siglo XIX, la organización del Estado constitucional monárquico se divide en dos poderes que son, el poder del parlamento y el poder monárquico, dualismo que permite una materialización de las relaciones de sujeción especial, en cuanto era al monarca a quien le competía todo lo relacionado con a los aspectos estatales como los tendientes a la organización de la administración del Estado, las relaciones internas con quienes estaban en cabeza de los organismos, su administración y el manejo de sus asuntos internos, contando este con potestades de subordinación especial frente a esas funciones administrativas y a quienes ejercen las ejercían,²⁰⁰ con reglamentos internos y de obediencia distintos al resto de la población que eran regulados directamente por la organización del parlamento, lo que tiene una gran relación con lo que se presenta hoy por esa especial sujeción con la diferencia que el ejercicio de la misma no se encuentra en cabeza de un rey absoluto sino que su regulación la tiene directamente el ente estatal frente a quienes lo administran.

²⁰⁰ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9587101251.

CONCLUSIONES

El derecho disciplinario es considerado como una especie autónoma e independiente, con fines tanto preventivos como sancionatorios, cuya finalidad va encaminada más a su carácter preventivo que sancionador, pues lo que se busca es frenar daños trascendentales en el funcionamiento del Estado a través de la potestad que tiene éste para controlar la actividad que ejercen los servidores públicos y particulares con funciones públicas, lo que se origina en el momento que éstos aceptan desplegar un cargo con funciones públicas y entran a formar parte de lo que se denomina una relación especial de sujeción²⁰¹.

Es claro que existe un vínculo general de sujeción entre los ciudadanos y el Estado el cual nace por el hecho de ser parte del mismo, lo que conlleva ciertas obligaciones y deber de obediencia a un marco jurídico que lo regula y que se encarga de sancionar a quien infrinja estas disposiciones normativas, ahora bien, cuando hablamos de relaciones especiales de sujeción nos referimos a ese vínculo estrecho que existe entre unas personas determinadas (funcionarios públicos y particulares que ejercen funciones públicas) y el Estado, presentando una relación distinta a la que se tiene con el resto de la población, ya que estos funcionarios son los encargados de la administración pública y son controlados y sancionados por el Estado en el despliegue de su actividad.

Esta relación especial de sujeción hace que quienes administran lo público posean una mayor responsabilidad con el Estado, motivo por el cual entran

²⁰¹ SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Bogotá: Nueva Jurídica, 2016. ISBN: 9789588450766

en un sistema donde responden tanto por infracción como por omisión o extralimitación en sus cargos, con el fin de salvaguardar la función social y proteger los pilares esenciales de un Estado social de derecho.

Ahora bien, el mecanismo que apoya, regula y hace efectivas dichas relaciones de sujeción especial es el derecho disciplinario, el cual tiene manifestación vigente en la legislación colombiana a través de la ley 734 de 2002, controlando las funciones de aquellos que administran lo público e imponiendo las sanciones respectivas, es clave resaltar que además de lo mencionado deben obrar bajo unos principios que son los de moralidad pública, transparencia, objetividad, legalidad, honradez, lealtad, igualdad imparcialidad, celeridad, publicidad, economía, neutralidad, eficacia y eficiencia²⁰²

Con el pasar de los años, el derecho disciplinario ha tenido un enorme desarrollo y se ha convertido en una gran rama dentro del derecho público, como un tipo de derecho sancionador, autónomo e independiente, si bien en algún momento tanto el derecho penal como el derecho administrativo fueron su base fundamental y soporte, hoy en día se distingue completamente de estas dos, tomando un camino propio y con una estructura ya definida.

Se tiene como un fundamento del derecho disciplinario la infracción del deber funcional y su subjetividad en cuanto al régimen de responsabilidad, también cuenta con unas particularidades en sus categorías dogmáticas, pues en la tipicidad la mayoría de conductas se componen por tipos

²⁰² Ley 734, 2002. Op. cit. art 22.

abiertos, en la antijuridicidad se habla de ilicitud sustancial, concepto que fue destacado como principio rector del Derecho Disciplinario y expresa el quebrantamiento de un deber (desvalor de acción), en este caso alguno de los deberes funcionales del servidor público y en cuanto a la culpabilidad, la imputación efectiva recae a título de previsión efectiva y diligencia exigible que tienen estos servidores debido a su calidad, pues estos no se rigen bajo los parámetros de los ciudadanos del común sino que se encuentran vinculados en una relación de sujeción especial que es una de las características más importantes dentro del desarrollo de esta rama del derecho como categoría independiente²⁰³

Es por ello que se aplican elementos de la teoría de la imputación objetiva al derecho disciplinario, en primer lugar, bajo el entendido que debe existir una precisa correlación entre la conducta desplegada por el servidor público (la cual debe ser una clara infracción a alguno de sus deberes) y el resultado que se origine de la misma, pues no se puede atenuar responsabilidad disciplinaria a un funcionario público o a un particular en ejercicio de una función pública por el simple hecho de desplegar una conducta que origina un resultado dañoso cuando no se pueda afirmar que haya infringido un deber funcional, ni se tenga certeza que de no haber realizado dicha conducta el resultado hubiese sido potencialmente diferente, pues se debe establecer la existencia de una causalidad adecuada.

²⁰³ BERDUGO ANGARITA, Andrés E.; CADRAZCO, BLANQUICET, Manuel J. [et al]. La imputación objetiva en Derecho Disciplinario. En: Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 34, (97). julio-diciembre, 2013. p. 113-157.

Del mismo modo es indispensable que haya un riesgo jurídico relevante y una materialización del mismo en el resultado de la conducta cometida por el disciplinable, pues este resultado debe ser consecuencia de la idoneidad de la conducta desplegada y para ello es necesario que medie una prueba que nos demuestre dicha relación causal.

Ahora bien, en cuanto al ámbito de protección de la norma en materia disciplinaria, vemos que diferente a otras ramas del derecho sancionadoras, que dejan por fuera del alcance del tipo algunos resultados en razón a que el mismo no es atribuible a la conducta o por algún tipo de excepción deja de serlo, pues aquí, quienes ostentan la condición de servidores públicos o particulares en ejercicio de funciones públicas y debido a la calidad y la relación especial de sujeción en que se encuentran, su situación es diferente a la del resto de los ciudadanos, por lo cual son responsables por cualquier desvalor de acción que realicen sin que sea un eximente la condición en que se encontraba el sujeto pasivo de la conducta siempre que el ámbito de responsabilidad no sea ajeno al mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- BERDUGO ANGARITA, Andrés E.; CADRAZCO, BLANQUICET, Manuel J. [et al].
La imputación objetiva en Derecho Disciplinario. En: Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 34, (97). julio-diciembre, 2013. p. 113-157.
- BRAGE Joaquín, limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción. En: Panóptico. Observatorio Penitenciario. 2012. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2GswC1g>>
- CASTRO ROMERO, Héctor Orlando. Fundamentos de derecho disciplinario. Bogotá: El Profesional, 2015. ISBN: 9789587072624
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 65 (19 de agosto de 1993). "Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario" Diario Oficial No. 40.999
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 734 (febrero 5 de 2002) "Por la cual se expide el Código Disciplinario Único" Diario Oficial No. 44.708.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SALA PLENA. Sentencia C-708 (22 de septiembre de 1999. [M. P. Álvaro Tafur Galvis]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SALA PLENA. Sentencia T-1108. (5 de diciembre de 2002) [M. P. Álvaro Tafur Galvis]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SALA PLENA. Sentencia T-1190 (4 de diciembre de 2003). [M. P. Eduardo Montealegre Lynett]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-026. (3 de febrero de 2016). [M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-030. (1 de febrero de 2012). [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-125 (18 de febrero de 2003). [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-181. (12 de marzo de 2002). [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-244 (30 de mayo de 1996) [M.P. Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-417 (4 de octubre, 1993). [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-597 (6 de noviembre de 1996) [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-819. (4 de octubre de 2006). [M.P. Jaime Córdoba Triviño]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-535 (30 de septiembre de 1998). [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]

COTINO HUESO, Lorenzo. Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. En: Revista del poder judicial. 1999. p. 291-324

FORTSTHOFF, Ernst. Tratado de Derecho Administrativo. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando Relaciones Especiales de Sujeción. Aproximación Histórica Al Concepto Prolegómenos. En: Derechos y Valores, vol. XII, núm. 23, enero-junio, 2009. p. 177-192

GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LOPEZ, Mario Roberto. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9587101251.

LÓPEZ BENÍTEZ, MARIANO. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Madrid: Civitas, 1994. ISBN: 9788447004157.

- MARCA RODRÍGUEZ, Sandra, Relaciones Especiales de Sujeción en la Policía Nacional. Tesis de Especialización en Derecho Administrativo. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2M7ls5M>>
- MARTÍNEZ GELVES, Liz Madeleine. Transformación de las relaciones especiales de sujeción: de la subordinación laboral a la relación funcional, Tesis especialización, 2015, [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/32MOOfO>>
- SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Bogotá: Nueva Jurídica, 2016. ISBN: 9789588450766
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Constitución Española (6 de diciembre de 1978). Boletín Oficial del Estado. Ratificada en referéndum por el pueblo español. Sancionada por S.M. el Rey Don Juan Carlos I el 27 de diciembre de 1978 y publicada en el 29 de diciembre de 1978.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 115. (8 de junio de 2001). [M.P. Don Pedro Cruz Villalón]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 132 (8 de junio de 2001). [M.P. Don Pedro Cruz Villalón]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 187. (17 de abril de 2015). [M.P. Don Francisco Pérez de los Cobos Orihuel]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 219 (11 de enero de 1990). [M.P. Don Francisco Tomás y Valiente]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 47 (20 de marzo de 1990). [M.P. Don Francisco Tomás y Valiente]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 60. (16 de abril de 1991). [M.P. Don Francisco Tomás y Valiente]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 74. (17 de julio de 1985). [M.P. Don Jerónimo Arozamena Sierra]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. Sentencia 77 (3 de octubre de 1983)
[M.P. Don Jerónimo Arozamena Sierra

TÍTULO V

FUNDAMENTO DOGMÁTICO DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN.

Por: Benjamín Perdomo Sarmiento²⁰⁴

INTRODUCCIÓN

Es incuestionable que *las Relaciones Especiales de Sujeción*, igualmente denominadas *Relaciones de Sujeción Especial* o *Relaciones de Especial Sujeción*, constituyen una categoría dogmática constitucional; dicho instituto simboliza el Derecho Disciplinario, cuyos destinatarios abarcan apenas un determinado y especial conglomerado, como lo son los servidores públicos, quienes por estar al servicio de la comunidad y ser garantes de los fines esenciales del Estado, están cobijados por procedimientos restrictivos y sancionadores, en caso de omisiones o de extralimitación de las funciones que les corresponde ejercer; el instituto en estudio excepcionalmente se extiende, a aquellos particulares que ejercen funciones públicas, y a quienes ejercen determinadas profesiones liberales cuyas actividades se encuentran sometidas bajo una especial regulación y control estatal.

Importante trabajo doctrinal ha realizado los estudiosos de la *dogmática del derecho disciplinario*, en cabeza del profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, quien explica que la jurisprudencia y la doctrina se han ocupado de la categoría dogmática denominada *Relación Especial de Sujeción*:

²⁰⁴ Abogado egresado de la Universidad Libre, especialista en instituciones jurídico políticas y derecho público de la Universidad Nacional de Colombia, especialista en Derecho disciplinario de la Universidad Externado, Magister en Derecho Disciplinario de la Universidad Libre.

[...] “nacida en el seno de la relación Estado-funcionario, de la cual puede extraerse un rico rendimiento dogmático que permita a nuestra disciplina un proceso sólido de autonomía e independencia, con la caracterización de aquellos elementos fundamentales para estimar cumplida la responsabilidad disciplinaria, dentro de unos marcos de seguridad jurídica y permisión práctica de institutos convertidos en instituciones”²⁰⁵

Precisamente define Gómez Pavajeau la dogmática, como

[...] “la ciencia del derecho, un método de estudio, un suplemento de interpretación de la ley, a través de la cual se construyen las categorías y subcategorías jurídicas que gobiernan una disciplina”²⁰⁶

Siguiendo la doctrina de la Corte Suprema de Justicia que data de 1983, citada por la Corte Constitucional en sentencias C-214 de 1994 y C-948 de 2002, se puede afirmar que el Derecho Disciplinario, como ciencia autónoma e independiente, forma parte del *ius puniendi*²⁰⁷, que comprende además otras especies del Derecho sancionador del Estado, tales como el Derecho administrativo sancionador, el Derecho penal, el Derecho correccional y el Derecho de punición por indignidad política, o *Impeachment*.

²⁰⁵ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Op. cit. p. 155

²⁰⁶ Ibid. p. 88

²⁰⁷ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-214 (28 de abril de 1994). [M.P. Antonio Barrera Carbonell] y C-948 (6 de noviembre de 2002). [M.P. Álvaro Tafur Galvis] [...] “disciplina del orden jurídico que absorbe o recubre como género cinco especies: el derecho penal delictivo (reato), el derecho contravencional, el derecho disciplinario, el derecho correccional y el derecho de punición por indignidad política o impeachment”

Refiriéndose a la edificación dogmática de la teoría de la independencia del derecho disciplinario, enseña el Profesor Sánchez Herrera en la obra *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario*, que la Ley 734 de 2002:

[...] “sentó las bases para la construcción de una dogmática propia y autónoma al señalar los criterios que fundamentan el tipo, el ilícito y la culpabilidad disciplinaria”²⁰⁸

El tratadista anteriormente referido, en la tercera edición de su obra, señala que la relación de sujeción especial demarca el [...] “ámbito de persecución del derecho disciplinario” y precisa [...] “la posibilidad de que un individuo sea sujeto pasivo de esa persecución”

Según el Consejo de Estado en Sentencia con Radicación 11001-03--25-000-2010-00127-00(0977-10), 2012, existen elementos comunes para los diferentes regímenes punitivos, aun así cada régimen tiene su particularidad, especialmente los derechos penal y disciplinario, puesto que por la misma conducta se pueden imponer sanciones en los dos ámbitos, sin que por ello se considere violación al principio constitucional de *non bis in idem*, y reitera la independencia del derecho disciplinario ante el derecho penal, aunque reconociendo que ambos comparten algunos principios tales como los principios rectores de tipicidad y de legalidad.

²⁰⁸ SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIVO MANUEL. *Dogmática practicable del Derecho Disciplinario*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público: 2005. No. 13. ISBN: 9789588059730. p. 16

1. DESARROLLO NORMATIVO (ALEMANIA, ESPAÑA, COLOMBIA)

1.1. DESARROLLO NORMATIVO ALEMÁN

El origen de la figura en estudio nace en Alemania en los albores del siglo XIX, con el inicio del constitucionalismo alemán a través del Acta de Viena de 1814, época en la cual, las relaciones de los funcionarios del Estado y del cuerpo militar se encontraban subordinadas a la discrecionalidad del monarca, asumiendo aquellos unas cargas especiales, mayores a las que debía asumir la sociedad en general, mantenían unas relaciones de subordinación general con el Parlamento y disfrutaban plenamente de su libre albedrío, con el único limitante de responsabilidad por algún proceder considerado como ilícito.

Enseña el profesor Gómez Pavajeau que, para la época referida, por los especiales vínculos entre las personas y el Estado, el individuo quedaba a la merced del poder estatal, entregando todos sus derechos laborales al Estado, quien tenía pleno poder decisorio con relación a la función laboral a cargo de aquel²⁰⁹.

Así las cosas y para una mejor comprensión del tema, es preciso recordar que el territorio de la actual Alemania tuvo los siguientes grandes periodos constitucionales (Historia del constitucionalismo alemán, s.f.):

²⁰⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. 2003. Op. cit.

1.1.1. El Sacro Imperio Romano germánico

Conocido como el I Reich²¹⁰, rige entre la edad media y los inicios de la edad contemporánea; el poder lo ejercía el emperador romano germánico; época feudalista en la que no había constitución formal, aunque un grupo de acuerdos actuaban como tal.

Con el Acta de Viena de 1814, el constitucionalismo monárquico se estructuró en torno a los poderes del Parlamento, al cual le correspondía establecer los derechos individuales y sociales; y a los poderes del monarca, a quien le competía la organización del Estado. Así, se distingue entre la ley en sentido material, que era expedida por el Parlamento, con la cual podría afirmarse que se regulaban las relaciones generales de la sociedad; y las normas expedidas por el rey, dirigidas a organizar la administración y a regular las funciones estatales; el Monarca disponía de entera libertad para bajo un marco de subordinación especial, expedir reglas de conducta que contenían expresos deberes de lealtad, obediencia y fidelidad, elementos de expresión del Derecho Disciplinario pero sin las garantías constitucionales que hoy lo nutren.

1.1.2. La Constitución del Imperio Alemán.

Periodo conocido como el II Reich, rige desde 1871, fecha en que se unifica el Estado, se proclama a Guillermo I como el Káiser²¹¹ y se promulga la Constitución de corte imperialista, la cual le otorgaba poderes especiales a su emperador; el Parlamento era de composición bicameral, en la cámara

²¹⁰ Palabra alemana que traduce Imperio.

²¹¹ Título alemán que significa Emperador.

baja se aprobaban las leyes, pero no tenía competencia alguna con relación al gobierno, menos aún frente al Káiser. Continuando así, hasta 1918, año de la derrota de Alemania en la primera guerra mundial y la abdicación del emperador Guillermo II.

Para Siburg²¹² en el Código General Prusiano que regía a finales del siglo XVIII, sección de los delitos de los servidores del Estado, a las infracciones de naturaleza propiamente disciplinaria, se les daba el mismo tratamiento que a los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos. Y la Ley Prusiana de 1844, introdujo una notable diferencia procesal entre los delitos y las faltas disciplinarias, señalando que los tribunales ordinarios eran competentes para investigar y sancionar los delitos cometidos por los funcionarios, mientras que las faltas contra la disciplina se debían resolver en la vía disciplinaria, creando una jurisdicción especial disciplinaria. Posteriormente se expidió la Ley imperial de funcionarios de 1873, a la cual sucedieron las correspondientes codificaciones de los diferentes estados.

1.1.3. La Constitución de la República Democrática de Weimar

Dicha Constitución²¹³ fue expedida tras la derrota alemana en la primera guerra mundial; de corte democrático, se incluyó por primera vez el vocablo "social", señalando que el Estado busca promover la justicia social; establecía la elección del presidente a través del voto popular, dotado de fuerte autoridad y poderes incluso para disolver el Parlamento; rigió desde

²¹² SIBURG, Friedrich-Wilhelm. La jurisdicción disciplinaria en la República Federal alemana. En: Revista de administración pública. 1965. p. 387-412.

²¹³ La Constitución de la República de Weimar, Alemania, 1919. Op. cit. Ciudad alemana donde se reunió la Asamblea Nacional Constituyente y en la cual se proclamó la nueva constitución, que fue aprobada el 31 de julio de 1919.

1919 hasta 1933, fecha en la que el Partido Nazi²¹⁴ obtuvo la mayoría en las elecciones.

1.1.4. La Constitución durante la Alemania Nazi.

Denominada como el III Reich, se caracterizó por adoptar modificada, la Constitución de Weimar, aunque no aplicada en algunos de sus apartes, dado que Adolfo Hitler asume *de facto* el poder, desconociendo los valores de democracia y libertad logrados durante el anterior periodo republicano. Con la Ley de funcionarios alemanes, que afectaba a todos los funcionarios que directa o indirectamente dependían del Reich²¹⁵, y con el reglamento disciplinario, normas que fueron expedidas en 1937, se unifica el Derecho Disciplinario.

1.1.5. La Ley Fundamental.

Consta de 12 puntos principales, basados en los conceptos de derechos fundamentales, la competencia de las cámaras alta y baja, del Presidente Federal y del poder judicial, entre otros; fue aprobada desde 1949, pero solamente entró a regir en todo el territorio desde 1990, momento en que se reunificaron la República Federal de Alemania con la República Democrática Alemana²¹⁶.

El artículo 33.4 de la Ley Fundamental establece que los funcionarios del servicio público están sujetos a una relación de servicio y de lealtad, bajo un

²¹⁴ Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán.

²¹⁵ Por Ley de 1939 se señaló que los funcionarios de cada Estado eran funcionarios del Reich.

²¹⁶ Ley fundamental de Bonn, constitución para Alemania Occidental, 1949. Op. cit.

régimen de Derecho Público, cuya regulación legal está contemplada en el artículo 33.5. Por su parte el artículo 94.4 establece la posibilidad de crear tribunales federales especiales para que conozcan, mediante un procedimiento disciplinario, de los actos disciplinarios dirigidos contra los funcionarios, quienes según lo señala la propia norma, se hallan en una *relación de servicio público con el Estado*²¹⁷.

El *Reglamento Disciplinario Federal* establece como campo de aplicación, a los funcionarios activos²¹⁸ y retirados²¹⁹, sometidos al poder disciplinario por estar unidos al Reich por una *relación jurídico-pública de servicio y fidelidad*²²⁰.

Enseña el tratadista español Alejandro Nieto²²¹ que la intervención estatal acentuada frente a determinados sujetos, con desconocimiento del respeto a sus derechos fundamentales y al principio de legalidad, la intervención se justifica, bajo la institución de las Relaciones Especiales de Sujeción, se mantuvo en vigencia de la Constitución de Weimar, en el nacionalismo e incluso en vigencia de la Ley Fundamental de Bonn y ante las innumerables críticas doctrinales recibidas, dada su incompatibilidad con un auténtico Estado Constitucional de Derecho, a través de la Sentencia del 14 de marzo de 1972, dando un giro en la jurisprudencia, en la cual el Tribunal Constitucional Federal señala que las relaciones especiales de sujeción no

²¹⁷ Ibid.

²¹⁸ El reglamento disciplinario no se aplica a los empleados y obreros, pues para ellos se regula en las normas laborales y convenios colectivos, la posibilidad de terminación del contrato de trabajo, cuando hayan cometido alguna conducta considerada como grave.

²¹⁹ Excepto los jueces y soldados, quienes no son considerados como funcionarios. Los jueces, al igual que los magistrados, tienen leyes especiales con un procedimiento equivalente al disciplinario. Los Ministros del Gobierno Federal tampoco son considerados funcionarios.

²²⁰ La denominada Relación Funcionarial

²²¹ NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit. p. 223.

impiden la aplicación de las garantías fundamentales de la reserva de ley y del respeto a los derechos fundamentales²²².

1.2. DESARROLLO NORMATIVO ESPAÑOL

El constitucionalismo español nace prácticamente con el Estatuto de Bayona²²³, al cual le siguieron la Constitución española de 1812, el Estatuto Real de 1834²²⁴, las Constituciones españolas de 1837, de 1845, de 1869, de 1876 y de 1931²²⁵, y la actual Constitución española de 1978.

Tanto los delitos como las sanciones tienen su fundamento en el Título I, Capítulo Segundo, Sección Primera, de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas, numeral 1 del artículo 25 de la Constitución española de 1978²²⁶, que establece el principio de legalidad.

El Real Decreto Legislativo 5 de 2015, contiene el Estatuto Básico del Empleado Público Español; se aplica en términos generales, al personal funcionario y al personal laboral al servicio de la Administración General del Estado, al personal de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla, al personal de las entidades locales, de los organismos públicos, agencias y entidades de derecho público de las administraciones públicas con personería jurídica, al igual que a las universidades públicas y

²²² Sentencia BVerfGE 33, 1 (15), 1972. Op. cit.

²²³ La Constitución de Bayona, Carta de Bayona o Estatuto de Bayona, fue promulgada en la ciudad francesa de Bayona.

²²⁴ No es una Constitución en sentido estricto, pues no emanaba de la soberanía nacional, sino una *Carta Otorgada*, fruto de la soberanía del rey absoluto que auto limitaba sus poderes por propia voluntad.

²²⁵ Entre 1138 y 1977 se expidieron ocho Leyes Fundamentales que organizaban los poderes del Estado durante la dictadura franquista.

²²⁶ Constitución Española, 1978. Op. cit.

al personal docente y al estatutario de los servicios de salud. Dicho estatuto señala las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos que se encuentran incluidos en su ámbito de aplicación y determina además las normas aplicables al personal laboral al servicio de las administraciones públicas, incluyendo su evaluación y responsabilidad por su gestión²²⁷.

El Título VIII, artículos 92 y siguientes, contiene el *Régimen Disciplinario*, aplicable sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o de aquella penal que se pueda derivar de la conducta; no obstante, se señala que en caso de que en la instrucción del proceso surjan indicios fundados de la presunta comisión de un delito, se suspenderá su trámite y se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal²²⁸.

1.3. DESARROLLO NORMATIVO COLOMBIANO

La Constitución Nacional de 1886, en su artículo 143, contemplaba la atribución de los funcionarios del Ministerio Público, de supervigilar la conducta oficial de los empleados públicos; para esa época el Ministerio Público era ejercido por el Procurador General de la Nación, bajo la suprema dirección del gobierno nacional y en materia disciplinaria las sanciones que la Procuraduría podía imponer por faltas graves o gravísimas, consistían en solicitud de suspensión o solicitudes de destitución, según el caso, solicitudes que los nominadores bien podían acoger, o por el contrario, desatender²²⁹.

²²⁷ MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 5 (30 de octubre de 2015). "por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público"

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Constitución Nacional de Colombia, 1886. Op. Cit. art 143.

La Constitución Política de 1991, consagró la autonomía, independencia y categorías propias del derecho disciplinario, señalando en su artículo 6° una especial relación de sujeción que une a los servidores públicos con el Estado, diferente de la responsabilidad general del común de los particulares. Para Forero Salcedo:

“La base supralegal sobre la cual reposa el control disciplinario en Colombia se sustenta, entre otros, en los artículo primero y segundo de la Constitución Política, principios fundamentales y fines esenciales del Estado, respectivamente, dado que, para garantizar sus fines, se amplifican los deberes de los servidores estatales, adquiriendo estos un plus de responsabilidad y adoptando el nombre de deberes funcionales”²³⁰ [...]

Otros precisos y claros referentes constitucionales del Derecho Disciplinario se encuentran determinados en los artículos 26, 118 *in fine*, 122, 123 *in fine*, 124, 217 inciso 2, 218, 256 numeral 3 y 277 numeral 6 de la Carta Política.

El Código Disciplinario Único contenido en la Ley 200 de 1995²³¹, tuvo como característica especial la unificación de las distintas codificaciones que en materia disciplinaria existían para los diferentes tipos de servidores públicos, aunque con un insuficiente catálogo de deberes y prohibiciones y una clasificación de faltas que no correspondían a la gravedad de los hechos.

²³⁰ FORERO SALCEDO, José Rory. Alternativas constitucionales para enfrentar la corrupción administrativa en Colombia. En: Lecciones de Derecho Disciplinario. Vol. 12. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2009

²³¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 200 (28 de julio de 1995). “Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial N° 41946.

Posteriormente se expidió la Ley 734 de 2002²³², con el cual se dio un salto gigantesco para la elaboración y desarrollo de una dogmática disciplinaria con categorías propias, como la ilicitud sustancial y la culpabilidad, acogiendo además un sistema de incriminación genérica de faltas culposas.

El Código Único Disciplinario estructuró la falta disciplinaria bajo las categorías de incumplimiento de deberes, de extralimitación de derechos y de funciones, de incursión en prohibiciones y de violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses; fue concebido buscando garantizar el buen funcionamiento de la administración pública y buscó suplir las deficiencias de la Ley 200 de 1995, antes referida, agilizar el régimen disciplinario y servir de herramienta en la lucha frontal contra la corrupción, propósitos que conforme a la realidad actual de nuestro país, pareciera que sólo han quedado en buenas intenciones.

En virtud de la citada ley, el ámbito de aplicación de la Ley disciplinaria empieza a abarcar excepcionalmente a los particulares que presten un servicio público o sean encargados para ejercer una función pública, quienes deben responder exclusivamente por infracción de la constitución y la ley.

Los interventores de contratos de obras estatales son sujetos particulares igualmente cobijados por la ley disciplinaria, dado que realizan actividades de vigilancia y control sobre las obras públicas contratadas por el Estado,

²³² Ley 734, 2002. Op. cit.

con facultades para dar órdenes a los contratistas y solicitar la suspensión de las obras, autorizar pagos con cargo a su ejecución, entre otras funciones, reemplazando al aparato estatal en este tipo de actividades consideradas como funciones públicas.

La Ley 1952 del 28 de 2019, conocida como Código General Disciplinario, cuya entrada en vigencia se prorrogó hasta el 1 de julio de 2021²³³, derogó el referido Código Único Disciplinario, contiene entre otras modificaciones, la organización, ajuste de las faltas graves y la creación de nuevos comportamiento típicos considerados como faltas gravísimas; introduce modificaciones en el límite de las sanciones disciplinarias, al parecer más coherentes con la imputación objetiva; garantiza el principio constitucional de la doble instancia para los aforados; suprime los procedimientos ordinario y verbal existentes, adoptando un procedimiento disciplinario único, de índole mixto, en el cual se contempla la etapa de instrucción en forma ordinaria-escritural, y la etapa de juzgamiento en forma verbal a través de la respectiva audiencia; y suprime la figura de la caducidad adoptada por la Ley 1474 de 2011²³⁴, instituto que se considera no es acorde con la naturaleza del régimen disciplinario.

Precisamente en materia de graduación sancionatoria, acierta el Código General Disciplinario con relación a la nueva clasificación de las faltas y límite de sanciones, imponiendo castigos menos severos al autor de una conducta calificada como gravísima por la ley disciplinaria, que ha sido

²³³ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1955 (25 de mayo de 2019). "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022" Diario oficial. 50964. art 140. "Prórroga código general disciplinario; Prorróguese hasta el 1 de julio de 2021 la entrada en vigencia de la Ley 1952 de 2019"

²³⁴ Ley 1474, 2011. Op. cit.

declarado responsable por cometer la infracción a título de culpa gravísima, frente a la misma acción que ha sido realizada dolosamente.

Así, expresamente en su artículo 48 tasa en forma diferencial el *quantum* de la inhabilidad a imponer para las faltas gravísimas cometidas con dolo, y aquellas cometidas a título de culpa gravísima, reduciendo el término de la inhabilidad para estas últimas, dado que, al no existir un comportamiento doloso por parte del autor de la conducta, la infracción es menos gravosa en términos punitivos.

Para las demás formas de culpabilidad y tipos de faltas, las sanciones a imponer descritas en el Código General Disciplinario en términos generales son más altas, eliminando la sanción de amonestación escrita para las faltas leves culposas que señalaba el artículo 44-5 de la Ley 734 de 2002²³⁵, y en su lugar disponiendo que, para este tipo de conductas y faltas, la sanción a imponer será la de multa entre 5 y 20 días de salario básico devengado.

El inciso 2 del artículo 217 constitucional establece un régimen legal especial disciplinario para las Fuerzas Militares y en el inciso primero del artículo 218 consagra igualmente un régimen disciplinario con categoría de ley para los miembros de la Policía Nacional²³⁶.

Conforme la especificidad de la función pública que los integrantes de la Fuerza Pública deben atender, ha señalado la Corte Constitucional que sus regímenes disciplinarios sólo pueden abarcar aquellas faltas que inescindiblemente afecten el servicio público encomendado. Empero, en

²³⁵ Ley 734, 2002. Op. cit.

²³⁶ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit. art. 217

atención al vínculo especial de sujeción por las especiales atribuciones relacionadas con el servicio público de seguridad asignadas, se extiende la vigilancia de su conducta cuando se encuentren en determinadas situaciones administrativas por fuera del servicio, siempre y cuando la conducta cuestionada sea conexas con las funciones asignadas.

Precisamente la Ley 1015 de 2006, contiene el régimen disciplinario especial para los miembros de la Policía Nacional, señalando que el procedimiento que se debe aplicar en la investigación y sanción de las conductas cometidas por sus destinatarios es el general establecido para los servidores públicos, contenido hoy en día en el Código General Disciplinario²³⁷.

Tema de especial análisis requiere la recién expedida por el Congreso de la República, Ley 1862 de 2017²³⁸, que contiene las normas de conducta de los militares y el código disciplinario militar, la cual fue sancionada el 4 de agosto del año en cita y cuya vigencia apenas inició el 4 de febrero de 2018. Ha de señalarse que el artículo 252 de la nueva ley derogó expresamente la Ley 836 de 2003²³⁹, la cual contenía el anterior régimen disciplinario de las Fuerzas Militares.

La citada Ley 1862 de señala que la disciplina militar es el factor de cohesión con la que se obliga a mandar con responsabilidad y a obedecer lo mandado y le permite al superior exigirle al subalterno ejecutar las órdenes con exactitud y sin ninguna vacilación; precisamente entre los valores militares, se resaltan la *obediencia*, bajo el entendido de cumplir la voluntad

²³⁷ Ley 1015, 2006. Op. cit.

²³⁸ Ley 1862, 2017. Op. cit.

²³⁹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 836 (Julio 16 de 2003). Por la cual se expide el reglamento del régimen disciplinario para las fuerzas militares. Diario Oficial 45251

de quien manda, y la *disciplina*, que se define como cumplir las normas y órdenes, reconociendo la autoridad²⁴⁰.

Se impone con la ley referida, una especial relación de supervisión y actuación contra los oficiales, los suboficiales, los soldados y los infantes de marina de las Fuerzas Militares, que se consideran sujetos disciplinarios cuando cometan una conducta en servicio activo, o cuando cometan faltas disciplinarias que no están relacionadas con el reglamento académico o disciplinario de las escuelas de capacitación y centros de entrenamiento, entendiéndose así que la norma señala una especialísima relación de sujeción en dichos eventos.

Por su parte a los alumnos de las escuelas de formación de oficiales, a los suboficiales, a los soldados y a los infantes de marina se les aplica el reglamento académico y disciplinario de las respectivas escuelas.

El Código de Ética y Disciplinario del Congresista, contenido en la Ley 1828 de 2017, señala el marco normativo de responsabilidad ética y disciplinaria de senadores y representantes a la Cámara, por conducta que sean consideradas como indecorosas, irregulares o inmorales en que éstos puedan incurrir en ejercicio de sus funciones, o con ocasión de las mismas; son titulares de la citada acción disciplinaria las comisiones de ética, sin perjuicio de la atribución disciplinaria en cabeza del Procurador General de la Nación, para adelantar los procesos por los actos o conductas no

²⁴⁰ Ley 1862, 2017. Op. cit.

contemplados expresamente en la referida ley, con los cuales se desconozcan la Constitución, la ley, el bien común o su dignidad²⁴¹.

Teniendo en cuenta que algunas personas en virtud de un mandamiento judicial, se encuentran sometidas a la privación de la libertad, hecho que genera unas relaciones de sujeción intensificadas, que le permiten al Estado, en búsqueda de su resocialización, imponerles otras limitaciones adicionales a la privación de la libertad, el Código Penitenciario y Carcelario contenido en la Ley 615 de 1993²⁴², abarca el régimen disciplinario especial dirigido a quienes se encuentran en la señalada situación jurídica.

Dada la responsabilidad que generan las especiales y muchas veces delicadas funciones de algunas profesiones liberales, a quienes las ejercen igualmente les cobija especiales relaciones de sujeción, algunas veces intensificadas, otras de ellas aminoradas, carga que nace del contenido del artículo 26 constitucional, en el cual se establece la libertad para todas las personas de escoger profesión u oficio.

Es así que la Ley 1123 de 2007, conocida como el Código Disciplinario del Abogado, regula el procedimiento y sanciones a aplicar por los consejos seccionales de la judicatura, por el ejercicio ilegal de la abogacía, aplicable tanto para abogados, como para aquellos que se encuentran suspendidos o excluidos de la profesión²⁴³.

²⁴¹ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1828 (23 de enero de 2017). "Por medio de la cual se expide el código de ética y disciplinario del congresista y se dictan otras disposiciones"

²⁴² CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 615 (19 de agosto de 1993). "Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario" Diario Oficial No. 40.999

²⁴³ Ley 1123, 2007. Op. cit.

El Código de Ética Médico, contenido en la Ley 23 de 1981, le otorga al Tribunal Nacional de Ética Médica, la facultad de adelantar los procesos disciplinarios ético-profesionales que se deban iniciar por las irregularidades que se presenten en el ejercicio profesional de la medicina²⁴⁴.

La Ley 43 de 1990, le otorga a la Junta Central de Contadores, la facultad de control y vigilancia de los contadores públicos²⁴⁵.

El artículo 5 literal e) de la Ley 1006 de 2006 le asigna al Colegio Colombiano del Administrador Público, las funciones de Tribunal de Ética de los Administradores Públicos, ello sin perjuicio de las acciones que los diferentes organismos judiciales y de control deban adelantar²⁴⁶.

El artículo 12 literal c) de la Ley 1090 de 2006, se asigna al Colegio Colombiano de Psicólogos, la facultad de conformar el Tribunal Nacional Deontológico y Bioético de Psicología, Mediante Leyes 911 de 2004, 35 de 1989 y 482 de 2003 se les otorga facultades disciplinarias a los tribunales nacionales de Enfermería, Odontología e Ingeniería.

²⁴⁴ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 23 (18 de febrero de 1981). "Por la cual se dictan normas en materia de ética médica" Diario Oficial No. 35.711

²⁴⁵ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 43 (13 de diciembre de 1990). "Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones"

²⁴⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1006 (23 de enero de 2006). "Por la cual se reglamenta la profesión de Administrador Público y se deroga la Ley 5ª de 1991" Diario Oficial No. 46.160.

2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL (ALEMANIA, ESPAÑA, COLOMBIA).

2.1. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL ALEMÁN

Según lo señalan Reviriego Picón y Brage Camazano, debido a las innumerables críticas recibidas por del Tribunal Constitucional Federal Alemán, a partir de 1972 se originó un cambio en su jurisprudencia, modificando la tradicional en la cual se había señalado que no se requería la existencia de autorización legal en el seno de dichas relaciones para restringir los derechos fundamentales²⁴⁷.

Así, mediante Sentencia proferida el 14 de marzo de 1972, el Tribunal Constitucional Federal Alemán, refiriéndose a los derechos fundamentales de quienes se encuentran privados de la libertad, señaló que la restricción de los derechos fundamentales de los reclusos en el seno de una relación de sujeción especial, debe estar amparada por una ley y en caso de ausencia previa, sólo se pueden limitar sus derechos en forma provisional, cuando sea necesario, para el logro de los fines de la sociedad²⁴⁸.

En la sentencia referida se conminó al legislador para que profiriera una ley en materia de ejecución de las penas, que según lo sostienen algunos doctrinantes alemanes, era reclamada por cierto por la opinión pública y la doctrina científica desde hacía cien años. Tiene además esta jurisprudencia relevancia en el marco de la relación escolar, y bajo sus criterios se

²⁴⁷ REVIRIEGO PICÓN, Fernando y BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus letrados. *En*: Revista europea de derechos fundamentales. (16), 2010. p. 45-98

²⁴⁸ Sentencia BVerfGE 33, 1 (15), 1972. Op. cit.

desarrollaron, además, teorías como la esencialidad de la ley, del servicio militar y de la relación funcional²⁴⁹.

2.2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL

La jurisprudencia constitucional española (Relaciones de sujeción especial, n.d.), en Sentencia 175 de 2000, señala que, para el caso de las personas recluidas en un centro penitenciario, la sujeción especial surge de una institución existente previamente, la cual proyecta su autoridad frente a quienes ingresan en ella²⁵⁰; mientras que en Sentencia 119 de 1996, indica que en el centro penitenciario se requiere "garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro"²⁵¹, lo que implica, según se complementó en Sentencia 140 de 2002, que sea necesario ajustarse a las normas que se encarguen de regular la vida al interior del establecimiento²⁵².

En Sentencias del Tribunal Constitucional 120 del 27 de junio de 1990, 35 del 11 de marzo de 1996 y 207 del 16 de diciembre de 1996, se señala que además del obvio derecho fundamental de libertad personal, pueden ser limitados otros derechos fundamentales de los reclusos, como los derechos de integridad física, de intimidad personal, de reunión, de manifestación, de asociación, secreto de las comunicaciones, huelga, petición colectiva, al igual que las libertades de expresión y de información.

²⁴⁹ Ibid.

²⁵⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA Sentencia 175 (26 de junio de 2000) [M.P. don Julio Diego González Campo]

²⁵¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA Sentencia 119 (8 de junio de 1996) [M.P. don Fernando García-Mon]

²⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA Sentencia 140 (3 de junio de 2002) [M.P. don Pablo García Manzano]

Adicionalmente la jurisprudencia española, frente a las Relaciones Especiales de Sujeción, entre otras, ha proferido las siguientes sentencias:

- Mediante Sentencia 93 de 1984, se admite como relaciones de sujeción especial, la existente entre la Administración y los funcionarios.
- Mediante Sentencia 74 de 1985, se admite como Relaciones de sujeción especial, la existente entre la administración y los militares.
- Mediante Sentencia 114 de 1987, se admite como Relaciones de sujeción especial, la existente entre la administración y los miembros de un Colegio Profesional.
- Mediante Sentencia 219 de 1989, se admite como Relaciones de sujeción especial, la existente entre la administración y los profesores de los centros docentes.

2.3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL COLOMBIANO

Como se señaló en el capítulo anterior, el desarrollo de la teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción como categoría dogmática del derecho sancionador, nace en Colombia de la jurisprudencia especializada a partir de los años 80, sirve de punto de partida para afirmar que a través de su desarrollo, se pueda aceptar la *autonomía del derecho disciplinario*, derecho administrativo sancionador con categorías propias, que le permiten un desarrollo autónomo y desenvolvimiento independiente de otras ciencias del derecho, como lo son el derecho penal y el derecho administrativo.

Según lo enseña el profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau²⁵³ en su obra, dicha categoría dogmática es citada por primera vez en nuestra jurisprudencia nacional, en la Sentencia C-417 de 1993, figura analizada para explicar la particular situación de los sujetos de derecho disciplinario a quienes les asiste una relación laboral de subordinación para con el Estado²⁵⁴.

Precisamente la referida Sentencia C-417 señala la imposibilidad para que:

“el Estado alcance sus fines, sin un sistema jurídico que se encuentre enderezado a regular el comportamiento disciplinario de su personal, como lo es el Derecho Disciplinario, el cual es consustancial a la organización política y además tiene un lugar preferente dentro del conjunto de las instituciones jurídicas, a través del sometimiento a unas reglas generales y abstractas, que impidan un comportamiento arbitrario²⁵⁵

Puntualmente en la Sentencia C-244 de 1996, la Corte Constitucional, al aceptar la existencia de similitudes y simultáneamente marcadas diferencias entre las acciones penal y disciplinaria, reza que:

[...] “la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública[...] cuya finalidad consiste en [...] garantizar

²⁵³ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. 2003. Op. cit.

²⁵⁴ Gómez Pavajeau, 2013, pág. 34

²⁵⁵ Sentencia C-417, 1993. Op. cit.

el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo"²⁵⁶

En posterior sentencia de constitucionalidad C-280 de 1996, señala que:

[...] “la potestad disciplinaria se manifiesta; sobre aquellas personas naturales que prestan una función pública bajo la subordinación del Estado, incluida una relación derivada de un contrato de trabajo, dado que cuando se manifiesta [...] una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona²⁵⁷, resaltando el componente de subordinación de los servidores públicos para con el Estado, yugo que no cobija al común de los particulares, por el cual hace a aquellos como acreedores de la potestad disciplinaria y sus consecuencias”²⁵⁸

Precisamente en sentencia C-948 de 2002²⁵⁹, afirma la Corte que existen grandes diferencias entre el derecho penal y los demás derechos sancionadores, que deben ser reconocidos, dado que aquel afecta el derecho fundamental de libertad, hecho que implica la plena y rigurosa aplicación de las garantías procesales, además sus mandatos van dirigidos contra todas las personas en general; mientras que con demás derechos sancionadores se aplican otras sanciones que no afectan la libertad física, además:

²⁵⁶ Sentencia C-244, 1996. Op. cit.

²⁵⁷ Sentencia C-280, 1996. Op. cit.

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Sentencia C-948, 2002. Op. cit.

[...] “sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal”²⁶⁰ (Subrayas propias)

Al respecto, en sentencia C-244 de 1996²⁶¹, indica que en el caso que se simultáneamente adelante por los mismos hechos y contra el mismo sujeto, no se considera que exista identidad de objeto, o identidad de causa, dado que:

[...] “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”²⁶²

²⁶⁰ En esta providencia se reitera la jurisprudencia expuesta mediante Sentencia C-597, 1996. Op. cit.

²⁶¹ Sentencia C-244, 1996. Op. cit.

²⁶² Ibid.

Más adelante se afirmó en la misma sentencia que, aunque existen algunas similitudes entre las acciones penal y disciplinaria, dado que ambas emanan de la potestad punitiva del Estado, las dos se originan en la violación de normas que consagran conductas que se consideran como ilegales y buscan además demostrar la responsabilidad del sujeto, para una vez demostrada imponerle la respectiva sanción, dichas acciones:

[...] “no se identifican, ya que la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la Administración en el ámbito de la función pública y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo. Dichas sanciones son impuestas por la autoridad administrativa competente o por la Procuraduría General de la Nación, ente que tiene a su cargo la vigilancia de la conducta oficial de los servidores estatales”²⁶³

En aplicación de la facultad constitucional de revisión de las sentencias de tutela otorgada en el artículo 89, mediante Sentencia de Tutela T-596 de 1992, con relación a la relación jurídica entre el preso y la administración penitenciaria, indica la Corte que:

[...]“se encuentra en una relación especial de sujeción, diseñada y comandada por el Estado; que lo sitúa en una posición preponderante y se manifiesta en el poder disciplinario y cuyos límites están determinados

²⁶³ Jurisprudencia reiterada mediante Sentencia C-181, 2002. Op. cit.

por el reconocimiento de los derechos del interno y por los correspondientes deberes estatales que se derivan de dicho reconocimiento”²⁶⁴

En la Sentencia referida se precisó dicha especial relación de sometimiento que mantienen los reclusos con el Estado, pero no les impide que puedan mantener su rol de sujetos activos de derechos, así tengan suspendidos algunos de ellos, tales como la libertad, y mantengan limitados otros, como la comunicación o a la intimidad; sin embargo, siguen gozando plenamente de derechos fundamentales como el derecho a la vida, a la integridad física y a la salud.

Concluyó la Alta Corporación que frente a la administración el recluso “se encuentra en una relación especial de sujeción, diseñada y comandada por el Estado”²⁶⁵, con derechos y deberes a favor de ambas partes, dado que los presos no tienen derechos que se puedan considerar como de menor categoría, y aunque algunos se encuentran restringidos o limitados, la pena que se le impone no está en contradicción del pleno ejercicio de los derechos no restringidos y limitados, los cuales deben ser protegidos y respetados por igual, como los de cualquier otra persona.

²⁶⁴ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela T-596 (10 de diciembre de 1992). [M.P. Ciro Angarita Barón] Referencia: Expedientes T-4368, T-4466 y T-4665 de los Juzgados Primero y Segundo Penales del Circuito de Calarcá. Peticionarios, Diego de Jesús Restrepo, Julio César Jiménez Ocampo, James Mosquera Velásquez. Temas, Funciones y aplicaciones de la pena; Castigo carcelario y dignidad humana; el calabozo; el prisionero y el Estado; y la situación carcelaria.

²⁶⁵ Ibid.

Adicionalmente en Sentencia de Tutela T-077 de 2013, señala la Corte, que la prudencia de la Alta Corporación ha desarrollado:

[...] “la noción de **relaciones especiales de sujeción** como base para el entendimiento del alcance de los deberes y derechos recíprocos, entre internos y autoridades carcelarias. **Estas relaciones de sujeción** han sido entendidas como aquellas relaciones jurídico-administrativas en las cuales el administrado se inserta en la esfera de regulación de la administración, quedando sometido “a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales”. Históricamente el Estado ha tenido una posición jerárquica superior respecto del administrado, sin embargo, bajo la figura de las relaciones especiales de sujeción esa idea de superioridad jerárquica se amplía permitiéndole a la administración la limitación o suspensión de algunos de sus derechos”²⁶⁶ (negritas y subrayados Propios)

En la Sentencia referida la Corte reitera su posición respecto a que los presos tienen una vinculación con el Estado [...] “por una especial relación de sujeción que dota a las autoridades carcelarias y penitenciarias de la potestad para limitar algunos derechos fundamentales”, dado que en dicho evento, la integración del interno para con la administración [...] “es de carácter forzoso y responde a la necesidad de la administración “de tutelar la seguridad de los restantes ciudadanos, poniéndola a salvo del peligro que representan las conductas de ciertos individuos”²⁶⁷, así, aunque entre las

²⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. sentencia de Tutela T-077-13 del (14 de febrero de 2013). [M.P. Alexei Julio Estrada] Referencia: expediente T-3.646.858. Acción de tutela instaurada por Jorge Aldidier Ramírez Torres contra el Complejo Carcelario y Penitenciario de Ibagué Picaleña “COIBA”.

²⁶⁷ Ibid.

consecuencias jurídicas de esta relación especial es la posibilidad que tienen las autoridades penitenciarias y carcelarias de suspender o de restringir el ejercicio de algunos de los derechos fundamentales de quienes están privados de la libertad, como lo son los derechos a la libertad de locomoción y a la intimidad familiar, al igual que el libre desarrollo de la personalidad, entre otros, dado que dicha relación [...] “impone al Estado el deber de respetar y garantizar integralmente otra serie de derechos que no admiten restricciones o limitaciones, como la vida, la dignidad humana y la salud”²⁶⁸

Señala la Corporación que [...] “ésta especial relación de sujeción resulta ser determinante del nivel de protección de los derechos fundamentales de los reclusos e, igualmente, acentúa las obligaciones de la administración”²⁶⁹ dado que impone a favor de los internos, el deber de asegurarles el goce efectivo de aquellos derechos fundamentales que no se encuentran limitados por la especial situación de indefensión en la que estas personas se encuentran, puntualizando que ha sido enfática la Corporación en que dichas relaciones:

[...] “deben sustentar unos principios constitucionales que autoricen el sometimiento jurídico, especial y estricto del administrado; En el caso de las personas privadas de la libertad, la disposición de una estructura administrativa para implementar centros de reclusión penal, tiene como fin garantizar la posibilidad de que el Estado aplique penas privativas de la libertad (artículo 28 C.N); A su turno, dichas penas tienen una función protectora y preventiva, pero su fin fundamental es la resocialización, en

²⁶⁸ Ibid.

²⁶⁹ Ibid.

tal sentido, las amplias potestades reconocidas a favor del Estado en el marco de las relaciones de sujeción encuentran justificación en cuanto puedan ser consideradas mecanismos idóneos para alcanzar la resocialización de los responsables penales”²⁷⁰

En Sentencia proferida el 14 de mayo de 2018²⁷¹, el Consejo de Estado mantuvo la sanción disciplinaria que había sido impuesta por la Contraloría General de la República a uno de sus funcionarios, por hechos acaecidos cuando el disciplinado y la quejosa se trasladaban a la participación de unas actividades recreativas y culturales para los empleados del citado órgano de control fiscal, esto es, la participación en dichas actividades provenía de su vinculación a la Contraloría General de la República; además, el sancionado se transportaba en los buses que la entidad destinó para tal fin y su participación sería en representación de la Entidad, así, se consideró que aunque su conducta ocurrió por fuera del horario laboral y de las instalaciones de la Contraloría, la falta se cometió en el desarrollo de una actividad institucional, por lo cual su comportamiento no podía ser considerado como de la órbita privada del servidor público, quien no podía desprenderse de sus deberes de servidor público, ni le estaba permitido incurrir en las prohibiciones contenidas en la Constitución y en la ley.

²⁷⁰ Ibid.

²⁷¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación 11001-03-25-000-2013-01092-00(2552-13). (17 de mayo de 2018). [M.P. William Hernández Gómez] Sección Segunda. Subsección “A”. Actor Francisco Javier Guillermo Barreto Vásquez. Demandada Contraloría General De La Republica. Referencia acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Se señala en la providencia referida que:

[...] “el sustento de la potestad sancionadora del Estado, tratándose de la conducta de las personas que desarrollan función administrativa, se deriva de las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del derecho disciplinario que les obliga a soportar unas cargas y obligaciones adicionales a las de cualquier ciudadano, en la medida en que es su responsabilidad la consecución de los propósitos estatales, las cuales tienen su origen en lo regulado por el artículo 6 de la Constitución Política que literalmente prevé: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”²⁷²

Se indica además que la ejecución de la función pública que pretende cumplir los fines del Estado y la satisfacción del interés general [...] “conlleva que quienes deben cumplirla lo hagan con respeto y acatamiento de los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política”²⁷³, ante lo cual considera que para que se configure una infracción disciplinaria no se requiere que la conducta analizada genere un resultado, esto es, que cause un daño al Estado.

²⁷² Ibid.

²⁷³ Ibid.

Se recuerda en la providencia referida que

[...] “la Corte Constitucional ha señalado que sobre los servidores públicos pueden existir cargas adicionales a las que se exigen al común de los ciudadanos, en razón a que estos son la representación del Estado y los encargados de velar por el bienestar general de la comunidad, luego les corresponde con sus actuaciones ser ejemplo en cuanto al cumplimiento del ordenamiento jurídico”²⁷⁴

Finaliza el Consejo de Estado señalando que el **deber funcional** que la Ley 734 de 2002, surge de:

[...] “la relación especial de sujeción existente entre el Estado y los servidores públicos. Específicamente, hace referencia a la obligación que le asiste a estos de: i) Cumplir el conjunto de funciones asignadas a su cargo, ii) actuar conforme la Constitución Política, la ley o el reglamento, y, iii) garantizar el adecuado funcionamiento del Estado, la prevalencia del interés general y de los fines del Estado. En efecto, el deber funcional es catalogado como el medio a través del cual se cumplen los fines estatales”²⁷⁵

3. DESARROLLO DOCTRINAL (ALEMANIA, ESPAÑA, COLOMBIA)

Para el tratadista español Alejandro Nieto, las Relaciones Especiales de Sujeción, igualmente denominadas relaciones de Supremacía Especial, son consideradas como:

²⁷⁴ Ibid.

²⁷⁵ Ley 734, 2002. Op. cit. art. 5

[...] “una vieja creación del Derecho alemán imperial mediante las cuales se justificaba una fuerte intervención sobre determinados sujetos-sin respeto a sus deberes fundamentales ni al principio de la reserva legal-que resultaría intolerable para los ciudadanos que se encontraban en una relación de sujeción general”²⁷⁶

Señala que la figura llegó a España desde 1961 y se ha utilizado para justificar regímenes exorbitantes, en el periodo de ausencia de Constitución, y sólo en los últimos años se han visto algunos indicios de cambios jurisprudenciales, igualmente ante las insistentes críticas doctrinales, analizando finalmente que:

[...] “esta clase de relaciones de sujeción especial están reconocidas en la Constitución y cuentan con un Derecho material, con rango de ley, propio, que explicaría fácilmente sus peculiaridades sancionadoras”²⁷⁷

Según el tratadista alemán Otto Mayer, la Relación Especial de Sujeción es considerada como “una dependencia acentuada, que se instituye a favor de una determinada administración pública respecto de todos los sujetos que entran en la relación especial prevista”²⁷⁸

Define el tratadista español Mariano López Benítez:

[...] “Prototipo de relación jurídico-administrativa, caracterizada por la duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa

²⁷⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit. p. 222-229

²⁷⁷ Ibid.

²⁷⁸ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Op. Cit. 1994. p. 56-61

de la Administración, con sentimiento a un régimen de especial tratamiento de su libertad y de otros derechos fundamentales de forma adecuada de cumplir los fines específicos que la misma persigue”²⁷⁹

Para la doctrina colombiana especializada, la figura de la relación especial de sujeción se considera como la categoría dogmática superior del derecho disciplinario.²⁸⁰

El profesor *Gómez Pavajeau* considera las relaciones Especiales de Sujeción como:

[...] “unos vínculos especialmente estrechos entre una persona y el Estado, y que implicaron, en una época, que el individuo quedara a merced del poder; es decir, prácticamente el individuo no tenía o entregaba todos sus derechos y el Estado podía hacer con él lo que a bien tuviere en cuanto a su relación laboral, considerando que ese estrecho vínculo aún subsiste y seguirá subsistiendo, sólo que no con el contenido de arbitrariedad que tuvo en épocas pasadas”²⁸¹

Según Sánchez Herrera, actualmente:

[...] “las relaciones de especial sujeción son fundamento del derecho disciplinario y se constituyen en el principal criterio de imputación de la conducta disciplinable, pues no solo determinan desde lo formal el

²⁷⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Op. cit. p.73

²⁸⁰ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Jurisprudencia y dogmática disciplinaria*. Bogotá: Nueva Jurídica, 2013. ISBN: 9789588809014. p.102

²⁸¹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. *Dogmática del derecho Disciplinario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. ISBN: 9789587727173. 6ª ed. p. 186-187

vínculo existente entre el servidor público, el particular que cumple una función pública y el estado, lo que implica la existencia de importantes compromisos, sino que además garantiza que sólo es pertinente formular una imputación en lo disciplinario cuando el comportamiento del agente entra en interferencia con la función, el servicio a cargo, señalando a renglón seguido que: en sede disciplinaria funciona como un principio rector, en cuanto los servidores públicos y los particulares que cumplen función pública están comprometidos de forma particular y especial para con el Estado y con los ciudadanos, pues a ellos compete garantizar y hacer efectivos los derechos fundamentales de los últimos”²⁸²

Para López Molano, la teoría de la Relaciones Especiales de Sujeción sirve para:

“regular, prevenir, controlar e imponer sanciones en aquellas actividades que han salido de su seno orgánico y se han trasladado a los agentes de la sociedad civil, como respuesta categórica a las distintas modalidades de privatización o traslado de funciones del Estado a particulares”²⁸³

Para Nelson Hernández Mesa, las relaciones de sujeción especial se constituyen como:

[...] “el fundamento dogmático sobre el cual descansa el derecho disciplinario, como forma de explicar su autonomía e independencia del derecho penal. En cuanto a la aplicación matizada de los mismos

²⁸² SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Bogotá: Nueva Jurídica, 2016. ISBN: 9789588450766. p. 126

²⁸³ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. 2003. Op. cit. p. 23

principios que operan en esta materia, esto es, la flexibilización de las garantías formales (reserva de ley) y materiales (tipicidad) de principio de legalidad"²⁸⁴

Para el profesor Forero Salcedo, la teoría de las relaciones especiales de sujeción es una especie de

[...] "parcela jurídica, capaz de establecer y limitar derechos e imponer deberes, prohibiciones, señalando que dichas relaciones: proporcionan un insumo dogmático importante para entender el fenómeno, en tanto explica el porqué de la limitación de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos"²⁸⁵

Para Isaza Serrano, las Relaciones Especiales de Sujeción son:

[...] "un derivado doctrinal de las regulaciones existentes sobre el ejercicio de las funciones públicas, es decir, son, desde la perspectiva del Estado, la forma como este ata a quien ejerce funciones públicas, para que la realice de la forma diseñada por aquel y no otra, y desde la otra perspectiva, a la forma como es condicionado su destinatario a hacer sus tareas públicas"²⁸⁶

²⁸⁴ HERNÁNDEZ MESA, Nelson. Nociones del Concepto Relaciones de Sujeción Especial. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2001. p. 135

²⁸⁵ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, 2007. Op. cit. p.18

²⁸⁶ ISAZA SERRANO, Carlos Mario. Teoría General del Derecho Disciplinario. Aspectos históricos, sustanciales y procesales. Bogotá: Temis, 2009. ISBN: 978-9583507540. p. 53

Según Pedro Alfonso Hernández, a partir del vínculo jurídico entre los servidores públicos y el Estado, no existe una relación especial de sujeción, esto es:

[...] “en el ámbito de los deberes funcionales no juegan un papel relevante las *relaciones especiales de sujeción* de los servidores públicos con el Estado”²⁸⁷

Señala el autor en obra posterior, que las Relaciones Especiales de Sujeción:

[...] “constituyen un muro de contención contra las pretensiones de excesivo garantismo o de un exagerado ritualismo en desarrollo de los procesos disciplinarios, lo cual podría conducir a la impunidad. Nada justifica el reconocimiento de pleno derechos y garantías a favor de los investigados en un proceso disciplinario”²⁸⁸

Para Jaime Mejía Ossman:

[...] “en nuestro Estado Social de Derecho, se traducen en el sometimiento restrictivo de algunos derechos fundamentales de quienes prestan una función pública al Estado, llámese servidor público o particular, en respuesta a la salvaguarda del interés general y a la proyección de sus principios, fines y funciones de naturaleza estrictamente constitucionales; En el campo del derecho disciplinario, las Relaciones Especiales de Sujeción, permiten la limitación de los derechos fundamentales de sus

²⁸⁷ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Pedro. Alfonso. La ilicitud sustancial es una categoría autónoma en el régimen disciplinario. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010. p. 41

²⁸⁸ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Pedro. Alfonso. Función pública y relaciones especiales de sujeción. 2013. [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2YiulvH> > p. 28

destinatarios, siempre y cuando, dichos derechos, sean limitados por la ley del legislador”²⁸⁹

²⁸⁹ MEJÍA OSSMAN, Jaime. Op. cit.

CONCLUSIONES

Según lo enseña el tratadista alemán Friedrich Karl von Savigny, para que una norma tenga sentido, esto es, para poder darle su alcance y verdadera interpretación, se requiere que sea compatible con la voluntad del legislador. En Colombia, por voluntad del legislador primario, esto es, el constituyente de 1991, se dispuso en el artículo 6° de la Carta Política, adoptar la figura de responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, decisión desarrollada a través de otros siguientes artículos constitucionales, y plasmada a través de las leyes disciplinaria comúnmente conocidas como Código Único Disciplinario y Código General Disciplinario.

Y es que contrario con lo que sucede con la generalidad de los particulares y su ámbito de relaciones generales de sujeción, contenidos en el artículo 16 constitucional, el cual reconoce el derecho al libre desarrollo de su personalidad que le asiste al común de los individuos, con el límite del respeto a los derechos de los demás y el de cumplir con el ordenamiento jurídico, la Constitución y la ley le imponen a los servidores públicos, adicionales deberes para con el Estado, por la relación jurídica que el cargo desempeñado representa, denominados comúnmente *Relaciones Especiales de Sujeción*.

Aceptando que el término *Relaciones Especiales de Sujeción*, no se encuentra expresamente plasmado en nuestra Carta Política, con esta u otra similar denominación, no se puede desconocer que dicha categoría dogmática surge, como ya se señaló, de la interpretación del contenido del artículo 6° constitucional; Así, desde los albores de la Corte Constitucional, ha sido reconocida y analizada en sus diversas providencias, institución bajo

la cual, a través de la jurisprudencia y con la ayuda de avezados doctrinantes criollos, ha sido el cimiento para reconocer la autonomía e independencia del derecho disciplinario.

Y es que el Derecho Disciplinario, como rama del derecho sancionador, posee sus propias categorías dogmáticas de tipicidad²⁹⁰ y culpabilidad²⁹¹, las cuales, aunque comparten denominación, difieren en concepto de las del derecho penal, aparte de otras exclusivas como la ilicitud sustancial²⁹², de suerte que las mismas conductas en las que un juez penal haya proferido una sentencia absolutoria, el operador disciplinario podrá en un momento dado y conforme a las categorías propias del derecho disciplinario ya enunciadas, declara un fallo totalmente contrario a la decisión penal, imponiendo al investigado la sanción disciplinaria a la que se hiciera acreedor.

Explica el Profesor Gómez Pavajeau su denominación de **categoría dogmática superior del derecho disciplinario** a la figura de la **Relación Especial de Sujeción**, señalado que:

[...]“es incuestionable su factura genética *dogmática*”, toda vez que nace en el ámbito de la *Teoría General del Derecho*, como expresión del

²⁹⁰ Ley 1952, 2019. Op. cit. Se deroga el Código Único Disciplinario y algunas disposiciones de la ley 1474, 2011. Op. cit. (Estatuto Anticorrupción), relacionadas con el derecho disciplinario.

²⁹¹ Ibid. art. 10. Culpabilidad. “*En materia disciplinaria solo se podrá imponer sanción por conductas realizadas con culpabilidad. Las conductas solo son sancionables a título de dolo o culpa. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva*”

²⁹² Ibid. art. 9. Ilicitud Sustancial. “*La conducta del sujeto disciplinable será ilícita cuando afecte sustancialmente el deber funcional sin justificación alguna; Habrá afectación sustancial del deber cuando se contraríen los principios de la función pública*”

conceptualismo y formalismo jurídico, en búsqueda de la determinación y sistematización de los conceptos jurídicos fundamentales"²⁹³

Efectivamente a través de la teoría de las *Relaciones de Sujeción Especial* se legitima la existencia y fines del derecho disciplinario, dado que como se señaló en Sentencia C-280 de 1996, "el cumplimiento de funciones públicas implica la asunción de cargas especiales"²⁹⁴, como lo es precisamente la generada, con todos sus rigores, por el derecho disciplinario, dirigido tanto a los servidores públicos como a los particulares que cumplen funciones públicas, en casos de incumplimiento del primordial deber general que como tal les asiste, de propender por el buen funcionamiento del aparato estatal, sin que se pueda afirmar que el instituto en estudio otorga facultades ilimitadas al Estado, en cabeza de quien aplica la respectiva ley disciplinaria, para que desconozca los derechos fundamentales y garantías constitucionales y legales que les asiste a los sujetos procesales.

Se entiende como **Dogmática Del Derecho Disciplinario**, el método de estudio de las normas que conforman esta rama del Derecho, en búsqueda de una correcta y unificada interpretación de la ley disciplinaria.

Así, teniendo como punto de partida que la dogmática le otorga soluciones efectivas para la correcta interpretación y aplicación integral de la ley, en caso de vacíos, contradicciones o inconsistencias, podemos concluir además, que la dogmática disciplinaria es una efectiva herramienta para que al decidir los asuntos sometidos a su consideración, el operador

²⁹³ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario, 2017. Op. cit. p. 23-24

²⁹⁴ Sentencia C-280, 1996. Op. cit.

disciplinario, al momento de interpretar y de aplicar la ley disciplinaria, pueda solucionar satisfactoriamente los vacíos, contradicciones o incongruencias detectadas, garantizando con ello la efectividad de los principios que le asisten a los sujetos procesales, al igual que la prevalencia de la justicia y la efectividad del derecho sustantivo, fines últimos de la ley disciplinaria.

A manera de conclusión se puede afirmar que través de la dogmática disciplinaria se reduce el margen de error en la toma de decisiones disciplinarias. Más aún, contribuye a disminuir el margen de libertad que, bajo el amparo de la discrecionalidad para interpretar la ley, tiene el juez disciplinario en la toma de decisiones, reduciendo los posibles caprichosos atropellos mediante sanciones e inhabilidades desproporcionadas e inmerecidas que a través de la facultad sancionadora éste podría imponer.

Es referente además de la aplicación efectiva del principio de igualdad contenido en los artículos 15 del CDU y 7º del CGD; y es que tanto procedimiento como sanción, deben ser adelantados y aplicados por igual a todos los destinatarios de la ley disciplinaria, sin diferencia alguna, salvo los criterios agravantes y atenuantes señalados por la propia ley, al momento de graduar la respectiva sanción.

BIBLIOGRAFÍA

- ASAMBLEA NACIONALCONSTITUYENTE. Constitución Nacional de Colombia. (5 de agosto de 1886). art 143.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1006 (23 de enero de 2006). "Por la cual se reglamenta la profesión de Administrador Público y se deroga la Ley 5ª de 1991" Diario Oficial No. 46.160
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1015 (7 de febrero de 2006). "Por medio de la cual se expide el Régimen Disciplinario"
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1123 (22 de enero de 2007). "Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado". Diario oficial No. 46519.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1862 (4 de agosto de 2017). "Por la cual se establecen las normas de conducta del Militar Colombiano y se expide el Código Disciplinario Militar". Diario Oficial No. 50.315
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1955 (25 de mayo de 2019). "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022" Diario oficial. 50964.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 200 (28 de julio de 1995). "Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único". Diario Oficial N° 41946.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 23 (18 de febrero de 1981). "Por la cual se dictan normas en materia de ética médica" Diario Oficial No. 35.711
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 43 (13 de diciembre de 1990). "Por la cual se adiciona la Ley 145 de 1960, reglamentaria de la profesión de Contador Público y se dictan otras disposiciones"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 615 (19 de agosto de 1993).
"Por la cual se expide el Código Penitenciario y Carcelario" Diario Oficial
No. 40.999

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 734 (febrero 5 de 2002) "Por
la cual se expide el Código Disciplinario Único" Diario Oficial No. 44.708.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 836 (Julio 16 de 2003). Por
la cual se expide el reglamento del régimen disciplinario para las fuerzas
militares. Diario Oficial 45251

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Radicación
11001-03-25-000-2013-01092-00(2552-13). (17 de mayo de 2018). [M.P.
William Hernández Gómez

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-181 (12 de marzo de
2002 [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-214 (28 de abril de
1994). [M.P. Antonio Barrera Carbonell]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-244 (30 de mayo de
1996) [M.P. Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-417 (4 de octubre,
1993). [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-948 (6 de noviembre
de 2002). [M.P. Álvaro Tafur Galvis]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. sentencia de Tutela T-077 (14 de
febrero de 2013). [M.P. Alexei Julio Estrada]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia de Tutela T-596 (10 de
diciembre de 1992). [M.P. Ciro Angarita Barón]

FORERO SALCEDO, José Rory. Alternativas constitucionales para enfrentar la
corrupción administrativa en Colombia. En: Lecciones de Derecho

- Disciplinario. Vol. 12. Bogotá: Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público, 2009
- FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (15), 2007.
- GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LOPEZ, Mario Roberto. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9587101251
- GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LOPEZ, Mario Roberto. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9587101251.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho Disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. ISBN: 9789587727173. 6ª ed.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Jurisprudencia y dogmática disciplinaria. Bogotá: Nueva Jurídica, 2013. ISBN: 9789588809014.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La relación especial de sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (5). 2003.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9789587101256
- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Pedro. Alfonso. Función pública y relaciones especiales de sujeción. 2013. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2YiulvH>> ISAZA SERRANO, Carlos Mario. Teoría General del Derecho Disciplinario. Aspectos históricos, sustanciales y procesales. Bogotá: Temis, 2009. ISBN: 978-9583507540

- HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, Pedro. Alfonso. La ilicitud sustancial es una categoría autónoma en el régimen disciplinario. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2010.
- HERNÁNDEZ MESA, Nelson. Nociones del Concepto Relaciones de Sujeción Especial. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2001.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Ley fundamental de Bonn (23 de mayo de 1949). Constitución para Alemania Occidental) [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2y5s3pj>>
- MEJÍA OSSMAN, Jaime. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho. Bogotá: Leyer, 2011. ISBN: 9789584486189
- MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 5 (30 de octubre de 2015). "por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público"
- NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 2005. 4ª. ed. ISBN: 9788430942466.
- REVIRIEGO PICÓN, Fernando y BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Relaciones de sujeción especial e intervención de las comunicaciones entre los reclusos y sus letrados. En: Revista europea de derechos fundamentales. (16), 2010. p. 45-98
- SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Bogotá: Nueva Jurídica, 2016. ISBN: 9789588450766.
- SÁNCHEZ HERRERA, ESQUIO MANUEL. Dogmática practicable del Derecho Disciplinario. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público: 2005. No. 13. ISBN: 9789588059730.
- SIBURG, Friedrich-Wilhelm. La jurisdicción disciplinaria en la República Federal alemana. En: Revista de administración pública. 1965. p. 387-412.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 114 (6 de julio de 1987). [M.P. Don Jesús Leguina Villa]

TITULO VI

NATURALEZA JURIDICA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECION

Por: Clara Elena Orjuela Escobar²⁹⁵

INTRODUCCION

En un estado social y democrático de derecho como lo es el Estado colombiano, las relaciones especiales de sujeción son connaturales al mismo, en razón a la potestad disciplinaria de la cual es titular el Estado. En el artículo primero de la Ley 734 de 2002 (actual régimen disciplinario de los servidores públicos), así como en el segundo de la Ley 1952 del 28 de enero de 2019 (Código General Disciplinario, cuando entre en vigencia), claramente se indica que el Estado es el titular de la potestad disciplinaria.

Los destinatarios de la Ley disciplinaria son los servidores públicos, los particulares que ejerzan función pública y los indígenas que administren recursos del Estado, lo que de suyo implica que ellos tienen una relación especial de sujeción con el Estado, y que es esto lo que permite a que día a día se hable con mayor propiedad de la Autonomía del Derecho Disciplinario.

El Derecho disciplinario tiene como objetivo primero y último coadyuvar en la buena marcha de la administración pública, el cual se concreta cuando los servidores públicos y particulares que cumplen función pública,

²⁹⁵ Abogada egresada de la Universidad Católica de Colombia, con Especialización en Derecho Constitucional y Administrativo de la misma Universidad, con más de 25 años de experiencia, prestando sus servicios en la Personería de Bogotá, en diferentes áreas, principalmente en las delegadas de Asuntos Disciplinarios y en Contratación Administrativa.

desarrollan con eficacia sus deberes funcionales (deberes especiales de sujeción).

Así pues, es a través de la relación especial de sujeción, que no solamente se explica la relación de subordinación que hay entre los servidores públicos con el Estado, sino que también se justifica la potestad disciplinaria del Estado. La relación especial de sujeción, frente a los servidores públicos y a los particulares que ejercen función pública, establece y limita derechos, e impone deberes, prohibiciones, impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses.

Y es en tal virtud que la Corte Constitucional colombiana, ha utilizado la relación especial de sujeción en el marco del Derecho Disciplinario; para explicar la razón de su existencia y finalidad, así como el marco de los deberes y obligaciones cuyo incumplimiento justifica el ejercicio de la acción disciplinaria.

Ha de tenerse en cuenta que en el nacimiento, la categoría jurídica de «*las relaciones especiales de sujeción*», solo se relacionaba con los servidores o funcionarios públicos, y actualmente, a pesar de los múltiples detractores de la categoría, el alcance de esta se ha ampliado, en tanto que resulta aplicable no solo a los servidores públicos sino también a los particulares que asumen funciones públicas de manera transitoria, por cualquiera de los medios legales para el efecto, o permanente como los servicios públicos.

Igualmente, esta categoría también aplica para entender la intervención que tiene el Estado en el ejercicio de algunas profesiones liberales (abogacía, medicina contaduría, entre otras) o actividades reguladas

como la educación, la economía, la banca, etc., o del cumplimiento de funciones de custodia y protección como sucede con las personas privadas de la libertad o que cumplen con su deber de prestación del servicio militar obligatorio.

Esbozadas las cosas como han quedado, a lo largo del presente escrito se dilucidará o por lo menos se efectuará un acercamiento a la naturaleza jurídica de la relación especial de sujeción. Se explicará cómo se ha entendido y aplicado a lo largo de la historia, especialmente en Alemania como cuna de la figura, en España y Colombia.

Se precisará si la relación especial de sujeción es una figura jurídica, una categoría dogmática, es una figura jurídica de orden constitucional y el fundamento de la autonomía del derecho disciplinario, o simplemente con ella se explica la relación de subordinación entre el servidor público o el particular quien cumple función pública con el Estado.

1. DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECION EN ALEMANIA

Desde el punto de vista doctrinal para entender la razón de ser del Derecho Disciplinario en Colombia es determinante la teoría de las Relaciones Especiales de Sujeción en Alemania (cuna de la institución), toda vez que se enmarca en una única legitimidad: la democrática, así como en el principio del Estado de Derecho, donde se garantizan los derechos fundamentales y la validez de la reserva de ley sin excepciones.

La teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción explica la relación de subordinación que existe entre el servidor público que ejerce

función pública, que es lo que justifica la potestad disciplinaria del Estado, capaz de establecer y limitar derechos e imponer deberes, prohibiciones e impedimentos e inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses, a quienes se encuentran sometidos a esta especial relación jurídica: los funcionarios públicos y particulares que ejercen funciones públicas.

Ha de tenerse en cuenta que, como concepto político específico, las RES surgen en el ámbito del poder ejecutivo engendrado en la estructura de la monarquía constitucional alemana, como parte de los poderes del monarca, configurando la Administración del Estado como fruto de la autonomía del poder ejecutivo frente al poder legislativo que tuvo más auge en Alemania que en otras latitudes. Las tareas de la administración aumentaban y consecuentemente el número de funcionarios.

Los orígenes de la categorización jurídica de las relaciones especiales de sujeción, deben buscarse en las elaboraciones de la doctrina administrativista alemana de fines de siglo XIX y principios del XX.

En tal sentido, se ha indicado que uno de los primeros que la utilizó fue Paul Laband, en 1901, aplicándola a los funcionarios públicos en relación con sus superiores, se establece una relación funcionario-Estado, a través de un contrato que es regulado por el derecho público, donde el Estado para la realización de los fines propios, declara su voluntad de tomar a la persona a su servicio y de otro lado, el funcionario de servicio, de obediencia y fidelidad; el incumplimiento de sus obligaciones es un delito disciplinario.

Por su parte, uno de los primeros autores que se valió de la categorización que nos ocupa para diferenciar las relaciones de poder, de las relaciones

de derecho privado y de las relaciones de derecho de propiedad fue Shmitthenner; esta posición doctrinal sirvió para desemparejar el derecho público del privado, las relaciones públicas de las privadas, pero no sirvió para diferenciar las relaciones de sujeción general con las relaciones de sujeción especial. El concepto fue posteriormente desarrollado por Jellinek.

Sin embargo, es Otto Mayer quien representa el mayor exponente de la teoría en el derecho público alemán; es a él a quien se le debe el que este concepto se impusiera rápidamente y de manera general en derecho administrativo. En 1885²⁹⁶, explica esta categoría jurídica, como una dependencia acentuada, que se instituye en favor de una determinada administración pública respecto a todos los sujetos que entran en la relación especial prevista, citando como ejemplo el poder por razón del servicio sobre los funcionarios; se erige el derecho disciplinario como sistema de control formal y la potestad disciplinaria en tanto su instrumento de materialización, buscando garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado.

Ya en 1888, en la tercera edición 1924, de su gran tratado y en la sección dedicada al acto administrativo escribe:

²⁹⁶ "Comenta López Benítez que entabla la relación de sujeción particular por cualquiera de los dos modos, por la toma de posesión combinada con la ley o por el consentimiento que el interesado presta al acto administrativo del Estado, el servidor de este queda sometido a los intensísimos poderes que en su seno se ejercitan. Estos poderes se engloban en lo que Otto Mayer llama poder del servicio, es decir, un poder jurídico especial que se ejercen en nombre del Estado o del cuerpo de la administración propio sobre el obligado, para mantener o dirigir a éste en el cumplimiento exacto de sus deberes; Las manifestaciones externas de este poder son esencialmente dos: la orden jerárquica y el poder disciplinario. Por medio de la orden jerárquica se determina de forma obligatoria la conducta del subordinado y se genera en éste el consiguiente deber de obediencia. La otra manifestación, el poder disciplinario, cuya justificación la explica Mayer apelando a la idea de corrección pedagógica importada del derecho canónico"

“en conexión con el acto administrativo, pero esencialmente diferente de él, se encuentra la instrucción que se da en la relación de sujeción. Se designa como relación de sujeción la dependencia jurídica, en su sentido más amplio, en la que se encuentra el súbdito frente al Estado”²⁹⁷

En relación con lo acotado por Otto Mayer, se correlaciona el accionar del servidor público con la esencia del deber ser del Estado, manifestado en los resultados que la entidad despliegue, es decir, una vez la persona obtiene o es posesionada en el cargo adquiere el compromiso de materializar los propósitos del Estado, es por eso que queda sujeto a desempeñar su labor con el mayor despliegue de acuciosidad, pero también con honestidad.

Para Otto Mayer, sujeción significa:

“Vínculo de dos personas designadas desde el punto de vista del Derecho, cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior. En este sentido, la relación entre el Estado y el súbdito es un vínculo de sujeción importante; Pero, principalmente, con esta palabra queremos designar una relación de sujeción creada especialmente, para el súbdito, o más bien, para una cierta pluralidad de súbditos; Es una relación jurídica del Derecho Público por el cual el individuo está vinculado respecto del Estado, por efecto de la obligación general de regular su conducta conforme a un cierto interés público”²⁹⁸

Es de aclarar que no solo el funcionario adquiere una relación especial de sujeción para con el Estado y la comunidad en general, también quedan

²⁹⁷ MAYER, Otto. 1982. Op. cit.

²⁹⁸ Ibid.

sujetos al poder del Estado quienes se encuentran privados de la libertad y cualquier otra persona por la que el Estado tenga que responder por tener una dependencia directa con él.

Como se ha descrito hasta ahora, las RES, ocuparon un lugar preponderante en las obras de los *iuspublicistas* alemanes de los siglos XIX y XX. El tratamiento de la figura no fue sin embargo homogéneo. La relación entre esta categoría y otras del nascente derecho administrativo hace que las concepciones sobre estas últimas condiciones la comprensión de las primeras. Es de recordarse la gran inestabilidad política que caracteriza a Alemania en esa época y las consecuencias que esa inestabilidad proyecta en el mundo del derecho.

Doctrinalmente la figura fue estudiada entre otros por autores de la talla de Anschütz, Kahn, quien escribió la primera monografía sobre la materia, Fleiner, Thoma, Von Seydel, Herzfelder, Jellinek, Nawiasky, Merkl, Smend, Woll, Köttgen, Freudenberg.

Anschütz tiene unas concepciones jurídicas similares a las de Laband y Mayer, conforme a las cuales los sometidos a una RSE en el interior (*innerhalb*) del Estado, siendo verdadero ciudadano el que vive en lo que se podría denominar relación de sujeción general, ya que en este último caso se pueden dar relaciones jurídicas. En las RES no se dan porque las relaciones jurídicas no se pueden producir entre el Estado y sus órganos.

Kahn escribió la primera monografía sobre el tema, definiendo la RES como una:

“relación de autoridad y subordinación en virtud de un poder especial”, en el que puede estar voluntaria o involuntariamente, y que se caracteriza porque el poder al que se está sometido no tiene establecidas previamente las obligaciones a que se somete el afectado, sino que las determina el propio titular del poder. Su concepción también se extiende al derecho privado, señalando por ejemplo que los padres y los empresarios son titulares de ese poder especial. en esta misma línea se manifiesta Fleiner.

Como críticos de la categoría se encuentra Thoma, que exige la existencia de una habilitación legal, aunque sea mediata, El autor dice: [...] “el individuo debe obedecer mandatos que no surgen directamente de la ley, sino de forma mediata, y que tienen su origen en derechos de mando subjetivo”. La definición pone de manifiesto que junto a la habilitación mediata se da un poder de mando “*subjetivo*”, derivado de la cualidad del sujeto, lo que en sí mismo es contradictorio.

Seydel y Herzfelder, niegan la validez de la categoría RES entendida como poder ejercido extramuros del Derecho. Las sanciones imponibles a los funcionarios no son suficientes para sustentar la existencia de una RES, pues es el ejercicio de un poder, del que tiene un derecho sobre el que tiene una obligación, es decir, una conducta prevista por el Derecho, que en ningún caso significa la negación de la personalidad jurídica del funcionario.

Herzfelder considera que el poder no es derecho; que las relaciones de poder no son relaciones jurídicas, son algo fáctico. Los funcionarios no están

sometidos, en este sentido, a unas relaciones de poder, a un sometimiento puramente fáctico. Su relación con el poder tiene una base contractual.

La escuela de Viena, representada por Herrnritt, va en contra de la concepción de la RES, crítica la postura doctrinal de Mayer, al indicar que entra en contradicción con sus propios postulados, cuando fundamenta los poderes ejercitables en el ámbito de un establecimiento público como integrante del poder doméstico. Estos poderes constituyen en algunos casos mandatos jurídicos y en otras intervenciones directas en la libertad y en la propiedad, para los cuales, según la propia doctrina de Mayer, es necesario una base legal.

Para Merkl, no es preciso acudir a la categoría de las RES para explicar la existencia de ciertos deberes de los súbditos. Es instrumento suficiente y, además necesario para la obtención de esa finalidad el principio de legalidad.

Durante la época de Weimar, aun cuando a partir de 1918, se producen cambios importantes que se observan claramente en esa Constitución, como son el derrumbamiento de la Monarquía, supremacía de la ley y su vinculación a la administración, se mantiene la categoría de la RES, acogiendo los derechos fundamentales o el principio de legalidad de la administración.

Como bien lo describe el tratadista García Macho²⁹⁹, algunos de los cambios que sufrió la figura de la RES, se condensan como sigue: Los

²⁹⁹ GARCÍA MACHO, Ricardo. Op. cit. p. 57 a 59.

funcionarios ya no son considerados únicamente como servidores del Estado, sino también como ciudadanos. El artículo 130.2 de la Constitución de Weimar les garantiza los derechos a expresarse libremente y el de asociación, pero en el momento en que las asociaciones de funcionarios pongan en peligro la seguridad del Estado son ilegales, por cuanto son incompatibles con las obligaciones especiales de la función pública; lo que no significa que los fines de ciertas asociaciones son ilegales para los funcionarios, pero completamente legales para los demás ciudadanos.

Con lo anterior se precisa que se pueden restringir los derechos fundamentales de los funcionarios, siempre y cuando los mismos afecten la relación funcional y se haga necesaria la intervención administrativa. Que, para estos, así como para las fuerzas armadas están sometidos a una Relación Especial de sujeción que solamente se justifican por los fines que esas instituciones tienen que cumplir, y únicamente en el cumplimiento de esos fines se puede restringir el derecho fundamental.

Con la entrada en vigor de la Ley Fundamental de Bonn se reconoce expresamente todos los principios característicos del Estado de Derecho, el principio de legalidad en la actuación de la Administración, el reconocimiento de derechos fundamentales, con garantías judiciales frente al legislador³⁰⁰.

Se consagraron y proyectaron una serie de categorías dogmáticas, tales como la vinculación de los poderes públicos, reserva de ley, límites, la declaración de pérdida atribuida al Tribunal Constitucional Federal, tutela

³⁰⁰ Ley fundamental de Bonn, constitución para Alemania Occidental, 1949. Op. cit.

judicial efectiva, contenido esencial y la consideración de los derechos como valores objetivos, sobre las que se ha cimentado no solo el Derecho Constitucional, sino también el administrativo.

Después de la entrada en vigor de la LFB, la teoría de las RES, se sigue manteniendo superándose lentamente con ciertas dificultades, en la Ley no se hace ninguna referencia a la categoría, no hay precepto constitucional que, específicamente permita afirmar el reconocimiento constitucional de las RES. Lo único que el texto constitucional reconoce es la existencia de categorías, cuya configuración jurídica depende del legislador, con respeto a los principios constitucionales.

2. DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECION EN ESPAÑA

Antes de 1961, el concepto de relación especial de sujeción no era conocido ni utilizado por la Doctrina española a diferencia del Derecho alemán. Sin embargo, a lo largo del Siglo XIX España contempla en sus Constituciones una Monarquía Constitucional en la cual el rey reina y gobierna y goza de unas prerrogativas que le permiten al interior del Estado actuar a su libre albedrío.

En ese ámbito de discrecionalidad administrativa, se encontraban ubicados varios colectivos como empleados públicos, soldados, militares, etc., que estaban sometidos a una relación intensificada de la administración y que tenían que cumplir con los fines de esta, lo que de suyo implicaba que tenían un estatus especial y una relación jurídica diferente con la administración que los demás ciudadanos; en este momento se diferenciaban dos tipos de relaciones que se tejían entre los ciudadanos y la administración: la primera

de las mencionadas conexiones hace referencia al vínculo existente entre el Estado y el ciudadano común, mientras que la segunda relación era la generada entre el Estado y determinados colectivos que ostentaban un estatus especial.

En este segundo tipo de relación, al decir de la escritora María Lourdes Ramírez³⁰¹, es donde se originan lo que hoy conocemos como relaciones de sujeción especial, que desde sus orígenes hasta la actualidad las han compuesto un conjunto de individuos pertenecientes a colectivos relacionados con estudiantes, presos, funcionarios, militares y establecimientos públicos, son estos colectivos sometidos a esa relación más intensa, quienes tienen un status jurídico muy semejante al de estos mismos colectivos en el derecho alemán.

Otra forma de concebir la figura de relación especial de sujeción en España, con un contenido laxo, de acuerdo con la interpretación de la doctrina del Tribunal Constitucional-científica, ha permitido que dentro de este concepto se den relaciones de la más diversa índole. Es el caso de las personas que tienen relación con el mundo de los toros, de los vinos de denominación de origen, o con el servicio de autotaxis, los promotores de vivienda, etc. Lo que sin duda ha generado graves inconvenientes a la hora de determinar el alcance exacto de la figura.

En este sentido, es de traer a colación lo explicado por Anabitarte, frente a las relaciones especiales de sujeción, cuando sostiene que: "cualquier definición de las relaciones especiales de sujeción será siempre insuficiente

³⁰¹ RAMÍREZ, María Lourdes. Consideraciones a la Figura Jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Ámbito español. En: Vniversitas. (118), enero-junio, 2009. p 273-291.

y, por tanto, inútil”³⁰², porque según él, la ciencia del Derecho como ciencia conceptual es una ciencia de definir, es decir, se acota de la realidad en una situación de hecho y se califica siendo que la lógica que el concepto exija es parte de la labor del jurista. Remata diciendo que:

“cualquier definición dependerá del libre arbitrio de cada autor». Más sin embargo, sostiene que «no existe ninguna relación especial de sujeción, sino relaciones especiales de sujeción, o, mejor todavía, relaciones especiales jurídico-administrativas”³⁰³

Aunado a lo anterior y haciendo referencia a Thoma, en el tratado *Polizeibefehl*, vincula las relaciones especiales de sujeción con otras actividades como:

“la subordinación del criado al poder del señor, la del trabajador al propietario de la fábrica, la caja de seguro social sobre sus asegurados, sobre los empresarios, sobre las asociaciones profesionales y sobre los funcionarios; las autoridades superiores con su derecho a ordenar y poder disciplinario. Médicos, abogados y farmacéuticos, se ven sometidos a un tribunal disciplinario compuesto por miembros de sus respectivas profesiones; el estudiante está subordinado a la disciplina de la universidad”³⁰⁴

³⁰² GALLEGO ANAVITARTE, Alfredo. Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de la Legalidad de la Administración. Contribución a la Teoría del Estado de Derecho. Estudio Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Público del profesor MAINZ, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich, en el mes de diciembre de 1960.

³⁰³ Ibid.

³⁰⁴ ARDILA QUIRÓZ, Luis Eduardo. Las Relaciones Especiales de Sujeción entre el Estado y sus Funcionarios.

Es decir, toda persona que desarrolle una actividad se encuentra sujeto al poder disciplinario y si se quiere de corrección, por quien tiene a su cargo la vigilancia de aquel, se puede decir que dentro de las familias también existen las relaciones especiales de sujeción, incluso desde el noviazgo, pues el hecho de guardarse fidelidad implica un respeto por el compromiso con la otra persona.

Como hasta aquí se ha dicho, el concepto de la relación especial de sujeción fue asimilado y aplicado por la jurisprudencia con rapidez, toda vez que se adecuaba a la concepción que de Derecho tenía el régimen, no se contaba con el principio de legalidad, se sancionaba en la esfera interna de la administración mediante norma reglamentaria (a veces órdenes o circulares), a veces de plano y, por tanto, sin garantías para el administrado sujeto a la relación especial de sujeción.

Con la entrada en vigencia de la Constitución de 1978, se reconoce la legitimidad democrática (art.1.2) y el principio de Estado de derecho (art 1.1), donde se establece la garantía de los derechos fundamentales y validez de la reserva de ley sin excepciones, principios estos que conllevan a predicar que la figura de relación especial de sujeción no puede aplicarse a no ser que la Constitución lo establezca expresamente.

No obstante, a la luz de ese texto constitucional, se presentan límites expresos a determinados derechos fundamentales con respecto a personas que se encuentran en una relación especial.

En primer lugar, los presos pueden ver limitados de forma específica algunos derechos fundamentales como el de libertad personal, los de integridad

física (Sentencias del Tribunal Constitucional 120 de 1990 y 35 de 1996), intimidad personal (Sentencia del Tribunal Constitucional 207 de 1996), reunión, manifestación, asociación, secreto de las comunicaciones, huelga o petición colectiva, así como las libertades de expresión e información o de sindicación.

En segundo lugar, los funcionarios civiles, en virtud de la relación de sujeción especial que mantienen con la Administración pueden ver afectados sus derechos de reunión, manifestación, asociación, huelga o negociación colectiva y las libertades de expresión, de elección de residencia o de sindicación.

En tercer lugar, es posible que los militares también estén más circunscritos que los funcionarios civiles en los derechos a la vida, petición y sufragio pasivo o en la libertad de sindicación, aparte de que, en este ámbito, se permiten las sanciones privativas de libertad (artículo 25.3 de la Constitución, *a contrario sensu*) y los tribunales de honor (artículo 26 de la misma Constitución, también *a contrario sensu*), sin perjuicio de que tengan igualmente limitaciones específicas de importancia en los derechos de reunión, manifestación, asociación o intimidad.

Finalmente, algunos derechos fundamentales de los funcionarios policiales pueden igualmente tener limitados, por razón de la supremacía especialmente intensa que tiene sobre ellos la Administración, los derechos de reunión, manifestación y huelga, así como las libertades de expresión y de sindicación.

Argumentadas las cosas como han quedado, es procedente traer a colación como algunos doctrinantes españoles en contra y a favor de la figura de la RES, la han entendido:

López Benítez Mariano, uno de los defensores de la teoría en España, indicó que las relaciones especiales de sujeción son:

[...] “aquéllas por las que un administrado se inserta de forma duradera y efectiva en la esfera organizativa de la administración, en su esfera doméstica; Es esa inserción, en efecto, la que motiva que sea el mismo un pieza importante del funcionamiento de la organización administrativa, o del servicio que desempeña (voluntaria u obligatoriamente) o que utiliza con carácter duradero [...] Las relaciones especiales de sujeción, siguen siendo en definitiva, una institución necesaria”³⁰⁵

Otra definición de RES, dada por el autor, es:

[...] “Entendemos por relaciones especiales de sujeción, las relaciones jurídico administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”³⁰⁶

³⁰⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Op. Cit. 1994. p. 30,43.

³⁰⁶ Ibid. p. 161

Y en una de las obras más completas sobre la materia en España, señala la necesidad de estudiar las relaciones especiales de sujeción desde la perspectiva de la potestad disciplinaria del Estado, al indicar textualmente:

“A esta empresa hemos dedicado primordialmente el presente estudio, incluso en detrimento de otras cuestiones que pueden aparecer más llamativas cuando de relaciones especiales de sujeción se habla, tales como el análisis de la potestad disciplinaria, tema este, que cuenta por lo demás, con recientes y completas aportaciones”³⁰⁷ [...]

Por su parte García Macho, uno de los pioneros de la teoría en España, al respecto indicó:

“Sobre la base de los principios democrático y del Estado de Derecho, las relaciones de especial sujeción, solo pueden ser reconocidas allí donde la constitución lo hace; Esta efectivamente reconoce la existencia de status especiales (funcionarios, militares, presos, etc. Y, consecuentemente, con ello admite restricciones de algunos derechos fundamentales de esos colectivos. Estas restricciones solo pueden llegar hasta donde sea necesario para el buen funcionamiento de la institución”³⁰⁸

Su propuesta parte de la siguiente idea: Las relaciones de sujeción especial se constitucionalizaron en diferentes preceptos de la Constitución de 1978, así el artículo 25.2 de la CE que limita los derechos fundamentales de los presos; los artículos 28.1 y 103.3 que restringe el derecho de sindicación de

³⁰⁷ Ibid. p. 42.

³⁰⁸ GARCÍA MACHO, Ricardo. Op. cit. p. 252 y 253.

algunos cuerpos, como es el caso de los funcionarios de las Fuerzas Armadas y cuerpos sometidos a la disciplina militar artículo 29.2., o las limitaciones que se establecen a los jueces o magistrados del TC, artículos 127 y 159.4. Fuera de estos supuestos enunciados concretamente en el texto constitucional, la RES no estarían admitidas ya que vulneran “principios esenciales del Estado de Derecho”

Y uno de los críticos a esta categoría es Lasagabaster Herrarte, Iñaki, sobre el particular precisó:

“El tratamiento doctrinal de la figura de las RSE es muy escaso, no existiendo un concepto suficientemente elaborado, que permita fijar el alcance de la categoría y su funcionalidad. Con frecuencia se procede a enunciar las situaciones que se definen como RSE, así los militares, estudiantes, funcionarios, concesionarios, etc, sin tener en cuenta que aquellas características que se predicen de las RSE ya no se dan en esos casos. Esta ausencia de elaboración teórica de la figura provoca que muchas de las referencias que recibe sean meramente descriptivas, dando razón a la institución, pero sin aclarar su contenido. Esto hace que se defina como RSE una relación jurídica por el hecho de afectar a una actividad cuyo desarrollo está sometido a licencia”³⁰⁹

³⁰⁹ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Op. cit. p. 170 y 171.

Frente a la vigencia de la figura en España, el profesor Alejandro Nieto García, manifiesta que:

“La postura de nuestra jurisprudencia está montada sobre una relación dialéctica circular: la ambigüedad de los planteamientos teóricos conduce a la relajación de las decisiones de la misma manera que ésta pretende justificarse en aquella. La primera tarea que hay que realizar consiste, por tanto, en romper ese círculo auténticamente vicioso. Lo que no significa, ni mucho menos, prescindir de las relaciones de sujeción especial ya que se trata de una figura dogmáticamente impecable, técnicamente útil y que, además se encuentra recogida en la propia constitución”³¹⁰

Así mismo y como se manifestó en párrafos precedentes, las relaciones de sujeción especial han sido objeto de jurisprudencia constitucional del Tribunal supremo de tal suerte que:

Ha admitido como relaciones de sujeción especial la existente entre la Administración y los funcionarios (Sentencia 93 de 1984)³¹¹, la de los internos en prisión (Sentencia 74 de 1985)³¹², la de los militares (Sentencia 114 de 1987)³¹³, la de los miembros de un Colegio profesional (Sentencia 219 de 1989)³¹⁴ o la de los profesores de los Centros docentes (Sentencia 47 de 1990)³¹⁵.

³¹⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit. p. 229.

³¹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 93. (16 de octubre de 1984) [M.P. don Manuel García-Pelayo y Alonso]

³¹² Sentencia 74, 1985. Op. cit.

³¹³ Sentencia 114, 1987. Op. cit.

³¹⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 219 (21 de diciembre de 1989) [M.P. don Francisco Tomás y Valiente]

³¹⁵ Sentencia 47, 1990. Op. cit.

En el caso de las personas reclusas en un centro penitenciario, la sujeción especial deriva de que el interno se integra en una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes ingresan en ella (Sentencia 175 de 2000)³¹⁶, y esta relación de sujeción especial se desarrolla precisamente en un concreto centro penitenciario, dentro del cual es necesario "garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro" (Sentencia 119 de 1996)³¹⁷, lo que implica la necesidad de ajustarse a las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento (Sentencia 140 de 2002)³¹⁸.

Es de anotar que la consecuencia de una relación especial de sujeción es la rebaja o disminución de las garantías jurídicas de quienes son sujetos, así mismo se aplica de una manera particular el principio de legalidad, toda vez que se reduce su alcance en virtud de la facultad sancionadora.

La propia Constitución o las leyes imponen los límites en el disfrute de los derechos constitucionales. Sin embargo, en España, la categoría relación especial de sujeción no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos. Uno de estos derechos modulables en una relación administrativa especial es el derecho a la legalidad sancionadora del apartado 1 del artículo 25 de la Constitución, precepto que, si bien no contempla explícitamente ninguna situación o relación administrativa especial, de la concurrencia del mismo con otras normas

³¹⁶ Sentencia 175, 2000. Op. cit.

³¹⁷ Sentencia 119, 1996. Op. cit.

³¹⁸ Sentencia 140, 2002. Op. cit.

constitucionales sí se puede concluir que la propia Constitución contiene una modulación del derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito de ciertas relaciones administrativas especiales³¹⁹.

A propósito del principio de legalidad a que se refiere el artículo 25 numeral 1 de la Constitución Española surge la polémica planteada alrededor de si el Reglamento del Régimen Disciplinario de los funcionarios de la administración del Estado (RRDFAE) puede limitar los derechos fundamentales, en cuanto tal atribución estaría exclusivamente asignada a la Ley y no al Reglamento, concluyendo que el reglamento tiene una base legal precisa en la Ley 30 del 2 de agosto de 1984, que contiene medidas para la reforma de la función pública, que constituye su habilitación legal.

Este principio de legalidad sancionadora conlleva a que en España se prohíba a la administración sancionar por acciones u omisiones, que en el momento de producirse no constituyen falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en el momento, y de imponer sanciones que directa, o indirectamente, impliquen privación de libertad.

Así también el funcionario en una relación especial de sujeción, recibe un tratamiento distinto y más intenso del común de los ciudadanos, en virtud del cumplimiento de sus deberes funcionales, tal relación jurídica rige la reserva de ley y solo con fundamento en esta se pueden limitar sus derechos fundamentales.

³¹⁹ Sentencia 132, 2001. Op. cit.

De otro lado, las relaciones especiales de sujeción permiten diferenciar entre la potestad sancionadora de la administración y la potestad disciplinaria, por lo tanto, puede coexistir la sanción disciplinaria con la pena, lo que implica que no se aplica de manera estricta el principio *non bis in ídem*.

De igual manera, las relaciones especiales de sujeción consolidan en el campo disciplinario las categorías penales de tipicidad: principio de determinación legal y *numerus apertus*, antijuridicidad: ilicitud sustancial, incumplimiento del deber funcional y afectación a la función administrativa y culpabilidad: fenómeno del tipo disciplinario en que la culpa opera como regla general y el dolo como la excepción.

3. DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN EN COLOMBIA

Ha de partirse del hecho que el fundamento o razón del Derecho Disciplinario, desde el punto de vista doctrinal, es la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción, enmarcada en una única legitimidad: La democrática, así como en el Estado de Derecho, donde se garantizan los derechos fundamentales y la validez de la reserva de ley sin excepciones

El origen se presenta en la Monarquía Constitucional alemana y se ha venido desarrollando, acorde con los hechos históricos que allí se han presentado en los dos últimos siglos, trascendiendo con aceptación o sin ella a otros escenarios como el Estado español, que la viene proyectando al colombiano.

El ordenamiento jurídico de los Estados español y colombiano se fundamenta en valores tales como la libertad, la justicia, la igualdad y el

pluralismo político, garantizando la adecuada marcha de la administración pública, en pro del interés general, y de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la ley y al Derecho; lo que conlleva a la imposición de unos correctivos disciplinarios, siguiendo las fases de rigor de un expediente disciplinario, revestido de plenas garantías constitucionales, para los servidores públicos o particulares que cumplan función pública (deber especial de sujeción, objeto de la relación especial de sujeción), que con su actuar atenten contra tales postulados.

En Colombia, son los servidores públicos o los particulares que ejercen función pública, quienes son objeto de las relaciones especiales de sujeción y quienes están ligados al poder disciplinario del Estado, así se tiene que:

Los particulares se encuentran sometidos sólo a la Constitución y a las leyes, es decir, *viola jure-respondeo jure*. No ocurriendo lo mismo en cuanto se refiere a la responsabilidad de los funcionarios, en razón a que el Artículo 6º de la Constitución Política extiende dicha responsabilidad también a las conductas de omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Surgiendo entonces, el concepto de las Relaciones Especiales de Sujeción, sólo atinentes a la responsabilidad de los servidores públicos, en cuanto hace al ejercicio y cumplimiento de sus funciones y deberes, consideradas en su acción, omisión o extralimitación. Su origen se encuentra sustentado en el quebrantamiento o incumplimiento del deber.

El artículo 6º, de la Constitución Política, dispone:

“Los particulares solo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”³²⁰

A su vez el artículo 124 de la Carta Política reza: “La ley determinara la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”³²¹

El Derecho Disciplinario implica el ejercicio de un poder auto tutelar del Estado y funda su autonomía en la ilicitud sustancial originada en el quebrantamiento o incumplimiento de un deber funcional público, expreso, evidente, desvalor de acción que se entiende consumado por el incumplimiento del deber funcional o el quebrantamiento de normas constitucionales o legales, incluidas las de menor jerarquía, en un ambiente de relaciones especiales de sujeción entre el Estado Patrono y un subordinado servidor público.

Por su parte en el plano del Derecho Penal, se generalizan las relaciones, dando paso a las relaciones generales de sujeción, que están dadas para cualquier persona que despliegue la conducta descrita como punitiva, es decir, quien cometa el delito queda cobijado por el deber del Estado su corrección, y es así como cobra especial importancia las relaciones especiales de sujeción que surgen concretamente del artículo 6º de la Constitución Política citado atrás.

³²⁰ Constitución Política de Colombia, 1991.Op. cit.

³²¹ Ibid.

La categoría dogmática denominada relación especial de sujeción que tiene una naturaleza jurídica constitucional, en Colombia ha tenido un sin número de defensores como de detractores, de tal suerte que:

Profesores de reconocida experiencia en el derecho disciplinario como lo son Carlos Arturo Gómez Pavajeau, Mario Roberto Molano López y Federico Castillo Blanco, acogen la figura jurídica de relación especial de sujeción.

Para Gómez Pavajeau, la relación especial de sujeción es una categoría dogmática del Derecho Público, de origen constitucional y aplicable al ámbito de la función pública, en virtud de ella el servidor público tiene una especial posición jurídica frente al Estado, así como también se hace acreedor a obligaciones y deberes reforzados de exigencias en el resorte de la conducta oficial, en búsqueda de su configuración y encauzamiento en el ámbito de una ética de lo público, que prefiguran de una manera sui generis la estructura de la responsabilidad disciplinaria en el marco del respeto de los derechos fundamentales

Al respecto el doctor José Rory Forero, comenta que, no hay duda que el Derecho disciplinario se apoya en la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción, siendo ésta la que determina el vínculo que existe entre el funcionario público y la administración pública, como titular de la potestad disciplinaria³²².

³²² FORERO SALCEDO, José Rory. *Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo*. En: Revista Diálogos de Saberes. (25). 2006.

Además, indica que la relación especial de sujeción es el fundamento para explicar la limitación que al imponer sanciones se puede dar en el ejercicio del control disciplinario en cuanto al disfrute de ciertos derechos fundamentales del inculcado ya que tienden a flexibilizarse, en razón de tales situaciones y relaciones jurídico administrativas reconocidas expresamente por la Constitución y las leyes.

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana, ha ido elaborando con su jurisprudencia una teoría de relaciones especiales de sujeción en el contexto del derecho disciplinario, a fin de precisar el por qué una persona es sujeto de derecho disciplinario y la justificación de esa disciplina dentro de los cometidos del Estado Social, democrático y derecho como lo es el colombiano. No debe olvidarse que la naturaleza jurídica de la relación especial de sujeción es la misma constitución, tal como se indica en el artículo 6.

La relación especial de sujeción fue mencionada por primera vez en la sentencia C-417 de 1993, al señalar que:

“en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la administración y la aludida persona”³²³

En la sentencia C-244 de 1996, cubrió aún más la figura de relación especial de sujeción al indicar que:

³²³ Sentencia C-417, 1993. Op. cit.

“la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública, y se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc, y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo”³²⁴

De lo anterior se deduce que la relación especial de sujeción, no solo sirve para legitimar la existencia, funciones y fines del derecho disciplinario, sino también es el parámetro para construir las prohibiciones y mandatos disciplinarios.

Con la sentencia C- 280 de 1996, en vigencia de la Ley 200 de 1995, se indica que:

“en aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la Administración y la aludida persona”³²⁵

Lo que permite colegir que esa caracterización especial de subordinación con el Estado de una determinada persona lo incorpora en una relación especial de sujeción en cumplimiento de una función pública, y es en tal virtud que la misma se hace acreedora una serie de deberes y obligaciones

³²⁴ Sentencia C-244, 1996. Op. cit.

³²⁵ Sentencia C-280, 1996. Op. cit.

especiales, como servidor público por ejercer función pública y estar sujeto de una manera especialísima con el Estado, y surge la inminente necesidad de una disciplina autónoma (derecho disciplinario), que se encargue de salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos.

Así pues, la Corte Constitucional ha encontrado apoyo en la categoría de relación especial de sujeción, para explicar el ámbito de deberes funcionales y la relación jurídico-administrativa a la que se encuentra atado a quien tiene la calidad de servidor público.

Dentro de la vigencia 2000-2003, frente a la relación especial de sujeción, la jurisprudencia de la Corte Constitucional realizó un giro hacia la constitucionalización del derecho disciplinario, por tanto, con la sentencia C-181 de 2002³²⁶, se reitera la vigencia del concepto de “*relación especial de sujeción*”. así mismo lo hace la sentencia C-125-2003, con ponencia del mismo magistrado.

Tal como lo explica Mario Roberto Molano Torres³²⁷, en su estudio, la relación de sujeción especial en el Estado Social, infiere:

“las relaciones de sujeción especial, al tener desarrollo en el ámbito interno de la administración del Estado, permiten explicar a la luz de la Constitución³²⁸ mayores restricciones a los derechos fundamentales, una mayor capacidad normativa autónoma de la Administración frente al

³²⁶ Sentencia C-181, 2002. Op. cit.

³²⁷ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LOPEZ, Mario Roberto. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9587101251.

³²⁸ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit. art. 6. De donde proviene su naturaleza.

principio de legalidad y que la dota de mayores potestades sobre los individuos que se hallan vinculados a la misma"

Entonces tenemos que la relación especial de sujeción está ligada al modelo de Estado Social de derecho, lo que prueba aún más la naturaleza jurídica constitucional de la categoría y su especialísima aplicación en el derecho disciplinario, en razón de la salvaguarda de la función pública ejercida por el servidor público o por el particular, que la ejerza.

El Estado Social de derecho trae como principio fundamental el respeto a la dignidad humana, y así lo indica el artículo primero de nuestra carta magna³²⁹, este principio supremo invade todos los ámbitos donde existen personas naturales y por ende se incluye la relación del ser humano (servidor público con el Estado). La Constitución de 1991, tuvo como hito esencial la Ley Fundamental de Bonn³³⁰, consagrando el valor normativo de las normas constitucionales, y dentro de ellas la aplicación inmediata de los derechos fundamentales.

Pese a lo expuesto en precedencia en la evolución de las relaciones de sujeción especial, **las restricciones a los derechos fundamentales de los subordinados**, se han convertido en elemento esencial para el estudio y configuración de las mismas.

En las relaciones especiales de sujeción tradicionalmente se cuestionaba su vigencia, así como de las garantías constitucionales para su ejercicio. En el

³²⁹ Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República Unitaria, descentralizada...fundada en el respeto a la dignidad humana....

³³⁰ Ley fundamental de Bonn, constitución para Alemania Occidental, 1949. Op. cit.

contexto constitucional las relaciones de sujeción especial suponen una limitación forzosa de los derechos fundamentales, para quienes se hallan involucrados en las mismas como subordinados y, consiguientemente de las garantías jurídicas que están previstas para su concepción y ejercicio³³¹ .

En este sentido, la figura de la RES, necesariamente tienen un fundamento constitucional si en ella se restringen derechos de carácter fundamental, y así, resulta necesario identificar las técnicas que utilizan las constituciones contemporáneas para definir las restricciones expresas sobre el contenido básico de los derechos fundamentales que pueden verse afectados por este tipo de relación. Es a partir de esas técnicas que definen las limitaciones o restricciones expresas de los derechos, o las distintas modalidades de su ejercicio y protección, como debe operar el ámbito de reserva de ley, para perfilar o tipificar los distintos prototipos de relaciones de sujeción especial.

Así pues, el estudio de las relaciones de sujeción especial en el panorama constitucional debe realizarse dentro del marco general de las restricciones a los derechos fundamentales, así como dentro de las finalidades del interés general que invoque expresamente la propia constitución y que comporten el ejercicio de potestades administrativas.

Acorde con lo expuesto por Lasagabaster³³², las constituciones normalmente utilizan tres técnicas para la restricción de derechos, así:

³³¹ GARCÍA MACHO, Ricardo. Op. cit. p. 399 y ss.

³³² LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Op. cit. p. 373-383

Técnica de la Delimitación- Restricción implícita: Se permite el ejercicio del derecho, pero en algunas modalidades dicho ejercicio no cuenta con su protección.

Limitación Externa: Se trata de limitaciones al derecho que afectan su garantía e imponen cargas o prohibiciones a expresas modalidades de ejercicio del derecho.

Definir el Contenido Esencial: La Jurisprudencia comparada ha definido tres criterios: Describir las facultades necesarias para que el derecho sea reconocible; excluir aquellas determinaciones que hagan que su ejercicio no sea practicable; y, por último, excluir aquellas actuaciones que despojen al derecho de su debida protección, salvo el caso derivado de expresas delimitaciones constitucionales.

No obstante, lo anterior, no solamente se debe tomar en consideración la técnica constitucional para las restricciones de los derechos en su ejercicio y en su garantía, para estudiar la relación de sujeción especial, sino que adicional y esencialmente debe complementarse con las finalidades del interés general previstas en la Constitución para dar sustento al ejercicio de las potestades de naturaleza administrativa, para los cuales se establece la restricción.

Otra dificultad que surge es lo referente a la relación que hay entre el **principio de legalidad, reserva legal** y las relaciones de sujeción especial.

Como bien lo afirma el tratadista José Rory Forero³³³, el Régimen disciplinario de los servidores estatales deriva directamente de la ley, se trata de una normativa expedida por el Congreso de la República y, por tanto, la derivación de derechos fundamentales derivadas de esas especiales relaciones de sujeción, está justificada y amparada por la Constitución de 1991.

De igual manera señala que el principio de legalidad sancionadora disciplinaria en Colombia se traduce a la garantía del debido proceso, según la cual nadie será juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Todo lo hasta aquí esbozado permite reafirmar que la relación especial de sujeción es una categoría dogmática de naturaleza constitucional aplicable al ámbito de la función pública, siendo destinatarios de la misma frente al Estado, el servidor público o el particular que ejerce función pública, a quienes se les refuerza el cumplimiento de deberes y obligaciones en búsqueda del interés general.

Es esta consideración la que permite exponer, en sentido contrario a lo señalado por el tratadista Jaime Mejía, que la relación especial de sujeción es una categoría dogmática de naturaleza constitucional de aplicación especial en el derecho disciplinario, por el cumplimiento de la función pública de sus destinatarios, lo que de suyo conlleva a afirmar que el derecho disciplinario tiene unas características propias que lo hacen autónomo, sin dejar de ser derecho sancionador, y así se entiende en

³³³ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, 2007. Op. cit.

diferentes jurisprudencias de la Corte Constitucional, dentro de las que cabe mencionar:

Sentencia C-252 de 2003, indicó que:

“el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado, que no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados, y que solamente se aplica a quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción; que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y non bis in ídem, entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza”³³⁴

Es en virtud de ese deber especial de sujeción del servidor público y del particular que ejerce función pública con el Estado lo que configura la relación especial de sujeción dentro del contexto y especificidad del derecho disciplinario.

Con la sentencia C-827 de 2001, se señala que entre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas³³⁵. En el derecho penal sus mandatos se dirigen a todas las personas, y se afecta el derecho fundamental a la libertad, lo que conlleva a que se aplique con el máximo rigor las garantías del debido proceso. En

³³⁴ Sentencia C-252, 2003. Op. cit.

³³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-827 (8 de agosto de 2001) [M.P. Álvaro Tafur Galvis]

cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial -como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando, pero pueden operar con una cierta flexibilidad.

Consideraciones anteriores que permiten precisar que en el derecho disciplinario se respetan los derechos fundamentales del implicado, atendiendo el principio de legalidad. Lo que de manera alguna implica que haya flexibilidad, en el sentido lato, sino que por la naturaleza misma de la disciplina y por sus destinatarios servidores públicos y particulares que ejercen función pública, en atención a la reserva de ley se sigue un debido proceso, sin matización, modulación, morigeración o limitación alguna.

Aunado a todo lo hasta aquí expuesto son varios los doctrinantes colombianos que han estudiado el tema de la relación especial de sujeción, quienes si bien difieren en su conceptualización, todas van encaminadas a la aplicación frente a los servidores públicos y los particulares que ejercen función pública, con las restricciones previstas en la constitución y en la Ley que contenga el régimen disciplinario, para una mayor ilustración veamos como los autores han concebido las relaciones especiales de sujeción:

Federico A. Castillo Blanco:

“aquellas relaciones jurídico-públicas en las cuales una persona física o jurídica, por la especial posición que le encuadra el ordenamiento jurídico, por su inclusión como parte integrante de la organización administrativa o por razón de la especial relevancia que para el interés público tiene el fin de ésta, se encuentran en una situación de sometimiento distinta y más intensa del común de los ciudadanos, pero en la que rige la reserva de Ley, y solo con base en esta, puede limitarse el ejercicio de derechos fundamentales y en la que existe una tutela judicial sobre el ejercicio de derechos e intereses legítimos”³³⁶

David Alonso Roa Salguero:

“Las relaciones de especial sujeción en el ámbito de un Estado social y democrático de derecho, se definen como el vínculo jurídico exclusivo entre este y ciertas personas, que deviene fundamentalmente, de los deberes y obligaciones que estas asumen en el marco de la función pública”³³⁷

Nelson Hernández Mesa:

“Las relaciones de sujeción especial se constituyen en el fundamento dogmático sobre el cual descansa el derecho disciplinario, como una forma de explicar su autonomía e independencia del derecho penal. En cuanto a la aplicación materializada de los mismos principios que operan

³³⁶ CASTILLO BLANCO, Federico A. Op. cit.

³³⁷ Ibid.

en esta materia, esto es la flexibilización de las garantías formales (reserva de ley) y materiales (tipicidad) del principio de legalidad”³³⁸

Jaime Mejía Ossman:

“Las Relaciones Especiales de Sujeción, en nuestro Estado Social de Derecho, se traduce en el sometimiento restrictivo de algunos derechos fundamentales de quienes prestan una función pública al Estado, llámese servidor público o particular, en respuesta a la salvaguarda del interés general y a la protección de sus principios, fines y funciones de naturaleza estrictamente constitucionales”³³⁹

³³⁸ HERNÁNDEZ MESA, Nelson. Op. Cit.

³³⁹ MEJÍA OSSMAN, Jaime. Op. Cit.

CONCLUSIONES

La teoría de las relaciones especiales de sujeción tienen su génesis en la historia constitucional de Alemania, desde la Monarquía Constitucional, hasta llegar a la Ley Fundamental de Bonn, para terminar en el Estado Constitucional, social y democrático de Derecho, particularmente el definido en las constituciones española de 1978 y colombiana de 1991, inspiradas por los principios de interés general y la dignidad humana, en donde el fundamento primero y último de las relaciones especiales de sujeción son los derechos fundamentales, donde no hay una discrecionalidad absoluta de la administración, sino una relación jurídica subordinada a los derechos fundamentales de los funcionarios y su natural observancia del deber funcional.

La relación especial de sujeción, no se puede calcar como se entiende en otros ordenamientos, sin precisar cuáles son los rasgos particulares del Estado Colombiano, para así entender su naturaleza jurídica y su aplicabilidad en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

En España como en Colombia cuando se desconoce el principio supralegal del interés general al infringir el instrumento normativo vigente, en España el Real Decreto 33 de 1986 o Reglamento de Régimen Disciplinario de los funcionarios de la Administración General del Estado y, en Colombia, la Ley 734 de 2002, (Ley 1952 de 2019, cuando entre en vigencia) corresponde a la Administración las sanciones que la falta amerita, previo trámite de un proceso disciplinario, garantizando los derechos y garantías fundamentales de los artículos 24 y 25 de la Constitución española, en conexión con los descritos en el artículo 29 del debido proceso

La Constitución de 1991, plantea unos límites generales de los derechos fundamentales, en virtud de las relaciones generales de sujeción a los que están sometidos los ciudadanos del común. Contrario sensu se presentan unos límites especiales, para quienes se encuentran en una relación especial de sujeción como es el caso de los servidores públicos y de los particulares que ejercen función pública, cuyos derechos y libertades están limitados de manera general por la Constitución (artículo 6) y de manera particular por el estatuto disciplinario (Ley 734 de 2002) (Ley 1952 de 2019).

A través de la potestad disciplinaria se materializa el derecho disciplinario, que aplica para los servidores públicos y los funcionarios que ejercen función pública, quienes se encuentran en una relación especial de sujeción, a fin de garantizar el cumplimiento de los fines y funciones del Estado.

El artículo sexto (6to) de la Constitución Política lo que refleja es que los servidores públicos son responsables ante las autoridades, además de infringir la Constitución y las leyes que les corresponde a los particulares –en respuesta a las relaciones generales de sujeción, “por omisión y extralimitación en ejercicio de sus funciones” (relaciones especiales de sujeción)

El derecho disciplinario tiene como objetivo primero y último ayudar a la buena marcha de la administración pública, que se logra en tanto los servidores públicos y los particulares que cumplan funciones públicas y que se encuentren sometidos a una especial relación jurídica, desarrollen con eficacia sus deberes funcionales.

Con el derecho disciplinario se exterioriza la categoría dogmática de relación especial de sujeción que se explica por su misma naturaleza jurídica constitucional, toda vez que la potestad disciplinaria del Estado Social y Democrático de derecho coloca a los funcionarios públicos y a los particulares que ejercen función pública en una típica relación especial de sujeción, que será válida en cuanto cumpla con las exigencias que demanda el estado colombiano como son que se encuentre en la constitución, que sea legal, que se respeten los derechos fundamentales en especial el debido proceso y que los actos disciplinarios puedan ser objeto de un control judicial.

La especial sujeción del servidor público con el Estado, implica que los deberes y responsabilidades se configuren en una ética del servicio público.

BIBLIOGRAFÍA

- ARDILA QUIRÓZ, Luis Eduardo. Las Relaciones Especiales de Sujeción entre el Estado y sus Funcionarios. En: revista Logos ciencia y tecnología. 3 (2). 2012. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2LHRXZd>>
- CASTILLO BLANCO, Federico A. Función Pública y poder disciplinario del Estado. Madrid: Ed. Civitas, 1992. ISBN: 9788447000470
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-181. (12 de marzo de 2002). [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-244 (30 de mayo de 1996) [M.P. Carlos Gaviria Díaz]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-252 (25 de marzo 25 de 2003). [M.P. Jaime Córdoba Triviño]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-280 (25 de junio de 1996) [M.P. Alejandro Martínez Caballero]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-417 (4 de octubre, 1993). [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-827 (8 de agosto de 2001) [M.P. Álvaro Tafur Galvis]
- FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (15), 2007.
- FORERO SALCEDO, José Rory. Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo. En: Revista Diálogos de Saberes. (25). 2006.
- GALLEGO ANAVITARTE, Alfredo. Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de la Legalidad de la Administración. Contribución a la Teoría

- del Estado de Derecho. Estudio Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Público del profesor MAINZ, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich, en el mes de diciembre de 1960.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española. Madrid: Tecnos, 1992. ISBN: 9788430921607
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La relación especial de sujeción como categoría dogmática superior del Derecho Disciplinario. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (5). 2003.
- JALVO, Belén Marina. Derecho disciplinario y potestad sancionadora de la Administración. Valladolid: Lex Nova, 2006. ISBN: 848406719.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Las relaciones de sujeción especial. Madrid: Civitas, 1994. ISBN: 9788447003532.
- LÓPEZ BENÍTEZ, MARIANO. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Madrid: Civitas, 1994. ISBN: 9788447004157.
- MEJÍA OSSMAN, Jaime. Derecho Disciplinario Sustancial, Especial y Formal. Tomo I: Derecho Sustancial. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2015.
- RAMÍREZ, María Lourdes. Consideraciones a la Figura Jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Ámbito español. En: Universitas. (118), enero-junio, 2009. p 273-291
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 114 (6 de julio de 1987) [M.P. doña Gloria Begué Cantón]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 219 (11 de enero de 1990). [M.P. Don Francisco Tomás y Valiente]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 47 (20 de marzo de 1990). [M.P. Don Francisco Tomás y Valiente]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 47 (25 de marzo de 1990)
[M.P. don Francisco Tomás y Valiente]

TITULO VII

LOS ELEMENTOS QUE COMPONEN LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

Por: Jaime Enrique Ortiz Jacinto³⁴⁰

INTRODUCCIÓN

Las Relaciones Especiales de Sujeción (en adelante RES) han sido comprendidas, como una forma de superioridad del Estado, sobre sus administrados, orientada al cumplimiento de los servicios y funciones que el ordenamiento jurídico le otorga al servidor público. Así, las RES se han configurado en el derecho colombiano, a partir de la restricción de los derechos fundamentales de un individuo que hace parte de un determinado colectivo, como es el caso del servidor público, sin que ello implique que toda restricción de derechos sea fundamento de una RES.

Es importante aclarar que, algunos autores denominan esta figura, como relaciones de sujeción especial, teniendo en cuenta que las relaciones *per se*, no son *especiales* y que es el elemento de *sujeción* al Estado o la Administración, lo que les da la connotación de especiales; tal como lo señala Michavila Nuñez, quien determina que el *quid novum* es la intensidad de la sujeción, para comprender el alcance que tiene el Estado como administrador³⁴¹.

³⁴⁰ Abogado Universidad Católica de Colombia 1995, especialista en Derecho Probatorio Universidad Católica de Colombia 1995; Especialista en Derecho Penal y Ciencias Forenses Universidad Católica de Colombia 1997; especialista en Derecho Administrativo y Constitucional Universidad Católica de Colombia 2006.

³⁴¹ MICHAVILA NÚÑEZ, José María. "Relación especial de sujeción" en el sector crediticio y Estado de Derecho. En: Revista española de derecho administrativo. (54), 1987. p. 243-268

Es así, como se comprende que los servidores públicos al momento de su vinculación con el Estado, quedan subordinados a los cometidos de la organización política; significa que su autonomía es allanada por una responsabilidad pública, “ya no sólo por acción sino igualmente por omisión o extralimitación de sus funciones, lo cual emana de la Constitución y la Ley, de conformidad con el principio de legalidad y reserva normativa”³⁴²

Se tiene entonces, que uno de los fines del Estado es hacer cumplir sin ir en detrimento de los derechos del servidor público, la función pública. Aspecto que se afianza en el desarrollo doctrinal y jurisprudencial, referentes a esta figura jurídica, por ser allí en donde más se ha avanzado en su tratamiento y esfuerzo por ofrecer una definición lo más completa posible de RES; siendo estos desarrollos el insumo principal a partir del cual se revisan los conceptos o definiciones que permiten distinguir y agrupar el estudio de los elementos y características esenciales de las RES.

De ahí que, el presente capítulo tiene como objetivo: identificar los elementos constitutivos de las RES, a partir del desarrollo jurisprudencial y doctrinal en países como Alemania, España y Colombia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que hay variados conceptos para referirse a las RES. Llevan en cierta forma, a no comprender el alcance de la figura y, por consiguiente, a no tener claridad en los elementos que la consagran, dando como consecuencia que en el fondo cualquier definición dependerá del libre arbitrio de cada autor.

³⁴² GARCÍA CORONEL, Gloria Inés y ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando. Las relaciones especiales de sujeción: la fuerza pública a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991. 2010 p.44 [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2XZsh0y>>

Razón por la cual, el capítulo aborda, el tema correspondiente a los elementos o características que componen las RES, partiendo del concepto dado por Gallego en el que “se designa como relación de sujeción la dependencia jurídica, en la que se encuentra el súbdito frente al Estado”³⁴³ es decir que, de acuerdo con dicha proposición, se puede inferir que no existiendo una definición completa / unificada acerca de las RES; pues en últimas, cada autor tendrá su propia definición de ella, atendiendo su fundamento y especial tratamiento que le sea otorgado al tema; tampoco existe una claridad en los elementos que la integran y que permita la unificación y agrupación de éstos entre el Estado y el servidor público.

Este panorama, hace que el estudio y concreción que se haga de los elementos de las RES, sea analizado a partir de la definición de los doctrinantes o la jurisprudencia que se ha venido desarrollando, tanto en el país de origen de esta figura jurídica, como es Alemania, así como a los países hispanohablantes donde migró; específicamente para el caso del presente estudio, España y Colombia.

Estas consideraciones y ponderaciones están entonces, encaminadas a proporcionar y posibilitar una explicación más detallada y completa de la relación de subordinación de los servidores públicos, que se hallan inmersos en ese vínculo especial con la Administración y el Estado.

En este orden de ideas el capítulo se desarrolla desde un componente metodológico, parte de una investigación socio – jurídica que contiene los supuestos epistemológicos e instrumentos metodológicos que se deben

³⁴³ GALLEGO ANAVITARTE, Alfredo. Op. cit. p. 14

utilizar para formular el derecho, a partir de una concepción fáctica del mismo Bernal, acompañada de un método documental el cual permite una aproximación a los aspectos teóricos con relación al tema objeto de estudio³⁴⁴.

Finalmente, el desarrollo del capítulo permite concluir que los elementos y características de las RES tiene entre sus pretensiones la de lograr un instrumento que permita modular esta figura jurídica en el extenso campo del derecho disciplinario colombiano y delimitar su alcance constitucional y legal.

1. ELEMENTOS DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN UNA VISIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO EN ALEMANIA, ESPAÑA Y COLOMBIA

1.1. ALEMANIA

Las RES si bien tienen origen en la institución monárquica, debido a la separación del gobierno y la representación popular, personificado el primero por el rey o el príncipe, junto con los funcionarios de la administración y los militares (Relación Especial) y la segunda en cabeza del parlamento como representante del pueblo y de los ciudadanos (Relación general), también su desarrollo y elementos primordiales tienen un claro fundamento constitucional.

Partiendo de la premisa antes referida, se traerán en cita definiciones que se considera resultan más representativas y completas posibles, de las

³⁴⁴ BERNAL, Cesar Augusto. 2010. Metodología de la investigación. Bogotá: Pearson, 2010. ISBN: ISBN: 9789586991285. p.194

cuales, se puedan estructurar los elementos esenciales y características fundamentales de las RES. Así, para el caso específico, en Alemania, se hace referencia a tratadistas como Otto Mayer, Laband, Fleiner, Jacobi, Obermayer, Nawiansky, Maunz, y Wolff entre otros.

En Alemania el desarrollo normativo de las RES es paralelo a su desarrollo histórico, lo cual permite predicar que los inicios de esta figura jurídica tienen origen en Prusia, específicamente durante el reinado de Federico Guillermo I, cuya concepción parte de la relación profesional al servicio del Rey, en la cual los funcionarios y los militares deben lealtad y obediencia a sus superiores, sin perjuicio de sus deberes y obligaciones como súbditos. Se puede considerar la naciente figura de la RES como de doble vía, pues a cambio de fidelidad se recibe protección.

Las RES se desarrollan a lo largo del Siglo XIX en escenarios tales como la Monarquía Constitucional, la República de Weimar y la República Federal. Al ser codificadas las leyes del Estado de Prusia en 1794, se recopila el derecho disciplinario de los funcionarios y militares, considerado por la doctrina como la primera definición legal de las RES, siendo predominante hasta el año 1937.

El uso acelerado del concepto de RES tuvo como impulsores a O. Mayer y Rosin, pero fue P. Kahn, el autor de la primera monografía acerca del tema, desarrollando las tesis expuestas por Mayer. Enseña el profesor Gallego que el primero en emplear con relativo éxito una definición o concepto de la RES

fue Laband, al tratar de esclarecer la relación jurídica existente entre los funcionarios públicos y sus superiores jerárquicos³⁴⁵.

Pero el artífice principal de que el concepto de RES se impusiera es Mayer (1914) citado por Gallego, quien empezó a desarrollar el concepto en el año 1888, al referirse al acto administrativo como aquel del que se desprende la dependencia jurídica en la que se encuentra el súbdito frente al Estado. En este sentido, la RES se centra en la dependencia a favor de la administración pública³⁴⁶.

Lo anterior permite apreciar la configuración de algunos elementos o características distintivas de la RES:

- La relación jurídica respecto del Estado. Si bien no hace mención a los funcionarios sino a súbditos, es fácil deducir esta clasificación en otros elementos;
- La dependencia. Ese tipo de subordinación acentuada es enfatizado, en la búsqueda y cumplimiento de los fines de la Administración;
- Una estructura especial. Este elemento permite evidenciar esa particularidad o nivel diferencial con el resto de las personas;
- Poder institucional. Este se ve reflejado en la orden o instrucción que evidencia el sometimiento, vigilancia y natural cumplimiento de estas por parte de los subordinados, situación que a su vez determina una restricción de la libertad;
- Libertad restringida. Este elemento es demostrativo de la obediencia especial que el miembro del colectivo debe cumplir y que en cierta medida

³⁴⁵ GALLEGO ANAVITARTE, Alfredo. Op. cit.

³⁴⁶ Ibid.

se halla comprometida de alguna forma su derecho a la libertad o alguna de sus expresiones.

Fleiner, al referirse a las RES, establece que una persona en su calidad de funcionario sin importar la entidad en la que preste su servicio, se encuentra bajo una vigilancia especial con ocasión de sus deberes. Del concepto dado por el autor, resulta ser una constante el elemento de subordinación estrechamente relacionado con las RES, y el poder disciplinario que ejerce el Estado sobre sus funcionarios y miembros de establecimientos públicos³⁴⁷.

De esta forma, en la definición de la RES, se evidencia la injerencia del cargo que se presta – juez, soldado, usuario, servidor público –, para determinar quiénes pueden ser sujetos de estas RES, aspecto que los diferencian del resto de los ciudadanos y les da el carácter de especiales, y por tanto delimita las personas sobre quienes recae el poder disciplinario del Estado.

En este orden de ideas, Stolleis, hace referencia a las características propuestas por Thieme (1956) con relación a las RES:

- La relación con el aparato estatal de acuerdo con el servicio – funcionarios, militares, los profesores y los ministros y parlamentarios –;
- El uso de un establecimiento público – correos, transporte, colegios, universidades e incluso establecimientos para enfermos mentales y la situación especial en que se encuentran las personas en prisión –;

³⁴⁷ FLEINER, Fritz. 1933. Instituciones de derecho administrativo. Madrid: Labor, 1933.

- La relación de sujeción que se establece por efecto de la libertad vigilada³⁴⁸.

Sin embargo, no considera que el vínculo entre un miembro y una corporación profesional puedan ser tenidas como RES, por cuanto estas representan una clara relación jurídica de prestación monetaria, (en el caso de los médicos) o de prestación jurídica, (en el caso de los abogados), por lo tanto, se trata de una contraprestación y no de una relación de sujeción.

De tales características sobre la RES, se establece que la subordinación debe ser voluntaria, debido a que se trata de un miembro que hace parte de la Administración Pública. Con fundamento en dicha premisa, se define la RES como aquella relación jurídico-pública de sometimiento, "en el ámbito del Derecho Administrativo, en la que se encuentran aquellas personas que, como parte integrante del aparato administrativo, están bajo la dirección inmediata del poder público, con cierto carácter duradero y en favor de un determinado fin administrativo"³⁴⁹

De este enunciado, se puede inferir que los elementos característicos de la RES son i) una relación de sometimiento de doble naturaleza, jurídica y pública ii) la parte integrante como miembro de la Administración Pública, ya anunciada y un elemento novedoso en cuanto hace relación al iii) carácter duradero que propende por el desempeño de los fines de la Administración.

³⁴⁸ STOLLEIS, Michael. 2012. *Geschichte des öffentlichen rechts in deutschland*. Berlin: Ebner & Spiegel, 2012. ISBN: 9783406329135

³⁴⁹ ARDILA QUIRÓZ, Luis Eduardo. 2012. *Op. cit.* p. 118

Desde esta perspectiva, más que ofrecer una definición de la RES, se da claridad sobre el interés que los doctrinantes han tenido en establecer unos elementos para configurar una definición sólida. Por ello, resulta relevante que el elemento primordial y característico de la RES, es la propia existencia de la persona y que, de acuerdo con su forma de vida y preparación profesional, estará sometido a unas determinadas clases de RES, a través de su existencia. En este sentido, una de las características principales de la RES, es que el individuo este incorporado a una empresa. El aporte significativo radica en que se da una relación especial de *deber*, más que de sujeción.

Si bien no existe una verdadera clasificación de RES, si hace mención a ciertos grupos o colectivos especiales como lo son los funcionarios, dando a entender que los usuarios de establecimientos públicos, pudiesen ser otro colectivo a considerar. De acuerdo con lo anterior, se pueden considerar como elementos característicos de la figura jurídica: i) la determinación de un grupo o colectividad ii) un elemento en común y iii) El deber como elemento jurídico de la RES.

Con fundamento en lo enunciado se debe limitar el concepto de la RES, considerando la situación de cada individuo de acuerdo al colectivo en que se encuentre – funcionario, soldado, estudiante, prisionero; sin importar si se está de acuerdo o no, en considerar que las RES se dan siempre y cuando, medie un establecimiento público. Es decir, que de acuerdo con el grupo en que se encuentre el individuo y su situación en él, se podrá definir la RES y por ende los elementos que la caracterizan, según sea el colectivo al que se esté haciendo referencia; siempre y cuando se tenga en cuenta que en cualquier Estado en que se viva van a existir las RES y en ellas se determina la situación en que se encuentra el individuo.

Se cree que esta posible concreción de la RES, reúne lo ya señalado respecto de las consideraciones de los autores mencionados añadiendo tan solo que, respecto de la utilización de un establecimiento público, esta relación puede ser de carácter abierto o cerrado.

Wolff, hace relación a las RES, también mencionando grupos o colectivos en que se presenta, como funcionarios, militares y usuarios de establecimientos, ofreciendo una clasificación de ellas y coadyuva a señalar como término el deber, y no la sujeción en la relación especial, refiriendo ya no un estado especial del sujeto, sino a un *status* especial que le permite esa relación especial y que diferencia de la relación general, aclarando que la utilización de una institución pública no crea *per se*, una situación especial o estatus, se trata de una obligación de carácter contractual³⁵⁰.

Teniendo como base lo propuesto a las definiciones antes dadas sobre las RES, falta aquella que hace referencia a la territorialidad y al Estado, entendida como aquella que emerge de la soberanía del Estado y la supremacía que tiene sobre el servidor público.

De esta proposición se pueden evidenciar entonces los siguientes elementos de las RES:

- Una vinculación de manera estable con la administración según sea el caso;

³⁵⁰ WOLFF, Kurt Heinrich. 1959. *Verwaltungsrecht*. Munich: DVBI, 1959. Vol. I.

- Elemento territorial o zona determinada;
- Relación de dependencia,
- Una declaración de voluntad y
- Debe estar soportado en una ley o norma.

Como se logra evidenciar de todas las definiciones ofrecidas, no hay uniformidad completa en ellas, de acuerdo al Estado y características que sean resaltadas por cada autor, es decir que de sus elementos puede decirse que son de libre conformación según sea la concepción y definición concebida por cada jurista. Se consigue entonces establecer que las RES, dependen de una relación jurídica, se desarrollan en ellas actos administrativos y proposiciones jurídicas. De otra parte, se puede considerar que el consentimiento voluntario a que hacen mención algunos autores, no permite per se una regulación arbitraria de las mismas.

Así mismo, se puede afirmar que las RES, no estarían llamadas a permanecer en un Estado de derecho consuetudinario, aclarando que esta proposición admite argumentos tanto a favor como en contra y continúa siendo motivo de discusión.

Entre los elementos generales, que se pueden deducir de este concepto en Alemania, se encuentra el establecimiento de obligaciones especiales que dependen de las necesidades del servicio y la indemnización o sueldo como retribución en el caso de los funcionarios; el sometimiento y estricto cumplimiento de las órdenes y la pérdida de derechos, en el ámbito penitenciario (presos), en el caso de los militares el cumplimiento de órdenes jerárquicas y en los alumnos la obediencia.

1.2. ESPAÑA

En España, se analizan los conceptos y elementos derivados de la RES, en autores como Alejandro Nieto García, Fernando Garrido Faíla, Ricardo García Macho y por supuesto el del profesor y doctrinante de las RES, Mariano López Benítez. En el caso español, las RES, presentan diferentes interpretaciones en su concepto y alcance, producto de los vacíos legales que se han dado sobre el tema. La aplicación de esta figura no ha sido muy precisa, situación que ha generado cuestionamiento en cuanto al desarrollo de las RES y las consecuencias que ellas implican.

El fundamento inicial de las RES, está dispuesto para colectivos puntualmente determinados, como lo son los funcionarios públicos, los militares, los estudiantes y los presos; pero por una interpretación flexible de la figura, esta se ha extendido a una innumerable variedad de colectivos que a nuestro juicio no tienen un juicioso estudio conceptual que sea acorde con la doctrina y con el rigorismo científico, que les permita ser incluidos en las RES, como por ejemplo los vinos de denominación de origen, los promotores de vivienda, el servicio de autotaxis, profesores, guardia civil, concesionarios e incluso lo relacionado con el arte del toreo.

De esta manera, se ha incorporado a las RES, un sinnúmero de relaciones y de individuos, que por diversos motivos tienen alguna conexión o unión con la Administración, generando una gran cantidad de tipos de vinculación, extendiéndose la figura a todos los ámbitos, perdiéndose de esta forma el carácter restrictivo de la figura, convirtiéndola en una relación indeterminable respecto a si ésta efectivamente, puede denominarse

especial o pasa a ser, una relación general de estos colectivos con el Estado o la Administración.

Esta situación no solamente compromete el alcance de la figura, sino también las consecuencias que la aplicación de esta conlleva; sin embargo, todas estas dificultades no han impedido que los doctrinantes conciban conceptos y definiciones de este término de carácter especial. Garrido avizora el primer concepto de RES, evidenciando un vínculo más estrecho entre la persona y la Administración, pues estas no se originan de las actitudes del administrado, sino de la relación con la institución administrativa³⁵¹.

Como se puede apreciar, para este autor las RES son i) una cualidad del administrado, es decir es una distinción que se hace de esta persona frente a un conglomerado ii) esta distinción se basa en el contacto directo y próximo que se tiene con la Administración o el Estado.

Puede decirse que la definición que ofrece Nieto, es muy similar a la mencionada anteriormente, pero este último le otorga un matiz de orden y de seguridad en el servicio público, como fundamento conceptual de la RES, poniendo como requisitos de cumplimiento un reglamento especial (normatividad) y el poder de la Administración, pues se refiere a esta como aquellas que se presentan entre:

“aquellas personas que viven en contacto permanente o intermitente con establecimientos administrativos (presos, soldados, estudiantes), de tal manera que sin una reglamentación y unos poderes especiales de la

³⁵¹ GARRIDO FAÍLA, Fernando. Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas. En: Revista de Administración Pública. (28). 1959. p. 11-50.

administración, convivencia y la gestión del servicio público serían difíciles”³⁵²

Igual similitud se presenta, al decir Ramírez en sus consideraciones a las RES en las definiciones ofrecidas por Villar, P y Villar, E (1999) cuando resaltan la intensidad del elemento de subordinación en su definición, al sostener que las RES se presentan con la existencia de “un sometimiento previo del ciudadano a un determinado estatus o vínculo, tal como sucede, con los contratistas de la administración, los concesionarios o los funcionarios públicos”³⁵³

Concepto similar, al ofrecido por la STC 50 del 14 de junio de 1983 citado por Ramírez cuando se refiere a este grupo como “aquellas personas que se encuentran en una relación de dependencia especial respecto de la administración o vinculados con ella a través de relaciones que pertenecen a lo que una doctrina reciente denomina el círculo interior del Estado”³⁵⁴

Se pueden determinar de estas dos definiciones dos acertadas expresiones en el ámbito de las RES como son el “estatus” de ciertas personas debido a su vínculo con el Estado y “un círculo interior” de este. El concepto acerca de la RES que ofrece Santamaría, aporta elementos similares a los ya referenciados; sin embargo, da luces acerca de una probable calificación de la potestad ejercida por la administración³⁵⁵.

³⁵² NIETO GARCÍA, Alejandro. Op. cit. p. 233

³⁵³ RAMÍREZ, María Lourdes. Op. cit. p. 207

³⁵⁴ Ibid. p. 282

³⁵⁵ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988. ISBN: 8485942671

La situación particular en que “determinadas personas o entidades se encuentran por el hecho de hallarse insertas de modo particularmente intenso en la organización administrativa, lo que determinaría el que la administración ostentase sobre ellas unas potestades especialmente enérgicas, mucho más limitativas de la libertad”³⁵⁶ Como se puede apreciar, este autor hace referencia a “una situación singular” a la que se hallan sometidas algunas personas debido a su vinculación con la Administración, y como está ejerce sobre ellas unas potestades especialmente enérgicas.

También se pueden definir las RES como:

“Aquellas relaciones jurídico - públicas en las cuales una persona física o jurídica, por la especial posición en que le encuadra el ordenamiento jurídico, por su inclusión como parte integrante de la organización administrativa o por razón de la especial relevancia que para el interés público tiene el fin de esta, se encuentra en una situación de sometimiento distinta y más intensa del común de los ciudadanos, pero en la que rige la reserva de Ley y, sólo con base en esta, puede limitarse el ejercicio de derechos fundamentales y en la que existe una tutela judicial sobre el ejercicio de derechos e intereses legítimos”³⁵⁷

Este concepto permite inferir algunos elementos tales como i) El autor relaciona con la figura jurídica, no solo a personas naturales, sino que incluye personas jurídicas ii) Se hace referencia a una especial posición o relevancia dentro de la organización administrativa iii) El elemento esencial para el autor es la situación de mayor intensidad de sometimiento frente al

³⁵⁶ Ibid. p. 793

³⁵⁷ CASTILLO BLANCO, Federico A. Op. cit. p. 54

ciudadano común y como partiendo de ella, se alcanzan a ver limitados los derechos esenciales de estas personas que se encuentran sumidas en este tipo de vinculación con la administración.

El doctrinante cuya definición de RES, puede considerarse como la de mayor aportación de elementos y en la cual confluyen las características propuestas por otros tratadistas, es sin duda alguna la ofrecida por López (1994) en ella describe de manera muy completa la figura jurídica:

“Las relaciones jurídico–administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”³⁵⁸

Los elementos que se evidencian son i) la duradera y efectiva inserción del administrado, entendiendo esta como ese vínculo o relación que de manera estable y de alguna manera perdurable, une a la persona con la Administración ii) el sometimiento distintivo y característico a un régimen especial en razón de su situación diferencial con el resto del conglomerado y iii) el procedimiento de la libertad y derechos sustanciales. Obsérvese que este tratadista no menciona una restricción de la libertad y de derechos fundamentales, sino que orienta su postura hacia un tratamiento diferente de estos, calificación que puede considerarse, a nuestro juicio, más apropiada que la limitación o restricción de estos derechos.

³⁵⁸ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Op. Cit. 1994. p.161

Al respecto García, expresa que las RES, sirve para solucionar los inconvenientes que se desprenden de aquellas situaciones en las que la administración y el administrado conviven todo el día, como el caso del recluso y el militar; o la mayor parte del día, tal como sucede con el servidor público y los estudiantes; pero al mismo tiempo es necesario establecer dicha relación desde el precepto constitucional³⁵⁹.

Esta acotación no corresponde a una conceptualización de RES, pero sí es indicativa del origen constitucional de la figura y de su funcionalidad en aras de superar los vacíos y vicisitudes que puedan surgir en este tipo de relación con la administración, en el desempeño y diario trasegar del servidor público.

1.3. COLOMBIA

En Colombia, será importante traer a colación la sentencia T-1108 del año 2002, la cual, constituye un verdadero hito en la jurisprudencia colombiana, pues en ella la Corte Constitucional determinó los elementos que caracterizan las RES, cuando estas se refieren a un colectivo determinado. En cuanto a los autores, es preciso destacar los conceptos de figuras importantes para el derecho disciplinario como los doctores Carlos Arturo Gómez Pavajeau, José Rory Forero Salcedo, Mario Roberto Molano López, Jaime Mejía Ossman, David Alonso Roa Salguero.

Se analizan entonces elementos en común y diferenciadores de estas definiciones, incluso más que diferenciadores, aquellos que el autor o

³⁵⁹ GARCÍA MACHO, Ricardo. Op. cit.

autores consideren imprescindibles o relevantes y que permitan reagrupar y definir unos elementos generales, concluyendo con una aproximación a los elementos característicos y puntuales de las RES, buscando hacer un aporte importante al tema de los elementos y características de esta figura jurídica, con un fuerte arraigo constitucional y fuente de gran cantidad de debates y controversias por parte de sus seguidores y detractores.

De esta forma, se justifica de manera puntual el poder disciplinario que ejerce el Estado constitucional de derecho con sus funcionarios y servidores, situación que evidentemente conduce a diferenciar y demostrar la identidad propia e independencia que posee el derecho disciplinario, no ya como una subespecie del derecho administrativo o del derecho penal, sino como una verdadera especie del derecho sancionador.

En Colombia, la figura de las RES es acogida por la misma Constitución de 1991, teniendo como fundamento los derechos esenciales y partiendo de la concepción de una relación jurídica subordinada a los derechos esenciales de los funcionarios y la observancia del deber funcional.

De acuerdo con lo referenciado por Gómez, P y Molano, L (2007) en donde denomina esta como una categoría del derecho público y destaca el hecho de que el concepto tiene defensores, pero también detractores, la jurisprudencia de los tribunales constitucionales ha precisado y señalado el arraigo constitucional de la figura.

La Corte Constitucional ha venido desarrollando de manera paulatina, una concepción de las RES, evolución que está atada necesariamente al Derecho Disciplinario, que por antonomasia rige a los servidores públicos. La

mención inicial de la Relación Especial de Sujeción en el ordenamiento jurídico, data del año 1993 con la sentencia de la Corte Constitucional C-417, en ella se menciona las exigencias y determinados comportamientos que le son exigibles a los servidores públicos, a partir del comportamiento en el ejercicio de sus funciones, sin importar a la entidad que pertenezca, siendo esta la condición mínima para que se configure las RES³⁶⁰.

Más adelante, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-244 en 1996, en la que enunció de manera más significativa la relación de subordinación que tiene el servidor con relación a la Administración, al explicar la similitud y diferencia entre el proceso penal y el proceso disciplinario. Cabe destacar de tal pronunciamiento que en el proceso disciplinario³⁶¹.

“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”³⁶²

En el mismo año, la Corte Constitucional en sentencia C-280 de 1996 hace referencia de manera puntual a la relación de sujeción o supremacía especial, al pronunciarse acerca de los destinatarios de la ley disciplinaria. En esta oportunidad, la Corte hace énfasis en la potestad sancionadora de la administración que se configura desde dos vertientes: la disciplinaria orientada a los funcionarios que infringen los deberes y prohibiciones y la

³⁶⁰ Sentencia C-417, 1993. Op. cit.

³⁶¹ Sentencia C-244, 1996. Op. cit.

³⁶² Ibid.

correccional por las contravenciones de los particulares a las obligaciones o limitaciones en materia de tránsito, financiera, fiscal, etc³⁶³.

En ese orden de ideas, los trabajadores del Estado vinculados mediante un contrato laboral están bajo la subordinación del Estado. “Es así como no tiene relevancia para la determinación de la calidad de sujeto disciplinable, la forma de vinculación del servidor público a la organización estatal. Lo importante es que exista la relación contractual para que se den las RES”³⁶⁴

En el año 1998, la Corte Constitucional en sentencia C-769 al hacer referencia a la autonomía del derecho disciplinario, menciona la especial sujeción con el Estado en que se hallan los servidores o funcionarios públicos.

Diferentes disposiciones de la Constitución sirven de base para sostener, cierto grado de independencia o autonomía del derecho disciplinario frente al derecho penal, en razón de las especificidades que presenta, en atención a su contenido sustancial y a las reglas y principios procesales que deben observarse en el juzgamiento de las faltas disciplinarias (art. 1, 2, 6, 29, 123, 124, 125 inciso 4º y 209 de la Constitución), especificidades que surgen de la naturaleza operativa y realizadora de la administración que demanda respuestas urgentes e inmediatas a la satisfacción de los intereses públicos o sociales, los bienes jurídicos protegidos, como son el patrimonio público, la moralidad, la transparencia, la eficiencia y la eficacia administrativas, la especial sujeción frente al Estado en que se encuentra el servidor público, en razón de la relación jurídica que con éste surge al ser investido de la función pública, y de la idea de que dicha

³⁶³ Sentencia C-280, 1996. Op. cit.

³⁶⁴ Ibid,

función adquiere un carácter instrumental en la medida en que traduce la realización de derechos, valores y principios constitucionales"³⁶⁵

De lo señalado, se puede establecer que no es procedente aplicar la norma penal a la disciplinaria, sin realizar las modificaciones pertinentes que exigen los aspectos antes señalados. De ahí que, mientras el derecho disciplinario no concluya el proceso de construcción de las reglas y principios el acercamiento a las garantías e instituciones penales serán ineludibles; aunque lo importante es no llegar a desmeritar la actuación o injerencia de las reglas disciplinarias.

Para el año 1999, la Corte Constitucional profirió la sentencia C-708, en ella se refiere a los deberes y responsabilidades de los servidores que implica la especial sujeción de estos para con el Estado cuando hace mención la existencia de un régimen disciplinario para los servidores públicos.

Pero es evidente que respecto a RES y en especial al tema en discusión en este capítulo, como lo son los elementos o características que tiene esta figura, la Corte Constitucional en sentencia T-1108 del año 2002 constituye un verdadero hito en la jurisprudencia colombiana, pues en ella la Corte determinó los elementos que caracterizan las RES, cuando estas hacen relación a un colectivo determinado, como lo es la situación en que se encuentran los reclusos en las relaciones especiales de sujeción en el ámbito penitenciario.

³⁶⁵ Sentencia C-769, 1998. Op. cit.

En esta sentencia la Corte logra identificar seis elementos propios, cuando se trata de un colectivo en particular y las RES:

“De la jurisprudencia de la Corte Constitucional la Sala identifica seis elementos característicos que procederá a relacionar así: las RES implican i) la subordinación de una parte (el recluso), a la otra (el Estado); ii) Esta subordinación se concreta en el sometimiento del interno a un régimen jurídico especial (controles disciplinarios y administrativos especiales y posibilidad de limitar el ejercicio de derechos, incluso fundamentales). iii) Este régimen en cuanto al ejercicio de la potestad disciplinaria especial y a la limitación de los derechos fundamentales debe estar autorizado por la Constitución y la ley; iv) La finalidad del ejercicio de la potestad disciplinaria y de la limitación de los derechos fundamentales, es la de garantizar los medios para el ejercicio de los demás derechos de los internos (mediante medidas dirigidas a garantizar disciplina, seguridad y salubridad) y lograr el cometido principal de la pena (la resocialización); v) Como consecuencia de la subordinación, surgen ciertos derechos especiales (relacionados con las condiciones materiales de existencia: alimentación, habitación, servicios públicos) en cabeza de los reclusos, los cuales deben ser especialmente garantizados por el Estado; vi) Simultáneamente el Estado debe garantizar de manera especial el principio de eficacia de los derechos fundamentales de los reclusos”³⁶⁶ (sobre todo con el desarrollo de conductas activas)

De lo señalado en la Corte se integran además las consecuencias que se desprenden de las RES con una población específica, como los reclusos. Así,

³⁶⁶ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1008, (21 de noviembre de 2002) [M.P. Alvaro Tafur Galvis]

se establecer la limitación de los derechos esenciales, la imposibilidad de limitar algunos derechos esenciales, la obligación del Estado en brindar el goce efectivo de los derechos y su goce, siempre y cuando no sean objeto de limitación y la obligación por parte del Estado de brindar las condiciones que favorezcan la resocialización de los presos.

La Sala identificó seis elementos característicos de las RES como determinantes en la limitación y ejercicio de los derechos fundamentales determinantes en la constitución.

En lo concerniente a la doctrina, se tiene que para Gómez (2007) la relación especial de sujeción tiene como elementos característicos que la gobiernan, un orden jurídico general de las RES determinado por una universalidad de destinatarios y un territorio determinado (igualdad formal), sobreviene uno contrario, es decir, un orden jurídico sectorio, cuyos destinatarios son delimitados y se constituyen en un grupo o colectivo determinado³⁶⁷.

A ese grupo o colectivo, lo rige una normatividad especial definida en una disciplina u orden especial que por ende los agremia. Sin embargo, esa relación especial no los excluye de esa relación general que tienen el resto de los individuos frente al Estado, pues siguen siendo parte de esa comunidad universal, solo que a su vez conforman una de carácter especial o diferenciadora.

³⁶⁷ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Op. cit.

Al hacer parte de ese colectivo especial y de tener una normatividad disciplinaria estricta y en cierta medida más restrictiva, ello implica, que sus autoridades y jueces para efectos de esa relación especial, también lo sean y estén sometidos a un régimen mucho más exigente y escrupuloso, pues se les imponen a los individuos que conforman este colectivo determinadas obligaciones y deberes que los someten frente al titular del poder, en este caso el Estado.

Por su parte, Forero (2007) respecto de las RES, enseña que estas son

“Así, las relaciones especiales de sujeción flexibilizan la aplicación de este principio constitucional, al autorizar en el ámbito disciplinario la categoría de los tipos disciplinarios abiertos – catálogo de faltas disciplinarias graves y leves – o sistema numerus apertus, pero en todo caso sometidos a la reserva de la Ley en donde igualmente las categorías de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, non bis in ídem adquieren unas connotaciones peculiares respecto a cómo opera el principio de legalidad en una relación general de sujeción”³⁶⁸

Esta conceptualización reúne buena parte de los elementos más sobresalientes y comunes a la mayoría de los doctrinantes que han tratado de definir de manera completa la figura de la RES. i) El vínculo efectivo y durable en el tiempo, entre las personas y la administración ii) la acentuada relación de dependencia de los servidores públicos o de quienes cumplen funciones públicas iii) El fundamento netamente constitucional de la figura jurídica iv) la exigencia en el cumplimiento de deberes y obligaciones por

³⁶⁸ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, 2007. Op. cit.

parte de los sujetos inmersos en dicha relación y v) la finalidad última que se persigue, cuyo deber ser es el óptimo funcionamiento de la administración, situación que le confiere a las personas la potestad de tutelar el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; es decir que las partes involucradas en esta especial sujeción, tienen unos claros y específicos roles de desempeño en la actividad de la administración pública.

Nótese como, el calificativo otorgado por los autores es una manera singular de definir el nexo principal que une a un colectivo determinado con la administración; es decir, se trata de una relación acentuada, de un estatus, de un grado mayor de sometimiento o simplemente de una obligación adquirida por el consentimiento del servidor.

Pero, no todos los autores y doctrinantes han estado de acuerdo con la figura jurídica de las RES, existen detractores de este concepto jurídico, que llevan a establecer que las RES son aceptadas en la Constitución, pero como vehículo entre el servidor público y administración como fundamento principal para la declaratoria de responsabilidad disciplinaria"

A este respecto es importante señalar que aun cuando esta sea una concepción contraria a las RES como figura jurídica de condición, en alusión a la concepción, esta sí positiva, como la potestad de la administración de manera discrecional; es evidente el reconocimiento constitucional tácito de la figura, advirtiendo un elemento tantas veces señalado como lo es el vínculo especial entre el servidor público y la administración, aceptando un límite o restricción de garantías constitucionales.

Así, Isaza (2009) considera que "las RES no tienen cabida alguna desde su perspectiva histórica, que partía de una particular forma de organización del Estado, sino como una consecuencia de la forma como la Constitución y la ley organizan la función pública, entendida dinámicamente" (pág. 67).

De lo señalado, se considera que esta posición doctrinal puede estar confundiendo la supremacía y origen constitucional de las RES que indican un claro nexo de dependencia y obediencia a la administración por parte de un determinado colectivo, con la forma de ejercer la función pública.

Las RES son uno de los parales sobresalientes en la función pública, si se tiene en cuenta el carácter predominante de la administración frente a los servidores del Estado, pues garantiza el cumplimiento y respeto de garantías constitucionales, especialmente la que hace referencia al debido proceso cuando es ejercida la autoridad y el control disciplinario.

CONCLUSIONES

De este desarrollo histórico-normativo, se pueden fijar algunos postulados que pueden ser los primitivos fundamentos que determinarán los presupuestos, elementos o requisitos que determinan que se esté frente a la figura jurídica de una Relación Especial de Sujeción:

- La supremacía de la constitución y fundamento de las RES, es decir, su base constitucional, donde ella lo establezca.
- La necesaria existencia de unas relaciones generales de sujeción, que permitan diferenciar y delimitar ese vínculo general con el especial, siendo el primero de la esfera externa del Estado y el segundo de su esfera interna.
- Un vínculo efectivo y permanente o por lo menos a largo plazo, que haga diferencia con el resto de las personas o conglomerado y que otorgue un grado, status o categoría especial de dependencia con la administración, generadora de deberes y obligaciones tendientes al organizado y eficiente ejercicio de la función pública.
- La subordinación de un determinado conglomerado o colectivo a la Administración, que se traduce en la imposición de determinadas actuaciones o prohibiciones (dominio, órdenes).
- La pérdida, supresión o limitación de derechos del grupo subordinado.
- La configuración de elementos obligatorios (lealtad y obediencia) y voluntarios (asume obligaciones – libre albedrío).
- El surgimiento de obligaciones y deberes mutuos de las partes en dicha RES, incluida la denominada por algunos autores “fidelidad” de los servidores públicos a la administración.

Si bien es cierto durante el presente estudio se ha hecho énfasis en la imposibilidad de definir de manera completa las Relaciones Especiales de

Sujeción, por la variedad de posturas y conceptos que sobre ella se tiene por parte de los doctrinantes y juristas en cada uno de los países donde ha sido considerada la figura jurídica; nos atreveremos a ofrecer una más, con la simple finalidad de tratar de aportar o por lo menos recabar en algunos elementos tenidos en cuenta por los tratadistas aquí citados y referenciados.

Las Relaciones Especiales de Sujeción se presentan en:

Aquellos vínculos o sujeciones con arraigo constitucional que de manera voluntaria y permanente, se generan entre personas pertenecientes a un determinado grupo o colectivo con la Administración, que les otorga un estatus especial de dependencia y que, a diferencia de las relaciones generales de sujeción, les implica un sometimiento y vigilancia que tiene como razón de ser el acatamiento de los deberes y obligaciones impuestos por una determinada normatividad, estructurado en un tratamiento distinto respecto del ejercicio de los derechos fundamentales y de libertad, para el cumplimiento de los fines del Estado y del orden público.

Queda entonces este concepto a consideración y análisis de sus elementos, como se ha venido haciendo con las nociones y definiciones que se han traído a colación, fruto del esfuerzo y juicioso estudio de cada uno de sus autores y cuya pretensión ha sido abarcar en su totalidad y de manera lo más completa posible, la figura de las Relaciones Especiales de Sujeción.

BIBLIOGRAFÍA

- ARDILA QUIRÓZ, Luis Eduardo. Las Relaciones Especiales de Sujeción entre el Estado y sus Funcionarios. En: revista Logos ciencia y tecnología. 3 (2). 2012. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2LHRXZd>>
- BERNAL, Cesar Augusto. 2010. Metodología de la investigación. Bogotá: Pearson, 2010. ISBN: ISBN: 9789586991285. p.194
- CASTILLO BLANCO, Federico A. Función Pública y poder disciplinario del Estado. Madrid: Ed. Civitas, 1992. ISBN: 9788447000470
- PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988. ISBN: 8485942671
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-244. (30 de mayo de 1996). [M.P. Carlos Gaviria Díaz]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-280. (25 de junio de 1996). [M.P. Alejandro Martínez Caballero]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-417. (4 de octubre de 1993). [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-708. (22 de septiembre de 1999). [M.P. Álvaro Tafur Galvis]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-769. (10 de diciembre de 1998). [M.P. Antonio Barrera Carbonell]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T - 1008. (5 de diciembre de 2002) [M.P. Álvaro Tafur Galvis]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-1008. (21 de noviembre de 2002) [M.P. Alvaro Tafur Galvis]
- FLEINER, Fritz. 1933. Instituciones de derecho administrativo. Madrid: Labor, 1933.

- FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (15), 2007.
- GALLEGO ANAVITARTE, Alfredo. Las Relaciones Especiales de Sujeción y el Principio de la Legalidad de la Administración. Contribución a la Teoría del Estado de Derecho. Estudio Ponencia presentada en el Seminario de Derecho Público del profesor MAINZ, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Múnich, en el mes de diciembre de 1960.
- GALLEGO, A. 1960. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de la legalidad de la administración. [En línea] 1960. [Citado el: 29 de mayo de 2019.] www.cepc.gob.es.
- GARCÍA CORONEL, Gloria Inés y ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando. Las relaciones especiales de sujeción: la fuerza pública a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991. 2010 p.44 [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2XZsh0y>>
- GARCÍA MACHO, Ricardo. Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española. Madrid: Tecnos, 1992. ISBN: 9788430921607
- GARRIDO FAÍLA, Fernando. Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas. En: Revista de Administración Pública. (28). 1959. p. 11-50.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9789587101256
- ISAZA SERRANO, Carlos Mario. Teoría General del Derecho Disciplinario. Aspectos históricos, sustanciales y procesales. Bogotá: Temis, 2009. ISBN: 978-9583507540.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Madrid: Civitas, 1994. ISBN: 9788447004157

- MEJÍA OSSMAN, Jaime. Las relaciones especiales de sujeción en el derecho. Bogotá: Leyer, 2011. ISBN: 9789584486189
- MEYERS, G. Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts. Munich: Fremdsprachige Bücher, 1914.
- MICHAVILA NÚÑEZ, José María. "Relación especial de sujeción" en el sector crediticio y Estado de Derecho. En: Revista española de derecho administrativo. (54), 1987. p. 243-268
- NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos, 2005. 4ª. ed. ISBN: 9788430942466.
- RAMÍREZ, María Lourdes. Consideraciones a la Figura Jurídica de las Relaciones de Sujeción Especial en el Ámbito español. En: Universitas. (118), enero-junio, 2009. p 273-291.
- STOLLEIS, Michael. 2012. Geschichte des öffentlichen rechts in deutschland. Berlin: Ebner & Spiegel, 2012. ISBN: 9783406329135
- THIEME, W. 1956. Geschichte des öffentlichen rechts in Deutschland. Munich: DöV, 1956.
- WOLFF, Kurt Heinrich. 1959. Verwaltungsrecht. Munich: DVBl, 1959. Vol. I.

TITULO VIII
LAS ORIGINARIAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN EN EL ÁMBITO
FUNCIONARIAL ALEMAN, SU INTERPRETACIÓN ACTUAL Y EL ENFOQUE
APLICADO EN EL DERECHO DISCIPLINARIO COLOMBIANO

Por: Ana Cenuvieth Correa Sarmiento³⁶⁹

INTRODUCCIÓN

En Alemania el término "funcionario" es de importancia central en el derecho de la función pública, en el entendido que es una persona que mantiene una relación de servicio público y de confianza o lealtad con una persona jurídica de derecho público³⁷⁰.

La vinculación del funcionario al servicio del Estado genera una "relación especial", y los efectos que de ella se derivan han cambiado a lo largo de la historia, como consecuencia de la evolución de la figura del funcionario y de la situación política de cada época.

En el derecho disciplinario colombiano surgen controversias en torno a la figura de la "relación especial de sujeción" que es paralela a la "relación especial de deber o de violencia" alemana (entendida como la facultad del Estado para exigirle a la persona vinculada el cumplimiento de su función). Esto por cuanto algunos doctrinantes consideran que no se dan las

³⁶⁹ Abogada egresada de la Universidad de la Sabana, especialista en derecho sancionatorio de la Universidad Militar Nueva Granada, Magister en derecho comparado con énfasis en el área penal de la Universidad Rheinische Friedrich-Wilhelms (Bonn-Alemania).

³⁷⁰ Véase el artículo 2, inciso 2, frase 2 y artículo 10 numeral 1° de la Ley de Funcionarios Públicos Federales.

condiciones para su aplicabilidad, mientras que otros son del concepto que se debe mantener vigente como un fenómeno jurídico, en este último sentido la jurisprudencia admite la vigencia de las relaciones especiales de sujeción, es más, considera que constituyen la piedra angular del derecho disciplinario.

Entonces, ¿qué hacer? ¿Preservar su aplicación? reevaluar el concepto? o simplemente prescindir del mismo?

El análisis se desarrollará teniendo en cuenta la base histórica de la figura del funcionario público en Alemania, la concepción inicial de las relaciones especiales, su evolución, la incidencia del artículo 33 de la Ley Fundamental o Constitución de la República Federal de Alemania, para luego establecer el enfoque en el derecho disciplinario colombiano de las relaciones especiales de sujeción, y la propuesta de solución que se deriva del citado análisis.

1.1. DESARROLLO HISTÓRICO DE LA FIGURA DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN ALEMANIA Y LA MANERA COMO SURGE LA “RELACIÓN ESPECIAL DE PODER” CON EL ESTADO

El origen de la función pública en Alemania se remonta a los siglos XV y XVI, época para la cual el dominio sobre un territorio ya no se basaba en la propiedad del gobernante sobre determinado espacio geográfico, como ocurría en la sociedad feudal, sino en la autoridad del gobernante sobre una región determinada, razón por la cual para la administración de su área utilizaba un aparato administrativo con consejos, cancilleres y funcionarios, estos últimos eran médicos juristas contratados con carácter prioritario.

También se celebraban contratos de funciones y remuneración con los clérigos para desempeñar funciones clericales, los cuales podían ser rescindidos trimestral o semestralmente por ambas partes sin necesidad de dar razones. En vista del reducido número de médicos cívicos se generaron contratos a corto plazo con la posibilidad de aceptar de manera simultánea varios nombramientos en favor de funcionarios públicos. A finales del siglo XV y principios del XVI se crearon numerosas fundaciones universitarias, y a finales del siglo XVI cambió la concepción, pues para entonces las clases jurídicas dependían del servicio del príncipe como única fuente de ingresos³⁷¹.

En esta época Johannes Althusius (1557 – 1638) con su obra "*Política methodice digesta*"³⁷² hizo una importante contribución a la teoría de la administración pública moderna, Althusius desarrolló una doctrina virtuosa que imponía grandes exigencias a los funcionarios públicos. Además de la experiencia, la precisión, la discreción, la buena reputación, la diligencia, la constancia en el asunto y la ausencia de intereses personales opuestos al cargo³⁷³, también exigió "amor al pueblo y celo ferviente por el bien de todos"³⁷⁴. Esta lista de funciones contenía los requisitos que luego fueron integrados al estatuto de los funcionarios.

³⁷¹ Wunder Bern. Privilegiar y disciplinar. p. 19.

³⁷² ALTHUSIUS, Johannes; MARIÑO, Primitivo; TRUYOL Y SERRA, Antonio. La Política: metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

³⁷³ Hattenhauer, Hans. Manual del servicio público, Tomo 1, pp. 216 ss.

³⁷⁴ Strauß, Thomas. Reserva funcional y servicio profesional: Sobre el significado del artículo 33 Ley Fundamental de Bonn. Op. cit. Numeral 4º.

La función pública profesional se estableció en el Estado absolutista, donde la voluntad real se cumplió en todo el territorio nacional con la ayuda de una burocracia dependiente del rey, con un ejército permanente y los impuestos recaudados por él³⁷⁵.

Los funcionarios tenían gran afinidad con la persona y los intereses del príncipe, de ahí que el funcionario a cargo del gobierno estatal estaba sujeto a la discreción de su empleador con respecto al despido. La posibilidad unilateral e injustificada de despido y el despido disciplinario por supuestos incumplimientos de las obligaciones oficiales hicieron que los funcionarios dependieran completamente del empleador respectivo, sin que éste ofreciera unos ingresos razonables por buena conducta³⁷⁶.

Ya para el siglo XVII, los juristas consideraban que se estaba aplicando un método despreciativo y por lo tanto ilegal, entonces los príncipes contrarrestaron la situación haciendo que la regla fuera el "despido honorable", procedimiento con el cual tenían aún más libertad para prescindir de los servicios puesto que al calificar cada despido como "honorable" exponían a los funcionarios a su arbitrariedad³⁷⁷.

El "rey soldado" prusiano Federico Guillermo I (1713-1740), considerado como el pionero de la función pública profesional de la época moderna, llevó a cabo reformas como la regulación de los requisitos de cualificación del candidato para ocupar un puesto en un sistema completo de exámenes y

³⁷⁵ Hattenhauer, Hans. Manual del servicio público, Tomo 1, pp. 99.

³⁷⁶ Köhler/Ratz, Orden de disciplina nacional y derecho material, pp. 63.

³⁷⁷ Wunder Bern. Privilegiar y disciplinar. Op. cit. p. 19 s.

la introducción de servicios preparatorios para grupos individuales de funcionarios³⁷⁸.

Federico Guillermo I prestó especial atención al hecho de que los intereses privados y públicos de los funcionarios públicos no colisionaran, logrando así un nivel de integridad sin precedentes para la época. Como los funcionarios tenían que servir "con cuerpo y vida, con bienes y enseres, con honor y conciencia", la naturaleza de la burocracia cambió y aunque la relación de los funcionarios públicos seguía basándose en un vínculo laboral privado, ésta ya no consistía en prestaciones definidas con precisión, sino que exigía un servicio con toda la personalidad³⁷⁹.

La militarización del aparato estatal prusiano dio lugar a que a principios del siglo XVIII se transfiriera la disciplina del ejército permanente a la función pública civil, así se configuró una función pública caracterizada por una estricta disciplina, que exigía una actitud profesional especial con un marcado sentido del honor, del deber y del cuerpo³⁸⁰.

Federico II, el hijo Federico Guillermo I, continuó las reformas bajo la influencia de la Ilustración, ya no se veía a sí mismo como un monarca nombrado por Dios, sino como "el primer siervo del Estado"³⁸¹. Y como quiera que el monarca se había convertido así en un componente del Estado, los funcionarios que dependían de él también entraron en una posición legal directa con el Estado.

³⁷⁸ Strauß, Thomas. Reserva funcional y servicio profesional: Sobre el significado del artículo 33. Ley Fundamental de Bonn. pp. 30.

³⁷⁹ Ídem.

³⁸⁰ Peine Franz-Joseph / Heinlein Dieter. Derecho del funcionario, pp. 7.

³⁸¹ Strauß, Thomas. Reserva funcional y servicio profesional: Sobre el significado del artículo 33 numeral 4º de la Ley Fundamental, pp. 31.

Luego, con la transición al estado de derecho en la segunda mitad del siglo XVIII, los servidores principescos se convirtieron en servidores públicos, titulares de un cargo público. La relación personal con el monarca se complementó con la relación institucional con el Estado, de ahí que el funcionario ya no estaba vinculado al monarca como persona física sino al Estado como persona jurídica.

De ahí se acrecentó la dependencia del Estado a la lealtad y la obediencia de los funcionarios, debido a que cada vez realizaba más tareas y los funcionarios públicos se convirtieron en el requisito previo decisivo para el funcionamiento del Estado³⁸². Fue así como la objetividad de la administración por su vinculación a la ley liberó a los funcionarios de su vinculación con el respectivo príncipe³⁸³.

Con el paso del tiempo, el servidor del soberano se convirtió en un funcionario que ocupaba un cargo público³⁸⁴. La transición de una visión de derecho privado a una de derecho público de la función pública también trajo consigo una mayor reputación para los funcionarios públicos y, por lo tanto, un mayor honor profesional. El funcionario debía "dedicar todas sus fuerzas al servicio público y seguir las llamadas de su deber sin temor al hombre, sin interés propio"

El desarrollo ulterior se caracterizó por la salvaguardia del estatuto jurídico de los funcionarios. Cabe mencionar aquí la decisión del Tribunal de la

³⁸² Wolff H.J. / Bachof O. / Stober R, Derecho Administrativo Tomo II, sexta edición, pp. 462.

³⁸³ Behnke, Hürt. Ordenamiento Disciplinario Federal, pp. 45.

³⁸⁴ Hattenhauer, Hans. Manual del servicio público, Tomo 1, pp. 15 s.

Cámara del Imperio del año 1759, según la cual los funcionarios del Imperio no podían ser despedidos sin justa causa debido a sus "derechos bien adquiridos"³⁸⁵. El núcleo de la relación de los funcionarios públicos era la idea de que el funcionario, en virtud de un acto de soberanía del Estado, entablaba una relación permanente e inamovible de vida y derecho con el Estado y, a cambio, tenía que poner todas sus fuerzas al servicio del Estado³⁸⁶.

Sólo mediante un compromiso profesional de por vida se podían crear las condiciones para una administración estable y adecuada y, al mismo tiempo, ofrecer la seguridad necesaria a los funcionarios públicos. De este modo se mantuvo el grado mínimo de independencia personal de los funcionarios sin dejarlos a merced de intereses económicos y políticos contradictorios en el Estado³⁸⁷.

Debido a que los funcionarios ya no podían ser despedidos arbitrariamente, se requería contar con la posibilidad de un despido legal, un sistema que combinara los casos excepcionales legalmente justificados en un solo procedimiento. El acervo comunitario de funcionarios exigía que el empleador pudiera reaccionar cuando un funcionario que ocupaba un cargo casi inatacable descuidara sus funciones oficiales o las incumpliera. Aunque ya existían disposiciones sobre la relación jurídica entre el funcionario y el Estado, sólo a partir de este momento se puede suponer el desarrollo de un derecho especial sobre las faltas relacionadas con la conducta desplegada por el funcionario³⁸⁸.

³⁸⁵ Behnke, Hürt. Ordenamiento Disciplinario Federal, pp. 46.

³⁸⁶ Schütz, Erwin. Ley disciplinaria del Gobierno Federal y del Estado, párrafo 4.

³⁸⁷ Decisión del Tribunal Constitucional Federal – Colección Oficial 8, pp. 356.

³⁸⁸ Behnke, Hürt. Ordenamiento Disciplinario Federal, pp. 46, párrafo 3.

Las primeras codificaciones relacionadas con la materia fueron la "Ley General de tierras para los Reales Estados Prusianos" (ALR) y la pragmática principal de tierras bávaras, que contribuyeron decisivamente a la legalización de la relación de los funcionarios públicos. La pragmática principal de tierras de Bayer, fue la primera ley de funcionarios independientes del año 1805, y sólo permitía el despido de los funcionarios tras una investigación judicial previa y sobre la base de un veredicto judicial.

Nótese como la disciplina de la función pública ha evolucionado en el contexto de un estatuto privilegiado pues, hasta mediados del siglo XVIII, los aristócratas, los terratenientes y los miembros de la burguesía rica ocuparon en gran medida los puestos más altos de la función pública, por regla general este grupo de personas ya era económicamente independiente y tenía asegurada la base de sus activos³⁸⁹; La expedición del estatuto de funcionario público se asoció a la concesión individual de privilegios nobiliarios, de ahí que la función pública se convirtió en una posibilidad para la burguesía de progresar a nivel social dentro de la colectividad en nacimiento³⁹⁰.

Con la ampliación de las tareas asumidas por el Estado, especialmente en el ámbito de los servicios de interés general, se hizo necesario un mayor aparato de la función pública, que ya no podía ser ocupado exclusivamente por personas de las clases altas de la sociedad. Esto debido a que la función pública era integrada cada vez más por funcionarios

³⁸⁹ Sellmann. Fundamentos de la Jurisdicción Disciplinaria – Hoja Administrativa Alemana. 1957, p. 227.

³⁹⁰ Wunder Bern. Privilegiar y disciplinar. Op. cit. p. 324.

procedentes de clases sociales no exentas de preocupaciones económicas³⁹¹. Por esta razón, se introdujeron ventajas sociales para los funcionarios, como la atención a los supervivientes que se introdujo en los años ochenta del siglo XIX. Además, había subsidios por edad, subsidios por hijos y planes de seguro de accidentes³⁹².

Por último, pero no por ello menos importante, sólo mediante la seguridad económica de los funcionarios públicos se podía lograr la independencia de las regiones³⁹³. La administración de una oficina estatal y el disfrute de los privilegios asociados presuponían el cumplimiento de los deberes oficiales, la buena conducta y suministros de materiales para los funcionarios públicos y sus familias, lo cual conllevó a la adopción de medidas disciplinarias. El aumento de los privilegios debido a su privación condujo a una disciplina más estricta de la función pública³⁹⁴. Max Weber describió el contexto de la siguiente manera³⁹⁵:

“Sólo las posibilidades de continuidad del funcionamiento de los medios coercitivos directos son muy desfavorables. Por lo tanto, la experiencia ha demostrado que un salario seguro, combinado con la posibilidad de una carrera que no dependa puramente del azar y la arbitrariedad, una disciplina y un control estrictos que sean suaves con el sentido del honor, el desarrollo del sentido del honor y la posibilidad de la crítica pública, ofrecen las condiciones relativamente óptimas para el éxito y la existencia de una mecanización rigurosa del aparato burocrático y, a

³⁹¹ Sellmann. Fundamentos de la Jurisdicción Disciplinaria – Hoja Administrativa Alemana, p. 227.

³⁹² Schütz, Erwin. Ley disciplinaria del Gobierno Federal y del Estado, pp. 57 s.

³⁹³ Weber, Max. Economía y Sociedad, 5ª edición revisada, pp. 555.

³⁹⁴ Wunder Bern. Privilegiar y disciplinar. Op. cit. p. 324.

³⁹⁵ Weber, Max. Economía y Sociedad, 5ª edición revisada, pp. 558.

este respecto, funcionan de manera más segura que toda esclavitud legal. Un fuerte sentimiento de estatus entre los funcionarios públicos no sólo es compatible con su voluntad de subordinarse a sus superiores sin ninguna voluntad, sino que es -como en el caso de los funcionarios- su consecuencia como un equilibrio interior para la confianza en sí mismos de los funcionarios. El carácter puramente "profesional" de la Oficina, con su separación fundamental de la vida privada del funcionario de la de sus funciones oficiales, facilita la integración en las condiciones fácticas especificadas de una vez por todas del mecanismo disciplinario"

La ley disciplinaria se codificó con el inicio de la función pública. Y así fue como, con la definición más detallada de la ley de la función pública, las obligaciones de los funcionarios se hicieron más concretas, al mismo tiempo que la ley disciplinaria se convirtió en la ley penal especial de los funcionarios públicos³⁹⁶.

En Baviera, en particular, el derecho penal relativo a los delitos de servicio público se dejó formalmente en manos del derecho penal general y, por lo tanto, de la jurisdicción de los tribunales ordinarios. En otros Estados, como Württemberg, el derecho administrativo de despido (derecho penal disciplinario) existía de manera subsidiaria al derecho penal³⁹⁷. Sin embargo, se criticaba cada vez más la insuficiente experiencia de los jueces penales y la duración excesiva de los procedimientos, lo que iba en contra de la finalidad de los procedimientos disciplinarios³⁹⁸.

³⁹⁶ Schütz, Erwin. Ley disciplinaria del Gobierno Federal y del Estado, B I capítulo 8.

³⁹⁷ Wunder Bern. Privilegiar y disciplinar. Op. cit. p. 319.

³⁹⁸ Hochstaedter, Ernst. La naturaleza jurídica de la sanción disciplinaria, en particular la sanción disciplinaria contra funcionarios públicos, pp. 23.

A principios del siglo XIX en casi todas las regiones de Alemania el derecho de despido administrativo (derecho penal disciplinario) fue sustituido por el derecho penal³⁹⁹. No fue así en Baviera donde esto sólo ocurrió después de la fundación del imperio (Reich) por Bismack. El primer paso para establecer un tribunal disciplinario se dio a mediados del siglo XIX⁴⁰⁰.

Después de la abolición de la monarquía en 1918, la "**relación de poder**" permaneció exclusivamente al servicio del bien común del pueblo. La obligación de los funcionarios públicos con el bien público, que también se describía en la ética de los funcionarios públicos, se convirtió en la característica destacada de la función pública de los últimos tiempos. La Constitución del Imperio de Weimar ancló constitucionalmente al funcionario profesional como un "funcionario de la totalidad" dotado de derechos y deberes específicos⁴⁰¹.

El principio de vida, que por regla general garantizaba el empleo de por vida, también estaba garantizado en la Constitución imperial de Weimar sancionada en el año 1919⁴⁰². La garantía institucional del estatuto de funcionario público y la forma constitucional dieron lugar inmediatamente al deber de lealtad al Estado y a su orden fundamental⁴⁰³.

³⁹⁹ Wunder Bern. Privilegiar y disciplinar. Op. Cit. p. 224.

⁴⁰⁰ Wunder Bern. Privilegiar y disciplinar. Op. Cit. p. 224.

⁴⁰¹ La Constitución de la República de Weimar, Alemania, 1919. Op. cit. art. 128 a 130

⁴⁰² Ibid. Artículo 129 inciso 1

⁴⁰³ Wolff H.J. / Bachof O. / Stober R, Derecho Administrativo Tomo II, sexta edición, pp. 463.

1.2. TRASCENDENCIA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE PODER A LAS RELACIONES DE SERVICIO PÚBLICO Y DE LEALTAD

En Alemania fue Paul Laband quien en su obra "derecho constitucional del Imperio Alemán"⁴⁰⁴ se refirió por primera vez al concepto de la "relación especial de poder".

En cuanto a la codificación de la ley disciplinaria, si bien se dictó una ley de funcionarios en vigencia del primer imperio (I Reich), modificada para el año 1907, no fue aplicada en la época de la Constitución Imperial de Weimar, pese a que en ella se aludió a la vigencia de ciertos principios fundamentales en la materia.

En tiempos del Nacional Socialismo, año 1937, se dictó el Código Alemán del Funcionario⁴⁰⁵, con preceptos marcados por la ideología política del momento dentro de los que en referencia al tema aquí analizado se destacaba la relación especial denominada "relación de Derecho Público de servicio y de fidelidad al emperador y al imperio". Luego, para el año 1953 se reevaluó el concepto en tanto que derrocado el nacional socialismo se extinguió también el sentido de ese fenómeno en el entendido que ya no procedía la aplicación de una relación de servicio al emperador sino una relación de servicio al Estado.

Ahora bien, en la jurisprudencia y la doctrina la relación de la función pública se aplicaba como "relación especial de poder" también denominada "relación especial de violencia", "relación especial de deber"

⁴⁰⁴ Laband, Paul. Ley Constitucional del Imperio Alemán, Tomo I, 5ª edición, pp. 1 ss.

⁴⁰⁵ Código Alemán del Funcionario (DBG).

o "relación especial de derecho administrativo"⁴⁰⁶, tal construcción se tornó obsoleta debido a que la "relación especial de violencia" que se aplicaba a los funcionarios, soldados, estudiantes, alumnos y prisioneros llevó a permitir restricciones de los derechos fundamentales también sin ley, denegando así la validez de la reserva de la ley establecida a ese respecto por el inciso 3º del artículo 20 de la Ley Fundamental⁴⁰⁷.

El Tribunal Constitucional Federal cerró esta brecha en el estado de derecho con su "Decisión del Preso"⁴⁰⁸ de 1972 al establecer que la "relación especial de violencia" no tenía la capacidad de restringir los derechos fundamentales ya que toda restricción en ese sentido sólo podía ser impuesta por una ley o sobre la base de una ley.

Así fue como a partir de la decisión del preso del Tribunal Constitucional Federal en la doctrina jurídica ya no se habla de relación especial de poder, sino de **"relaciones de estatus especiales"**⁴⁰⁹ o **"vínculos especiales de derecho público"**⁴¹⁰.

De todas maneras, se trata del mismo fenómeno legal, eso es, "el especial vínculo de dependencia individual de la soberanía del Estado con

⁴⁰⁶ Leppeck, Sabine. Derecho del Funcionario, pp. 30. El término "relación especial de violencia" en el derecho de la función pública se difumina porque se crea la impresión incorrecta de que el funcionario está sujeto unilateralmente a la violencia del empleador. No obstante, el funcionario tiene derecho a una protección jurídica completa contra su empleador.

⁴⁰⁷ Leppeck, Sabine. Derecho del Funcionario, pp. 30.

⁴⁰⁸ Decisión del Tribunal Constitucional Federal – Colección Oficial 33, 1 ss.

⁴⁰⁹ Hesse, Hans Albrecht. El individuo y su profesión: La interpretación del Tribunal Constitucional Federal del artículo 12 inciso 1 de la Ley Fundamental, desde un punto de vista sociológico, en *archivo el derecho público*, pp. 95 136 ss.

⁴¹⁰ Loschelder Wolfgang. De la relación especial de violencia al vínculo especial de derecho público especial, pp. 1 ss.

determinadas personas como funcionarios públicos, soldados, prisioneros y estudiantes, en el cual no se utilizan términos jurídicos definidos que abarquen con precisión hechos uniformes debido a la diversidad de ámbitos que abarcan".

Se ha de precisar que lo que estas relaciones entre el Estado y los ciudadanos tienen en común es que involucran diferentes tipos de integración estatal⁴¹¹. Cada relación de estatus especial toma una forma independiente sin que se desconozca que existen paralelismos en el desarrollo de las diversas formas de derecho disciplinario.

Y aunque existe una estrecha conexión entre funcionarios estatales y miembros de la fuerza pública con el Estado, no se puede concluir que sea la única en que se aplica el derecho disciplinario, esto por cuanto se puede hablar de la existencia de lazos jurídicos de los estudiantes y los presos, más fuertes que los de los trabajadores autónomos. Sin embargo, para estas categorías de personas, la existencia de un sistema disciplinario no se pone en duda.

Más bien, existen autoridades disciplinarias en los diversos grupos ocupacionales con requisitos comparables. Así se dan en gran medida similitudes en el mecanismo de acción, el modo de funcionamiento y la finalidad perseguida. La proximidad del derecho disciplinario en las profesiones liberales con el derecho disciplinario de los funcionarios públicos y otras relaciones jurídicas especiales se hace evidente cuando se consideran los paralelismos de la jurisprudencia.

⁴¹¹ Loschelder, Wolfgang. Derechos Fundamentales en situación especial - Manual de Derecho Constitucional Tomo V, pp. 805, 812 y 814.

Por ejemplo, sobre la posibilidad de que un tribunal profesional imponga una medida disciplinaria además de una sanción penal en el caso de un médico⁴¹², el Tribunal Constitucional Federal se refirió sin más a la jurisprudencia sobre la no aplicación de la prohibición de la doble incriminación en el derecho disciplinario militar⁴¹³. También en la literatura jurídica o doctrina se confía constantemente en el derecho disciplinario de los funcionarios cuando se discuten sin vacilación los problemas del derecho profesional. Al mismo tiempo, la jurisprudencia sobre el derecho disciplinario en virtud del derecho de la administración pública también se aplica al derecho disciplinario de los médicos de los grupos de expertos.

El elemento común, y por tanto el mínimo común denominador de todos los poderes disciplinarios, es el que controla el cumplimiento de las obligaciones que incumben únicamente a este grupo particular de personas y que consisten en un propósito administrativo específico que persigue el grupo de personas. Al mismo tiempo, las categorías de personas a las que se aplica el derecho disciplinario pueden distinguirse según el motivo de la relación jurídica en la que se ejerce el derecho disciplinario.

Así, los funcionarios públicos, los jueces, los soldados, las personas que prestan servicios civiles y los notarios están sujetos a la ley disciplinaria por encontrarse en una relación de servicio público o de lealtad o por ocupar un cargo público. Mientras que los miembros de las profesiones liberales están incluidos en el control de las obligaciones profesionales en función de

⁴¹² Nueva Revista Semanal Legal del Tribunal Constitucional Federal, pp. 507.

⁴¹³ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Colección Oficial 21, pp. 378.

su pertenencia a un gremio. Los presos y los estudiantes están sujetos a la ley disciplinaria porque están integrados a una institución determinada.

1.3. FUNCIONARIOS PÚBLICOS, GARANTÍAS Y RESERVA FUNCIONAL ACORDE CON LOS PARÁMETROS ESTABLECIDOS POR EL ARTÍCULO 33 DE LA LEY FUNDAMENTAL O CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Una vez derrocado el nacional socialismo se conformó el Consejo Parlamentario⁴¹⁴, corporación que aprobó el 8 mayo de 1949 la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania⁴¹⁵, la cual entró en vigencia el 23 de mayo de ese mismo año. Aunque la Ley Fundamental fue concebida originalmente como una constitución provisoria orientada a solucionar los problemas afrontados para ese momento, se ha mantenido en el tiempo y su enfoque es la protección y garantía de los derechos humanos, además contiene un amplio catálogo de derechos fundamentales⁴¹⁶.

El artículo 33 de la Ley Fundamental regula los fundamentos estructurales de la federación y de las regiones. Dicha disposición determina los principios del derecho alemán de la función pública y contiene varias garantías, la mayoría de las cuales confieren un derecho subjetivo a un determinado grupo de personas.

De conformidad con el artículo 93 inciso primero numeral 4º de la citada norma, la violación a esa disposición puede ser impugnada mediante una

⁴¹⁴ Conformado por 65 miembros de los once Estados Federados de Alemania Occidental.

⁴¹⁵ En la traducción alemana el término es Grundgesetz, y abreviado es "GG".

⁴¹⁶ Unger Mark, sesenta años de la Ley Fundamental Alemana – de un provisorio con una larga vida. Revista de Estudios Constitucionales.

demanda constitucional ante el Tribunal Constitucional Federal. De ahí que el artículo 33 de la Ley Fundamental constituya una prerrogativa equivalente a un derecho fundamental.

La última modificación de este artículo 33 fue realizada el 1 de septiembre de 2006⁴¹⁷, y en su contexto establece lo siguiente:

“1) Todos los alemanes tienen los mismos derechos y deberes civiles en todos los países; 2) Todos los alemanes tienen igual acceso a todos los cargos públicos en función de su idoneidad, cualificación y rendimiento profesional; 3) El disfrute de los derechos civiles y cívicos, la admisión a cargos públicos y los derechos adquiridos en la administración pública serán independientes de las creencias religiosas; Nadie será perjudicado como resultado de o en relación con ningún credo o creencia; 4) El ejercicio de las competencias conferidas por el derecho público se confiará, por regla general, como tarea permanente a los miembros de la función pública que mantengan una relación de servicio público y de lealtad; 5) La ley de la función pública se regulará y desarrollará teniendo en cuenta los principios tradicionales de la función pública”

Los numerales 1 y 3 contienen requisitos de igualdad de trato. Así, el 1º garantiza la igualdad cívica en todos los estados federales, mientras que según el numeral 3º es inadmisibles la discriminación por motivos de religión o creencias.

⁴¹⁷ Battis Ulrich / Sachs Michael. Comentarios a la Ley Fundamental, ver artículo 33.

El numeral 2º regula el acceso a cargos públicos dependiendo exclusivamente de la idoneidad, el rendimiento profesional y la cualificación de los candidatos.

Además, la norma en cita contiene afirmaciones básicas sobre la función pública, así lo establece el numeral 4º al estipular que el ejercicio de las facultades soberanas corresponde normalmente a funcionarios públicos profesionales. Y el numeral 5º precisa para el Estado la obligación de regular y desarrollar el derecho de la función pública de conformidad con los principios tradicionales de la función pública profesional.

Ahora bien, en concreto respecto a los numerales 4º y 5º del artículo 33 de la Ley Fundamental, se puede decir que su institución va dirigida a proteger a la función pública contra la influencia arbitraria de la dirección del Estado, con el objetivo de garantizar la independencia de los funcionarios públicos y promover así la separación de poderes.

Esto debido a que, en el siglo XIX, en numerosos estados alemanes surgieron normas que perseguían esta idea de protección. En el imperio tuvo auge la ley sobre las relaciones imperiales de los funcionarios públicos⁴¹⁸.

Conforme al contenido del numeral 4º del artículo 33, los poderes soberanos deben ser ejercidos normalmente por funcionarios públicos. Con esta disposición el Consejo Parlamentario pretendía garantizar que las tareas esenciales del Estado fueran realizadas por funcionarios públicos, pero que

⁴¹⁸ Grigoleit Klaus / Stern Klaus / Becker Florian. Comentarios a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental con sus referencias europeas, véase artículo 33 numeral 5.

el Estado pudiera excepcionalmente encargar a otras personas para que las efectuaran⁴¹⁹.

La modificación de que fue objeto el artículo 33 de la Ley Fundamental tuvo lugar en el marco de la Reforma del Federalismo de 2006 y se refirió en concreto al numeral 5º en el sentido que, además de la observancia de estos principios, el legislador también quedara facultado para seguir desarrollándolos⁴²⁰, incluso bajo la validez de la redacción anterior, en la jurisprudencia se aceptaba en general que el legislador pudiera desarrollar más los principios de la función pública⁴²¹.

En lo que respecta al numeral 4º del citado artículo 33, los poderes soberanos son ejercidos generalmente por miembros de la administración pública que mantienen una **relación de servicio público y de lealtad**. Esto es lo que la jurisprudencia llama la reserva funcional de la función pública en el entendido que la norma obliga a que en las entidades públicas las actividades de las áreas funcionales esenciales sean realizadas por funcionarios públicos y no por empleados o personas que reciben una remuneración. De acuerdo con la opinión predominante en la jurisprudencia, esta disposición es exclusivamente una regulación de la ley de organización del Estado de la que el ciudadano individual no puede derivar su propia posición jurídica⁴²²⁴²³.

⁴¹⁹ Grigoleit Klaus, ídem. Ver artículo 33, numeral 6.

⁴²⁰ Battis Ulrich / Michael Sachs. Comentarios a la Ley Fundamental, ver artículo 33, numeral 6.

⁴²¹ Grigoleit Klaus / Stern Klaus / Becker Florian. Comentarios a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental con sus referencias europeas, ver artículo 33, numeral 7.

⁴²² Decisión del Tribunal Constitucional Federal Colección Oficial 6, pp. 376 (queja electoral).

⁴²³ Gröpl Christoph / Windthorst Kay / von Coelln Christian: Ley Fundamental, comentario del estudio, ver artículo 33, párr. 46.

El término poderes soberanos se refiere a las áreas de regulación que son importantes para el ejercicio de los derechos fundamentales, en particular hace alusión a la administración de intervención, que incluye, por ejemplo, la policía y las autoridades reguladoras. La administración de servicios, responsable de la prestación de servicios de interés general, también influye en el ejercicio de los derechos fundamentales en muchos casos, razón por la cual también ejerce por lo regular poderes soberanos. Mientras que el Estado no despliega poderes soberanos si actúa en las relaciones jurídicas como un sujeto de derecho igual al ciudadano, como en el caso del área de la administración fiscal. Según el Tribunal Constitucional Federal⁴²⁴, los docentes generalmente no ejercen poderes soberanos.

Además, el numeral 4º del artículo 33 de la ley fundamental permite en casos excepcionales que los poderes soberanos sean ejercidos por un individuo que no sea un funcionario, sin embargo, para desviarse de la regla, se requiere una razón viable, que resulte de las particularidades de la actividad respectiva. De manera que no basta, por ejemplo, con considerar que la actividad de un no funcionario es menos costosa⁴²⁵. La delegación de una tarea soberana a un funcionario seguirá exigiendo una ley de autorización para tal efecto⁴²⁶.

Así pues, la regulación legal de los funcionarios en Alemania⁴²⁷, es con respecto al Estado (federal o estatal), un municipio o cualquier otra persona

⁴²⁴ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Colección Oficial 119, pp. 247.

⁴²⁵ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Colección Oficial 130, pp. 76.

⁴²⁶ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Colección Oficial 98, pp. 280.

⁴²⁷ Haciendo referencia concreta a los funcionarios públicos en el sentido del derecho constitucional, al que se refiere el artículo 33, numerales 4 y 5, de la Ley Fundamental, y simplemente el artículo 2, inciso 1, de la Ley de Funcionarios Públicos Federales y el artículo 2, inciso 1, de la Ley Marco de la Función Pública.

jurídica de derecho público que tenga derecho a disponer de funcionarios públicos, así lo determina el artículo 121 de la ley sobre los derechos de los funcionarios públicos. La aplicación del estatuto de funcionario público sólo está permitida para el ejercicio de funciones públicas o de aquellas que, por razones de seguridad pública del Estado o de la vida pública, no pueden ser transferidas exclusivamente a personas que se encuentren en una relación laboral de derecho privado; inciso 2º del artículo 2 de la ley fundamental de la República Federal de Alemania.

A la inversa, la Ley Fundamental establece una reserva funcional para los funcionarios públicos al afirmar en el citado numeral 4º del artículo 33 que el ejercicio de las facultades soberanas se delega generalmente en los funcionarios públicos y no en los empleados públicos.

El sentido de la norma hace referencia entonces a la relación de por vida de los funcionarios según los artículos 1, 3º inciso primero y 9 inciso 2º de la Constitución de la República Federal de Alemania, en la que el funcionario está obligado a trabajar a tiempo completo y durante el tiempo de permanencia en el servicio.

Las normas disciplinarias aplicables a los funcionarios tendrán por objeto hacer respetar la autoridad disciplinaria del empleador respecto de los funcionarios y abarca toda la legislación aplicable a las sanciones impuestas a los funcionarios por faltas cometidas en interés del servicio.

Las medidas y los procedimientos disciplinarios contra los funcionarios públicos se rigen por el Código Disciplinario Federal y los Códigos Disciplinarios de las regiones. El núcleo del derecho disciplinario es la noción

de mala conducta contenida en las leyes federales y regionales sobre los funcionarios públicos. Esto se refiere a cualquier incumplimiento culposo de las obligaciones que incumben al funcionario, según lo determinado por el artículo 77 inciso de la Ley de Funcionarios Públicos Federales, así como por el artículo 45 inciso primero de la ley marco de la función pública.

Las sanciones permisibles están reguladas de manera concluyente en las leyes disciplinarias de la Federación y de las regiones. Las regulaciones individuales difieren debido a que no todas las medidas disciplinarias se pueden encontrar en todos los estados federales⁴²⁸.

El artículo 5 del Código Disciplinario Federal establece como sanciones disciplinarias: Remisión, multa, reducción de salario, traslado a un puesto de trabajo de la misma categoría con un salario final inferior, cese en el servicio, reducción de la pensión, pérdida de la misma.

Las funciones que deben desempeñar los funcionarios constituyen el Derecho disciplinario material en el entendido que toda transgresión culpable de las obligaciones de los funcionarios públicos se considera una falta disciplinaria⁴²⁹. No existe una lista exhaustiva de obligaciones de los funcionarios públicos comparable a la lista de delitos del Código Penal, más bien, los deberes son el resultado de las más diversas normas legales de los funcionarios públicos. Por la regulación de gran alcance en el artículo 54 inciso 3 de la Ley de Funcionarios Públicos Federales el funcionario se

⁴²⁸ Peine Franz-Joseph/Henlein, Dieter, Derecho del funcionario, pp. 163.

⁴²⁹ Artículo 77 inciso. 1 Ley de Funcionarios Públicos Federales, artículo 45 inciso. 1 Ley Marco de la Función Pública.

comportará dentro y fuera del servicio de manera acorde con el respeto y la confianza que exige su profesión.

Además, no puede perderse de referencia que la relación de servicio público difiere de la relación laboral de derecho privado en que se trata de una **“relación de servicio público y de lealtad”**. De manera que el deber de lealtad determina el carácter jurídico de la relación en virtud del derecho de la función pública. De ahí que el funcionario público debe servir al pueblo con toda su personalidad y fuerza⁴³⁰.

Aunque el artículo 8 de la Ley Federal de Empleados también exige a los funcionarios públicos que se comprometan con el libre orden democrático básico en toda su conducta y que cumplan con las órdenes oficiales, de ahí que el funcionario está obligado a obedecer en el marco del deber oficial. Por su parte, el derecho laboral se ocupa de los litigios relativos a estas relaciones laborales y las obligaciones derivadas de la relación laboral⁴³¹.

Otro aspecto a destacar es el deber de obediencia, el cual debe considerarse en el contexto de la asignación de la responsabilidad de la legalidad de los actos oficiales⁴³². La obediencia es una consecuencia indispensable, en la administración jerárquicamente estructurada, por la responsabilidad del gobierno y la administración ante el parlamento democráticamente legítimo⁴³³.

⁴³⁰ Artículo 54 inciso 1 Ley de Funcionarios Públicos Federales.

⁴³¹ Artículo 37 inciso 1 Ley Marco de la Función Pública, artículo 55 inciso 5 Ley de Funcionarios Públicos Federales.

⁴³² Artículo 56 Ley de Funcionarios Públicos Federales, artículo 38 Ley Marco de la Función Pública.

⁴³³ Peine Franz-Joseph/Henlein, Dieter, Derecho del funcionario, pp. 80

Los deberes oficiales también se extienden a la conducta fuera del servicio, ya que la relación oficial abarca toda la personalidad del funcionario, quien debe comportarse de manera digna y honorable⁴³⁴, tanto dentro como fuera del servicio, y en particular con un espíritu de ayuda, cortesía, colegialidad, respeto y lealtad hacia su superior, y una vida fuera del servicio que vele por que la conducta del funcionario o de los miembros de su familia no menoscabe la reputación del funcionario⁴³⁵.

Estas obligaciones de gran alcance se ven limitadas por la naturaleza de las funciones profesionales u oficiales del funcionario. Por consiguiente, la conducta en la esfera privada sólo constituye una falta, en las circunstancias particulares del caso concreto, cuando afecte al respeto y a la confianza de manera significativa para la entidad o para la reputación de la función pública⁴³⁶. Por lo tanto, dependiendo de la naturaleza de la entidad a la que se encuentre vinculado el funcionario, se imponen requisitos diferentes a la conducta fuera de la función pública⁴³⁷.

1.4. LA LEGISLACIÓN DISCIPLINARIA FRENTE A LAS RELACIONES DE SERVICIO PÚBLICO Y DE LEALTAD

La acción disciplinaria tiene principalmente un propósito educativo. La jurisprudencia sobre medidas disciplinarias en el derecho de la función

⁴³⁴ Biletzki Gregor, Obligación oficial – legal a la conducta Digna / Revista de Derecho de la Función Pública, pp. 84 ss.

⁴³⁵ Peine Franz-Joseph/Henlein, Dieter, Derecho del funcionario, pp. 84

⁴³⁶ Claussen, Hans Rudolf / Janzen, Werner. Código Disciplinario Federal, pp. 65 s.

⁴³⁷ Peine Franz-Joseph/Henlein, Dieter, Derecho del funcionario, pp. 85.

pública ha demostrado que la función educativa tiene una finalidad preventiva especial y una finalidad preventiva general⁴³⁸.

Cuando se utilizan medidas disciplinarias como llamados de atención, advertencias, multas o recortes salariales, la atención se centra en los recordatorios. A este respecto, una medida disciplinaria tiene un efecto preventivo especial por cuanto el profesional afectado será llamado al orden y recordado de sus deberes⁴³⁹. En particular, dado que la medida disciplinaria no constituye una sanción, la medida disuadirá a la persona disciplinada de seguir incumpliendo sus obligaciones en el futuro⁴⁴⁰. En ese orden de ideas, el objetivo de una medida disciplinaria es impedir que se repita una infracción.

El derecho disciplinario cumple así una función educativa. No obstante, cabe destacar que siempre debe respetarse el objetivo del procedimiento disciplinario para mantener el funcionamiento de la profesión. Por ejemplo, una medida disciplinaria no debe educar al profesional para que sea un ser humano modelo desde un punto de vista ético y moral, sino que sólo debe alentarle a desempeñar sus funciones adecuadamente⁴⁴¹.

Una medida disciplinaria debe tener siempre un efecto educativo y disuasorio sobre los demás miembros de la profesión. Por lo tanto, una medida disciplinaria tiene efectos preventivos generales, así como efectos

⁴³⁸ Para las profesiones liberales: Decisión del Tribunal Constitucional Federal Colección Oficial 21, pp. 378 (384), sobre el derecho disciplinario militar, Bayer en reconocimiento para Claussen, pp. 75; sobre los contratos médicos Tribunal Social Federal sentencia de 03.09.1987, 6 RKa 30/86.

⁴³⁹ Heidelmann, Ulrique, El derecho disciplinario en la contratación médica, pp. 57.

⁴⁴⁰ Ibid.

⁴⁴¹ Ibid. p. 58.

preventivos especiales. Se debe disuadir a otros miembros de la profesión de cometer infracciones similares en vista de la medida disciplinaria pronunciada⁴⁴².

Aunque una medida disciplinaria no puede justificarse por el mero hecho de que los demás miembros de la profesión tengan conocimiento de la gravedad de una infracción disciplinaria y del riesgo asociado, debe tenerse en cuenta que la medida disciplinaria no tiene por objeto impedir que el infractor cometa infracciones similares del deber.

No obstante, la idea de prevención general debe utilizarse como complemento de la evaluación del nivel de las medidas disciplinarias⁴⁴³, por cuanto el aspecto de la prevención general sólo puede aceptarse en los casos de faltas de conducta que revistan especial importancia en la práctica y cuya comisión por otros funcionarios no sea improbable⁴⁴⁴.

La tendencia educativa de la legislación disciplinaria aplicable a los funcionarios resulta de los estrechos vínculos jurídicos existentes en la prestación del servicio público, que se fundamenta en las relaciones de servicio público y de lealtad, así como en la ausencia, por regla general, de cualquier posibilidad de despido de la función pública⁴⁴⁵.

Así, el objetivo principal de la medida disciplinaria más grave, que el despido, es facultar al Estado, en caso necesario, de liberar a los demás funcionarios de las personas indignas o de las personas que hayan

⁴⁴² Claussen, Hans Rudolf / Janzen, Werner. Código Disciplinario Federal, pp. 80.

⁴⁴³ Decisión del Tribunal Constitucional Federal Colección Oficial 46, 64, 67.

⁴⁴⁴ Claussen, Hans Rudolf / Janzen, Werner. Código Disciplinario Federal, pp. 78.

⁴⁴⁵ Wolff H.J. / Bachof O. / Stober R, Derecho Administrativo Tomo II, pp. 585.

incumplido sus obligaciones, esto con el fin de preservar la eficacia y la confianza de la población en la integridad de la función pública⁴⁴⁶.

El procedimiento disciplinario tendrá el efecto de un procedimiento de aviso público en relación con dichas consecuencias⁴⁴⁷, en el entendido que si el funcionario ha incurrido en un incumplimiento grave de sus obligaciones, inaceptable para el servicio público, será descalificado de dicho servicio. Esta medida sólo podrá adoptarse si la gravedad de la falta hace improbable que se produzca un cambio de comportamiento⁴⁴⁸.

1.5. LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN EN EL DERECHO DISCIPLINARIO COLOMBIANO

En tratándose de la Función Pública, el derecho disciplinario colombiano tiene como misión encauzar la conducta de los servidores públicos a la observancia de sus deberes funcionales. De ahí que es concebido como:

“medio efectivo de lucha contra la corrupción y como instrumento eficaz para procurar la ‘previsión efectiva y diligencia exigible’ de cada una de las actuaciones de los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones”⁴⁴⁹

En Colombia las relaciones especiales de sujeción están enfocadas al vínculo que se genera entre el Estado y sus servidores públicos en el

⁴⁴⁶ Ibid.

⁴⁴⁷ Held R. / Hammann, W. Sobre la (no) publicidad de la audiencia principal en el procedimiento disciplinario 1986, Boletines administrativos de Baden-Württemberg 15, 16.

⁴⁴⁸ Fliedner Ortlieb. El Propósito de la "sanción" de la acción disciplinaria, Revista de Derecho de la Función Pública, pp. 140.

⁴⁴⁹ BERDUGO ANGARITA, Andrés E.; CADRAZCO, BLANQUICET, Manuel J. [et al]. Op. cit.

entendido que la atribución de una función pública determina para aquel la facultad de exigir a los vinculados el cumplimiento adecuado, oportuno, correcto, de deberes y obligaciones funcionales, a efecto de garantizar el buen funcionamiento de la entidad a la que pertenecen.

Dicha facultad opera en el ámbito del derecho disciplinario como la potestad sancionadora del Estado, derivada del control que debe ejercer sobre sus servidores, quienes, en este escenario, adquieren la calidad de sujeto activo cualificado.

Ahora bien, el fenómeno jurídico en mención cuenta en Colombia con adeptos y detractores, esto por cuanto en la academia se exponen argumentos a favor y en contra de la vigencia de las relaciones especiales de sujeción, razón por la cual, de los estudios y análisis realizados por diferentes doctrinantes se distinguirán las tesis de varios destacados exponentes – académicos reconocidos en el ámbito del derecho disciplinario en nuestro país, a efectos de establecer lo que se defiende y lo que se ataca de ellas.

En primer lugar, el doctor José Rory Forero Salcedo, defensor de la vigencia de las relaciones especiales de sujeción, quien define la citada figura jurídica abarcando dos enfoques:

“a) Aquellos nexos o vínculos estrechos, duraderos y efectivos, que existen entre la Administración Pública y los servidores estatales, esto es, funcionarios y particulares que prestan funciones públicas, dada su acentuada dependencia respecto de la misma; y en tanto relaciones jurídicas, flexibles, funcionales, juridificadas y constitucionalizadas

facultan a aquella en el marco de un Estado Constitucional, social y Democrático de Derecho, para exigirles el cumplimiento de sus deberes funcionales y demandarles en caso de infracción pero previa garantía de un debido proceso, la responsabilidad que su calidad conlleva, por inobservancia de los valores y principios derivados de la ética del servicio público, en aras de garantizar un fin preciso: la efectividad y excelencia de la Administración; b) En contrapartida, otorgan a estos colectivos por el estatus especial en que los ubica, la posibilidad de tutelar el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, acorde con unas claras reglas de juego estipuladas en el Derecho disciplinario, sin duda su exteriorización más radical, que al tener una naturaleza autónoma, busca de una parte, prevenir, regular, controlar y sancionar el injusto disciplinario y de otra, conciliar la tensión constitucional generada en la dinámica y vicisitudes de la función pública, entre la potestad disciplinaria, como manifestación inequívoca de la categoría dogmática en comento, y el respeto escrupuloso de sus derechos y libertades fundamentales en cuanto solamente pueden ser limitados conforme a los siguientes requisitos: necesidad, razonabilidad, proporcionalidad y autorización expresa de la Constitución o la ley en acatamiento de la garantía de reserva de ley por el principio de legalidad"⁴⁵⁰

El tratadista Forero Salcedo basa su tesis en la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción, estableciendo tres aspectos en los que se genera la potestad disciplinaria⁴⁵¹, determinados así:

⁴⁵⁰ FORERO SALCEDO, José Rory. Estado Constitucional, Potestad Disciplinaria y Relaciones Especiales de Sujeción, 2007. Op. cit. p. 216 y 217.

⁴⁵¹ Ibid. p 108 a 110.

i) Se constituye la típica relación especial de sujeción por la circunscripción de los funcionarios públicos con el Estado, a quienes ubica en una dimensión activa como garantistas del orden supralegal, pero también en una dimensión pasiva, como inculpados, en los eventos en que no observen el estatuto disciplinario. En ambos casos los funcionarios públicos hacen parte integral de la Administración Pública, titular de la potestad disciplinaria

ii) En esa dinámica el ejercicio de determinados derechos fundamentales de los funcionarios públicos está condicionada a la "reserva de la ley", esto debido a que el ejercicio del control disciplinario genera una tensión constitucional entre la potestad disciplinaria del Estado y el deber de garantizar las libertades y los derechos fundamentales de los funcionarios, esto al tenor el artículo 86 de la Constitución Política. Por tanto, el derecho disciplinario está llamado a mantener el punto medio o de equilibrio que debe existir entre la potestad y las garantías constitucionalizadas contenidas en el artículo 29 de la Carta Magna.

iii) Por el control judicial a que están sometidos los actos disciplinarios de la Administración a consecuencia del principio constitucional de legalidad. Ello en el entendido que los actos disciplinarios producto de esas relaciones especiales de sujeción, como actos de la Administración, se someten a control judicial derivado de la legalidad instituida por el artículo 1 de la Constitución Política.

Por su parte, el doctor Carlos Arturo Gómez Pavajeau afirma que la relación especial de sujeción es al derecho disciplinario lo que la teoría del bien jurídico al derecho penal, la concibe como una categoría dogmática en

tanto nace del ámbito de la 'Teoría General del Derecho' como expresión de conceptualismo y formalismo jurídico para determinar y sistematizar conceptos jurídicos fundamentales⁴⁵².

Agrega que, de todas maneras, esa potestad sancionadora no puede desconocer los principios constituidos como base fundamental de la función administrativa al servicio de intereses generales, determinados por el artículo 209 de la Carta Política, a saber, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.

El profesor Gómez Pavajeau, también considera que como fundamento del derecho disciplinario las relaciones especiales de sujeción están matizadas por el constitucionalismo moderno en los siguientes términos⁴⁵³:

“a) Es una autotutela que implica un poder reglado, en la medida en que rigen al interior del derecho disciplinario el debido proceso, el derecho de defensa y las garantías que comporta el entendimiento de la falta disciplinaria como una conducta típica, antijurídica y culpable; b) Las garantías procesales en el derecho disciplinario se han jurisdiccionalizado, esto es, el proceso disciplinario es administrativo en cuanto forma, pero jurisdiccional en cuanto al respeto al debido proceso 36, habida cuenta que en su seno no rigen los principios de conveniencia y oportunidad. Así se desprende del artículo 29 de la Carta Política cuando señala que el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, en lo cual coincide con la doctrina, que ha señalado que

⁴⁵² GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario, 2017. Op. cit. p. 19.

⁴⁵³ Ibid.

la tendencia general del régimen disciplinario es la jurisdiccionalización, es decir, dar garantías a los funcionarios, tomar ciertas reglas de fondo y de forma de una represión de tipo jurisdiccional; Es más, hoy se dice de la actividad disciplinaria que ella es administración de justicia en sentido material. En efecto, pacientemente la Corte Constitucional ha definido el papel constitucional del funcionario en el ámbito disciplinario, su perfil de juez natural (sentencia C-429 de 2001) y establecido que el examen de sus decisiones debe hacerse desde la perspectiva del respeto por la autonomía e independencia constitucional de la Procuraduría General de la Nación en tanto juez disciplinario, dada la existencia de unos márgenes constitucionales propios de su autonomía, lo que incluye, como claramente quedó dicho, también el examen de sus decisiones en sede de acciones de tutela (sentencia T-1093 de 2004, f. j. 3.9 y 4.4.7); Dentro de tal ámbito, de una manera coherente y clara, ha señalado que las autoridades disciplinarias despliegan una actividad con contenidos materiales propios de la función de administrar justicia (sentencia C-014 de 2004, f. j. 1) y consecuentemente la función disciplinaria comporta "una actuación administrativa en la que materialmente se cumple la función de administrar justicia" (sentencia SU-901 de 2005, f. j. 4); c) Se contempla siempre la posibilidad de que un órgano de control independiente, como la Procuraduría General de la Nación, ajeno en cuanto a su estructura y funcionamiento a las ramas del poder público legislativa, ejecutiva y judicial, asuma con poder preferente el conocimiento de las investigaciones disciplinarias (num. 6 art. 277 C. N.); d) Cuando los procesos sean adelantados por los órganos de control interno siempre existe la posibilidad de que la Procuraduría General de la Nación intervenga en ellos como "un sujeto procesal de naturaleza contingente" si no decide desplazar al investigador de tal órgano de control por virtud

de la anterior facultad, conforme a la otra de intervenir en los procesos que adelanten las autoridades administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico o de los derechos fundamentales (num. 7 art. 277 C. N.), lo que aparece desarrollado por los artículos 71, numeral 1, y 100 de la Ley 200 de 1995. Hoy tal idea ha sido materializada en forma expresa por el inciso 2º del artículo 89 del NCDU; e) Porque siempre existirá la posibilidad de un control judicial a los controles disciplinarios interno y externo, adelantado, en lo que tiene que ver con el derecho disciplinario de naturaleza administrativa, por la jurisdicción contencioso-administrativa encargada al Consejo de Estado y a los tribunales administrativos de departamentos; f) Por último, los procesos disciplinarios contra los funcionarios judiciales y los abogados en ejercicio de la profesión son, en principio judiciales —los primeros, no así los segundos— en la medida en que las autoridades encargadas por la Carta Política para llevar a cabo la investigación y sanción de los infractores a la ley disciplinaria son la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura de la Judicatura y las salas de la misma naturaleza de los consejos seccionales (arts. 116, inc. 1º, 254, núm. 2, y 256, núm. 3 C. N.)⁴⁵⁴

En contraposición se tiene la tesis del profesor Pedro Alfonso Hernández quien considera que el citado fenómeno jurídico adolece de una concepción dispersa en tanto hay nociones de esa categoría dogmática como autores en el mercado, no existe un criterio unificado debido a que cada uno tiene su propia idea de lo que ellas representan⁴⁵⁵.

⁴⁵⁴ procuraduría General de la Nación (arts. 277, núm. 7 y 28o ibíd.

⁴⁵⁵ Hernández, Pedro Alfonso. *Función Pública y Relaciones Especiales de Sujeción*, Universidad Libre, pp. 26.

Este autor considera que no existe una relación especial de sujeción a partir del vínculo jurídico entre servidores públicos y el Estado, cuestionándola en tres aspectos:

i) Los alcances que se dan en textos a los fallos de la Corte Constitucional para sustentar esa categoría jurídica. Esto por cuanto en tema de relaciones especiales de sujeción la Corte Constitucional ha proferido sentencias en dos sentidos, uno tiene que ver con la restricción de derechos o garantías fundamentales de internos o reclusos en centros carcelarios, el otro hace referencia a la relación de subordinación laboral de carácter especial de los servidores públicos frente al Estado⁴⁵⁶.

Así que, desde el punto de vista constitucional, es improcedente asimilar la lógica disciplinaria de los servidores públicos a los requerimientos disciplinarios de un centro carcelario.

ii) La errada interpretación del artículo 6º de la Constitución Política para sustentar el fundamento constitucional de las relaciones especiales de sujeción. La citada norma no contiene los dos enunciados normativos que se le suelen dar, uno en el sentido que los servidores públicos lo tienen todo prohibido, excepto lo permitido, y el otro, que prevé la distinción entre las relaciones generales de sujeción de los particulares y las relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos.

Para el autor en cita uno y otro componente están contenidos en el artículo 6º de la Constitución como fuente de responsabilidad disciplinaria de los

⁴⁵⁶ Ibid. p. 30.

servidores públicos, razón por la que considera que la mencionada norma no fundamenta constitucionalmente la presencia de las relaciones especiales de sujeción en el derecho disciplinario. Y agrega:

“Es decir, que el artículo 6° de la Constitución no permite deslindar la naturaleza de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos al compararlos con el ámbito general de responsabilidad de los particulares, por cuanto, en este tema, no resultan ser elementos correspondientes dado que tanto los unos como los otros son destinatarios de la misma fuente de responsabilidad, es decir la infracción de la Constitución y de las leyes. En otras palabras, no puede hacerse la distinción a partir de los aspectos que le son comunes”⁴⁵⁷

iii) La pretensión de matizar sus efectos riñe con los postulados del Estado social y democrático de derecho previsto en la Constitución Política de 1991. Ello por cuanto modular, matizar o flexibilizar las libertades y garantías constitucionales de los derechos fundamentales de los servidores públicos contraría el principio democrático de la estructuración del derecho disciplinario debido a que tiene menos valor al servidor público, cuando lo ideal es ubicarlos en posición privilegiada, pues la valoración de los servidores públicos reporta la valoración y legitimidad del propio Estado⁴⁵⁸.

Consecuente con el análisis descrito, el doctor Pedro Alfonso Hernández propone abandonar la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción y reemplazarla por la figura prevista en el artículo 123 de la Constitución Política, dado que esa norma le confiere al servidor público la

⁴⁵⁷ Ibid. p. 33 y 35.

⁴⁵⁸ Ibid. p. 38.

doble condición de estar al servicio del Estado y al servicio de la comunidad, en tanto la primera hace referencia a la condición laboral, mientras que la segunda a la condición política.

De ahí que la acepción propuesta por el tratadista en mención es *“la calidad de servidor público al servicio de la comunidad”*, por considerar que:

“para la dignidad del servidor público es más relevante inculcarle la trascendencia de su misión al servicio de la comunidad, que señalarle que la legitimidad del reproche o de la censura a sus conductas se funda en la sumisión, sometimiento o sujeción especial que lo ata al Estado, por haber optado ser un servidor público”⁴⁵⁹

1.6. PROPUESTA DE SOLUCIÓN

En lo que respecta al derecho disciplinario colombiano y el reconocimiento de las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática, resulta prematuro e inapropiado cerrar las puertas a la citada figura y considerar su eliminación, mediante el reemplazo por otro concepto, como mecanismo de solución frente a las controversias planteadas por sus detractores.

Y ello por cuanto adoptar una determinación de esa naturaleza conlleva a negar la posibilidad de trascender en la comprensión, aplicación y evolución del fenómeno jurídico, reconocido como piedra angular del derecho disciplinario.

⁴⁵⁹ Ibid. p. 45 a 47.

Acorde con lo expuestos surgen dos cuestionamientos:

1. ¿La variedad de nociones de esa categoría dogmática Implica "distorsión del concepto"?

Para responderlo cabe preguntar ¿hasta qué punto se puede hablar de distorsión del concepto? ¿Acaso en derecho no es tendencia la falta de unificación en las nociones o significados de determinadas figuras jurídicas de gran trascendencia? V.g. el 'delito' en derecho penal cuando de él se predicen conceptos formales, jurídicos, filosóficos, nominales, substanciales, dogmáticos y sociológicos; o la 'obligación' en derecho civil donde no se puede hablar de un criterio absolutista.

Así también en derecho disciplinario las relaciones especiales de sujeción son objeto de diversas nociones producto de la investigación de la que se han ocupado estudiosos en la materia. Lo importante aquí es que no se desligan de los elementos que caracterizan la figura cuales son el vínculo, el servidor público y el Estado.

2. ¿Las relaciones especiales de sujeción constituyen un fenómeno jurídico inaplicable en el derecho disciplinario actual?

En oposición a la vigencia de esta figura se argumenta que en la actualidad jurídica las relaciones especiales de sujeción no son aplicables debido a que infravaloran al servidor público y lo encasillan en un contexto de desventaja a causa de esa condición.

Aquí es importante no perder de referencia que, *a contrario sensu*, el citado fenómeno constituye la base jurídica del control disciplinario, y en ese orden de ideas no tiene sentido reemplazar las relaciones especiales de sujeción, mucho menos por el concepto de *"la calidad del servidor público al servicio de la comunidad"*, debido a que la citada acepción no encaja dentro del marco de referencia de control disciplinario implícito en ellas.

Es más, deviene indispensable mantener vigente la citada figura si se tiene en cuenta que constituye un referente determinante para establecer la ilicitud sustancial en el análisis dogmático de la infracción del deber. Una clara explicación al respecto la ofrece el académico y destacado estudioso del derecho disciplinario, doctor John Harvey Pinzón Navarrete, cuando al respecto indica:

“Aquí en el derecho disciplinario, se insiste, **no se puede hablar de la protección de bienes jurídicos**, ni de la condición de resultado para efectos de la estructuración del ilícito disciplinario; Es menester entonces, que, para la configuración de éste, el operador disciplinario, compruebe que hubo una infracción **sustancial** del deber; Claro está, la expresión **sustancial**, en un término que podría enfilarse, en un concepto jurídico indeterminado. No obstante, la tarea del operador disciplinario será la de establecer cuando hay infracción sustancial y cuando hay infracción meramente formal, para arribar a la conclusión de si se produjo o no el ilícito disciplinario; De una parte, no se tratará de aquellos comportamientos que no repercutan ni transgredan el ámbito de lo público; Me refiero, a que permanezcan incólumes los principios que gobiernan la función pública, por ejemplo, aquellos como la moralidad, eficiencia y eficacia, entre otros. Serán entonces, aquellos

comportamientos que verdaderamente **traicionen** ese vínculo especial de sujeción, aquello que, atendiendo a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, pueda concluirse de que se trata de una infracción sustancial y no simplemente formal"⁴⁶⁰ (Subrayado fuera de texto)

Entonces, el vínculo o la relación especial de sujeción no es un concepto que se encuentre en desuso, por el contrario, la eliminación de esa figura jurídica acarrearía dejar sin marco de referencia el análisis de la ilicitud sustancial.

Por otra parte, admitir el término "*calidad del servidor público al servicio de la comunidad*" como la noción que reemplazaría las relaciones especiales de sujeción, determina sustituir la figura jurídica que comprende, envuelve, implica una **interacción** entre dos personas para en su lugar hacer referencia a la **calidad** de una persona calificada como servidor público, lo cual no tiene coherencia debido a que limitaría la referencia a describir la propiedad inherente que adquiere la persona, como una cualidad, por tratarse de un servidor público al servicio de la comunidad, más no comprendería o abarcaría el contenido, la extensión, ni los efectos que encierran las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática de control disciplinario.

Es ese orden de ideas, con la supresión de la figura de las relaciones especiales de sujeción se generaría un vacío jurídico que de ninguna manera puede ser llenado por el concepto de "*calidad del servidor público al servicio de la comunidad*", debido a que el fundamento el derecho

⁴⁶⁰ Pinzón Navarrete, John Harvey, la ilicitud sustancial en el derecho disciplinario. 2018, pp.142 y 143.

disciplinario no es el servidor público sino la relación o vínculo del servidor público con el Estado.

Por otra parte, en lo que toca al ámbito jurisprudencial, la Corte Constitucional reconoce la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción en materia disciplinaria, y si bien lo hace con respecto a la restricción de derechos de internos o reclusos y a la relación de subordinación laboral de los servidores públicos frente al Estado, también reconoce su aplicación para los casos concernientes al desempeño del servidor público dado su vínculo con el Estado. Así, por ejemplo, en reciente pronunciamiento, dentro de un proceso adelantado con ocasión de una acción de tutela promovida en contra de un funcionario judicial, la Alta Corporación estableció lo siguiente:

“Pues bien, con arreglo a las sub-reglas vertidas en las consideraciones jurídicas de esta providencia, cabe resaltar que los operadores jurídicos se encuentran sometidos a control disciplinario, sin que esa relación especial de sujeción pueda extenderse a su ámbito funcional, es decir, al contenido de las decisiones y providencias que profieran en ejercicio de sus atribuciones”⁴⁶¹

Pero no solo la Corte Constitucional admite la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción, también lo ha hecho el Consejo de Estado al indicar que el sustento de la potestad sancionadora del Estado, respecto de quienes desarrollan la función administrativa, se deriva de las relaciones especiales de sujeción como categoría dogmática superior del

⁴⁶¹ Sentencia T-450/2018 proferida el 19 de noviembre de 2018, Magistrado Ponente Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez, expediente T-6.388.862.

derecho disciplinario que les obliga a soportar unas cargas y obligaciones adicionales a las de cualquier ciudadano⁴⁶².

De manera que es impreciso indicar que en la jurisprudencia relacionada con servidores públicos se asimile la lógica disciplinaria tan solo a los requerimientos disciplinarios de un centro carcelario o a la relación de subordinación laboral de servidores públicos con el Estado.

Bien es cierto que el paso del tiempo y el avance de los estudios, e incluso la decisión del Tribunal Constitucional Federal conocida como "*la decisión del preso de 1972*", generaron la tendencia equivocada de entender que las relaciones especiales de sujeción fueron eliminadas en el derecho disciplinario alemán por no encontrarse en adelante referenciadas como "relaciones especiales de deber" en la literatura jurídica germana de los últimos tiempos, sin embargo, errado sería desconocer que a partir de la citada decisión jurídica lo que se planteó y aceptó fue una nueva concepción que conllevó a que la interpretación de ahí en adelante cambiara para no denominarlas más relaciones especiales de poder sino "relaciones de estatus especiales" o "vínculos especiales de derecho público".

De ahí que la propuesta de solución planteada es en el sentido de que la interpretación de las relaciones especiales de sujeción trascienda a un ámbito si se quiere más adecuado a estos tiempos y actualizarla para que sean entendidas ya no como relaciones especiales de sujeción en cuanto a la subordinación del servidor público que lo infravaloren ni lo encasillen en

⁴⁶² Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia 1100103250002012

un contexto de desventaja a causa de esa condición, sino como **“relaciones especiales del servicio público”**, que conserven la categoría dogmática de control disciplinario sin concebir al servidor público como un subordinado sino como aquella persona que por su vinculación con el Estado adquiere un status o categoría tan especial que implique altamente exigible el cumplimiento de sus obligaciones por actuar en representación del Estado, y conlleve no perder de referencia el deber de obrar con honestidad y la obligación de mantener una buena reputación.

Por supuesto que el tema queda abierto a debate, en aras de complementar conceptos y de fortalecer el ámbito de control disciplinario que nació con las relaciones especiales de sujeción.

CONCLUSIONES

Las personas vinculadas con el Estado necesariamente están sujetas a la autoridad disciplinaria, para el control de las obligaciones que surgen de la relación jurídica especial con el Estado.

El régimen disciplinario debe garantizar los derechos fundamentales de las personas vinculadas con el Estado.

Es dentro del marco de referencia de las relaciones especiales de sujeción o vínculo del servidor público con el Estado que se determina si el comportamiento examinado constituye infracción sustancial del deber.

BIBLIOGRAFIA

- ALTHUSIUS, Johannes; MARIÑO, Primitivo; TRUYOL Y SERRA, Antonio. La Política: metódicamente concebida e ilustrada con ejemplos sagrados y profanos. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Madrid: Civitas, 1994. ISBN: 9788447004157
- BERDUGO ANGARITA, Andrés E.; CADRAZCO, BLANQUICET, Manuel J. [et al]. La imputación objetiva en Derecho Disciplinario. En: Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 34, (97). julio-diciembre, 2013. p. 113-157.
- REINO DE LA REPUBLICA DE ALEMANIA. La Constitución de la República de Weimar, Alemania (11 de agosto de 1919).
- Ley de Funcionarios Públicos Federales.
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania.
- Ley Marco de la Función Pública
- Decisiones Corte Constitucional y Consejo de Estado.
- Decisiones del Tribunal Constitucional Federal – Colecciones Oficiales.
- Boletines administrativos de Baden-Württemberg. Held R. / Hammann, W. Sobre la (no) publicidad de la audiencia principal en el procedimiento disciplinario. 1986.
- Nueva Revista Semanal Legal del Tribunal Constitucional Federal 1970.
- Revista de Derecho de la Función Pública Biletzki Gregor, Obligación oficial – legal a la conducta Digna. 1998.
- Revista de Derecho de la Función Pública Fliedner Ortlieb. El Propósito de la "sanción" de la acción disciplinaria, 1969.
- Battis Ulrich / Sachs Michael. Comentarios a la Ley Fundamental, 2014.
- Behnke, Hürt. Ordenamiento Disciplinario Federal, 1969.

Claussen, Hans Rudolf / Janzen, Werner. Código Disciplinario Federal, 7a edición, 1992.

FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (15), 2007.

Gómez Pavajeau Carlos Arturo. Dogmática de Derecho Disciplinario. 5a edición, 2011.

Grigoleit Klaus / Stern Klaus / Becker Florian. Comentarios a los derechos fundamentales de la Ley Fundamental con sus referencias europeas, 2016.

Gröpl Christoph / Windthorst Kay / von Coelln Christian: Ley Fundamental, comentario del estudio, 2017.

Hattenhauer, Hans. Manual del servicio público, Tomo 1, 1980.

Heidelmann, Ulrike, El derecho disciplinario en la contratación médica, 2002.

Hesse, Hans Albrecht. El individuo y su profesión: La interpretación del Tribunal Constitucional Federal del artículo 12 inciso 1 de la Ley Fundamental, desde un punto de vista sociológico, en archivo el derecho público, 1970.

Hernández, Pedro Alfonso. Función Pública y Relaciones Especiales de Sujeción, Universidad Libre, 2013.

Hochstaedter, Ernst. La naturaleza jurídica de la sanción disciplinaria, en particular la sanción disciplinaria contra funcionarios públicos, 1986.

Köhler/Ratz, Orden de disciplina nacional y derecho material, 1989.

Laband, Paul. Ley Constitucional del Imperio Alemán, Tomo I, 5ª edición, 1911.

Leppeck, Sabine. Derecho del Funcionario, edición 11, 2011.

Loschelder Wolfgang. De la relación especial de violencia al vínculo especial de derecho público especial, 1982.

Loschelder, Wolfgang. Derechos Fundamentales en situación especial - Manual de Derecho Constitucional Tomo V, 1996.

Peine Franz-Joseph / Heinlein Dieter. Derecho del funcionario, 1999.

Pinzón Navarrete, John Harvey, la ilicitud sustancial en el derecho disciplinario. 2018.

Sellmann. Fundamentos de la Jurisdicción Disciplinaria – Hoja Administrativa Alemana. 1957.

Schütz, Erwin. Ley disciplinaria del Gobierno Federal y del Estado, 1964.

Strauß, Thomas. Reserva funcional y servicio profesional: Sobre el significado del artículo 33 numeral 4º de la Ley Fundamental, 2000.

Unger Mark, sesenta años de la Ley Fundamental Alemana – de un provisorio con una larga vida. Revista de Estudios Constitucionales – Chile 2009.

Wolff H.J. / Bachof O. / Stober R, Derecho Administrativo Tomo II, sexta edición, 2000.

Weber, Max. Economía y Sociedad, 5ª edición revisada 1976.

Wunder Bern. Privilegiar y disciplinar, 1978.

TITULO IX

GARANTÍAS LEGALES, CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES EN LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN

Por: Martha Patricia Leyva Barrero⁴⁶³

INTRODUCCIÓN

La Administración Pública, debe estar conformada por un talento humano y una comunicación pública transparente y asertiva, con funcionarios confiables, que se caractericen por poseer valores éticos y morales bien definidos y por cumplir su función con diligencia, eficiencia y buena actitud.

Cuando una persona se vincula a la Administración como funcionario público, presta un servicio de interés general y su vinculación se hace a través de un nombramiento y acta de posesión. A partir de ese momento, se convierte en “servidor público” porque contrae un compromiso con el Estado y consigo mismo, el cual debe cumplir unos deberes y abstenerse de incurrir en algunas prohibiciones, cargas que de alguna manera coarten su libertad y le restringe ciertos derechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se espera que los funcionarios públicos posean unos principios y valores que orienten su comportamiento integro tanto en el plano personal como en su condición de ciudadano y de funcionario estatal, bajo los principios de transparencia, eficiencia y eficacia, pues lo contrario a la probidad es la corrupción.

⁴⁶³ Abogada egresada de la Universidad Católica de Colombia, especialista en derecho administrativo y constitucional de la Universidad Católica de Colombia.

Así, cuando una persona se vincula al Estado, surge una figura de sujeción – subordinación y de esa manera, nace el Derecho Disciplinario cuyo objeto es garantizar la conducta ética e íntegra de los servidores públicos, quienes serán objeto de reproche disciplinario por realizar acciones que no les competen, por no realizar las funciones que el cargo les impone o por extralimitarse en las mismas.

La relación de los servidores públicos con la Administración, hacen posible el cumplimiento de los fines que el Estado se propone, y dicha relación está enmarcada en un conjunto de normas que señalan, cuáles son sus derechos, prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades y el régimen disciplinario aplicable, limitadas en el respeto de los derechos fundamentales de las personas.

Dentro de la relación de sujeción, surge una de carácter general, dirigida a todo el conglomerado social, ya que desde el nacimiento se adquieren derechos, deberes y una forma de responsabilidad que no es propiamente la disciplinaria sino penal. Otra de carácter especial, propia de los servidores estatales, por su dependencia con la administración pública.

Ahora bien, cuando el flagelo de la corrupción permea las entidades públicas, obliga al Estado a crear un estatuto disciplinario, donde se maticen los conceptos de ética y moral del servidor público y de esta manera se convierte el derecho disciplinario, en un instrumento eficaz para atacar dicho flagelo y evitar la impunidad.

En la actualidad, quienes están a cargo del Estado, bien sea porque desempeñan cargos públicos, porque han celebrado contratos de una obra de interés general o prestan un servicio público, tienen una relación especial de sujeción, al igual que los que están privados de la libertad, los que prestan el servicio militar, hacen parte de la fuerza pública permanente y como consecuencia de ese vínculo, el Estado ejerce sobre ellos un control donde puede suspenderle, limitarle o restringirle algunos derechos pero también les debe respetar otros de manera escrupulosa, como el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal.

De donde se deduce que la potestad disciplinaria la ejerce el Estado, pero esta no es absoluta, porque, el Estado debe garantizar la protección y efectividad de los derechos de sus ciudadanos a través del respeto a la dignidad humana matizada dentro los principios y garantías constitucionales en el ámbito disciplinario, pilar de un Estado Social y Democrático de Derecho.

Así los estados, pueden definir su propio ordenamiento jurídico interno donde se contemplen normas de carácter administrativo y judicial. Pero dichas órdenes encuentran un límite en el respeto de los derechos fundamentales. En este sentido, aunque el Estado puede adoptar medidas para contrarrestar el orden interno, el debido proceso debe ser reconocido y garantizado por igual a todas las personas.

En Alemania, dichas garantías se encuentran descritas en la Constitución de Weimar que incluye un capítulo dedicado a los derechos fundamentales, entre ellos los sociales.

En España por su parte, consagra dichas garantías en el artículo 24 y 25 de la constitución de 1978; en Colombia, ese conjunto de garantías está compactados en la Constitución de 1991, especialmente, en el artículo 29.

De igual manera, los ordenamientos jurídicos internos garantizan la defensa de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos a través de la acción de tutela, acudiendo ante un juez administrativo para que realice la legalidad de las decisiones proferidas dentro del proceso, pero al mismo tiempo, dicho funcionario puede acudir a los organismos internacionales cuando considere que es inminente la vulneración de tales derechos.

Por ello, en este título se estudia el concepto de relación especial de sujeción como fundamento dogmático del derecho disciplinario, con el fin de determinar los mecanismos con los que cuentan los sujetos procesales, para garantizar la protección y la exigibilidad de sus derechos, desde el punto de vista sustancial, procesal y de control de la actividad disciplinaria, analizando para ello, fundamentos jurídicos, jurisprudenciales y doctrinales que viene experimentando la temática en otros países, como Alemania, España y Colombia.

1. DESARROLLO NORMATIVO

1.1. ALEMANIA

1.1.1. *Fundamento Constitucional*

En Alemania, las garantías están señaladas, en la Constitución de Weimar de 1919, hito en la historia del constitucionalismo, por ser la precursora del Estado Social, que juega un papel muy importante para el cambio del régimen jurídico y político que imperaba en esa época. Muchos de estos cambios se alcanzan gracias a la participación y lucha del pueblo obrero, abriendo paso al reconocimiento de la persona humana y el respeto de sus derechos fundamentales, los cuales se vieron amenazados con la llegada de Hitler al poder.

La constitución como tal, le da especial importancia al pueblo, a la participación ciudadana en la toma de decisiones y en todos sus postulados, se fundamentan en la persona humana. Esta norma de normas, marca la pauta en el ordenamiento jurídico interno de muchos Estados, entre ellos Colombia, pues reconoce los "derechos de segunda generación", lo cual da origen al Constitucionalismo social, sobre todo porque el Estado le dio gran relevancia al bienestar individual pero también al colectivo.

“Artículo 1: Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales 1) La dignidad humana es intangible; Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. 2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos

inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo; 3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”⁴⁶⁴

Respecto a los funcionarios públicos señala:

“Artículo 33: Igualdad cívica de los alemanes, funcionarios públicos (5) El estatuto legal del servicio público debe ser regulado y desarrollado teniendo en cuenta los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera”⁴⁶⁵

1.1.2. Fundamento Legal

Una posición al unísono fue la “Ley Fundamental de Bonn” que surge en Alemania, (1949), como una norma que retomó el reconocimiento a la dignidad y los demás derechos fundamentales, como la libertad ante la ley y la igualdad de las personas.

“Artículo 1: La dignidad del hombre es intangible. Los poderes públicos están obligados a respetarla y protegerla”⁴⁶⁶

Sin embargo, ese derecho a la “libertad individual” que empoderó a los ciudadanos alemanes, para expresar su opinión frente a las decisiones políticas, generó grandes tensiones y se convierte en un nuevo elemento de discrepancia porque transforma a Alemania en un “Estado Social de

⁴⁶⁴ Véase La Constitución de la República de Weimar, Alemania, 1919. Op. cit.

⁴⁶⁵ Ibid.

⁴⁶⁶ Ley fundamental de Bonn, constitución para Alemania Occidental, 1949. Op. cit.

Derecho" caracterizado por la separación de poderes, la defensa de los derechos fundamentales y la sujeción de la administración a la ley y al control judicial, como límite a la potestad del Estado.

En este orden de ideas, son los alemanes quienes incursionan en la teoría de la relación especial de sujeción, a partir del control que ejerce el Estado como sujeto activo, sobre todo el personal que hace parte de la administración (sujeto pasivo). De igual manera, la relación especial de sujeción se ejerce frente a ciertas profesiones liberales, como el escolar o grupo de estudiantes de una escuela, colegio o universidad, los funcionarios, las personas sometidas al régimen militar y los reclusos.

Así, los alemanes en el artículo 33 de la Ley fundamental de Bonn, señalan lo siguiente:

“Artículo 33: El ejercicio de facultades de soberanía será confiado, como regla general y con carácter permanente, a funcionarios del servicio público sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de Derecho público”⁴⁶⁷

1.2. ESPAÑA

1.2.1. Fundamento Constitucional

Bajo esta evolución jurídica, es importante mencionar el inicio de la historia disciplinaria con la influencia de España, muestra un sinnúmero de

⁴⁶⁷ Ibid. art 33, literal 4.

instituciones jurídicas reguladoras del régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración Pública en todos sus ámbitos.

Así, desde la Constitución Española de 1978, se observan normas de raigambre constitucional relativas a la potestad disciplinaria, el respeto y límites de sus derechos fundamentales, principalmente, el de la libertad, igualdad y el control judicial de quienes están sometidos a ellas.

Dichas garantías están señaladas en los artículos 24 y 25 de la CE, que incluyen un catálogo de derechos de carácter procesal.

“Artículo 24: Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”⁴⁶⁸

Por su parte, el fundamento constitucional del derecho punitivo español se encuentra consagrado en la siguiente norma:

“Artículo 25: Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ Constitución Española, 1978. Op. cit.

⁴⁶⁹ Ibid.

Para los españoles, las “relaciones especiales de sujeción” son:

“aquellas que se establecen entre unos determinados ciudadanos y unas concretas administraciones públicas especializadas en algún ámbito de intervención administrativa. Así, por ejemplo, a) Los estudiantes universitarios con la universidad pública en la que cursan sus estudios superiores; b) Los reclusos con las correspondientes instituciones penitenciarias con las que cumplen sus penas; c) Los pacientes cuando se encuentran en algún centro hospitalario de titularidad pública; d) Las empresas privadas cuando contratan con la administración pública”⁴⁷⁰

Por lo que la naturaleza del derecho disciplinario español, es punitivo.

De ahí en adelante, las normas jurídicas relativas al debido proceso, a la dignidad humana y al principio de legalidad, constituyen los principios rectores que fijan el límite constitucional del accionar del Estado, cuyo desconocimiento produce una serie de consecuencias en el orden interno de cada país, porque amenazan el goce efectivo de los derechos de las personas.

1.2.2. Fundamento Legal

Así en España, se implementa el régimen disciplinario de los funcionarios públicos españoles y las medidas para la reforma de la Función Pública a través del “Decreto 33 de 1986”.

⁴⁷⁰ Ibid.

Posteriormente, en la Ley 30 de 1992, define el Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y establece los principios de la potestad sancionadora y su procedimiento.

Más adelante, surge la “Ley 7 de 2007 o Estatuto Básico del Empleado Público” donde se estipulan las conductas constitutivas de faltas disciplinarias y se establecen los procedimientos y garantías para investigar las mismas. Por ser una norma relacionada con temas de personal, tuvo un sinnúmero de modificaciones “refundidas”, por ello en el año 2015, el gobierno español dicta un “Real Decreto Legislativo 5/2015”, donde se recopilaron todas las normas de personal para empleados públicos que se habían proferido hasta esa fecha⁴⁷¹.

Es una norma de mínimos, cuyos destinatarios son todas las personas que trabajan para la administración, pero como “funcionario público” y establece las bases del régimen jurídico, se les aplica a dichos empleados. Aunque regula normas de personal, pertenece al ámbito del derecho administrativo, no laboral. Lo anterior debido a que el derecho administrativo regula las relaciones entre la administración cuyo objetivo es el interés general.

Las administraciones públicas en España, están dotadas de mucho poder, pero igualmente el ejercicio de dicha potestad estatal está limitado por la importancia que tienen los derechos fundamentales, los cuales deben someterse a unos mecanismos de protección para efectivizar el cumplimiento de los mismos.

⁴⁷¹ Real Decreto Legislativo 5, 2015. Op. cit.

1.3. COLOMBIA

1.3.1. *Fundamento Constitucional*

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, se da un giro sin precedentes, debido a que se logra un “cambio constitucional”, fue más pluralista, liberal, participativa y garantista y a partir de ella se logró el reconocimiento de derechos de vital importancia como los “derechos humanos”, el respeto por la dignidad de las personas y se extiende el espectro de los “derechos fundamentales” (igualdad y participación ciudadana).

Dicha estructura normativa en su artículo 29 constitucional, señala que a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas se debe aplicar el debido proceso, el cual comporta una serie de garantías fundamentales y procesales como la publicidad y celeridad del procedimiento, el derecho de defensa y contradicción, el principio de legalidad del ilícito y de la pena, la garantía del juez competente, etc., fundamentos constitucionales que al ser desconocidos afecta la legalidad de las actuaciones⁴⁷².

En virtud de lo anterior, es que se puede decir que el proceso disciplinario se ha constitucionalizado y debe ser concebido desde aquellas normas positivas e internas de cada país, pero sin desconocer los pactos y tratados internacionales donde cada Estado haga parte.

⁴⁷² Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit.

El fundamento constitucional de las RES está definido en el artículo 6 superior que prevé:

“Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”⁴⁷³

Haciendo un análisis dogmático de este artículo constitucional, en la primera parte se habla de una relación general de sujeción, mientras que la segunda parte se refiere a una relación especial de sujeción que le obliga al servidor público a ceñirse en todas sus actuaciones al imperio de la ley.

Forero Salcedo, distingue unas garantías constitucionales de orden material y otras de orden procedimental.

Dentro de las garantías de orden material señala que, el régimen disciplinario de los funcionarios públicos, es materia reservada a la ley y se encuentra sujeto a los principios del debido proceso, reconocimiento a la dignidad humana, legalidad, tipicidad y antijuridicidad o ilicitud sustancial, entendida ésta como la infracción al deber funcional que el agente del Estado comete⁴⁷⁴.

Dentro de las garantías constitucionales de orden procedimental, el mismo autor señala la presunción de inocencia, la impugnación de los actos

⁴⁷³ Ibid.

⁴⁷⁴ FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. Principios y garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2003. ISBN: 9789589729724.

disciplinarios, la gratuidad y publicidad de la actuación disciplinaria, la competencia del operador disciplinario, celeridad de la actuación disciplinaria, el principio de favorabilidad, el derecho a la defensa y la aplicación de principios de integración normativa⁴⁷⁵.

El Estado que desconozca estas garantías de rango constitucional pone en riesgo su calidad institucional y lo convierte en un sistema injusto, donde se ponen en duda la honestidad y ética de los servidores encargados de administrar justicia.

Así, dentro del régimen disciplinario, estas garantías cristalizan y sistematizan los límites constitucionales que el Estado en ejercicio de su poder punitivo, puede ejercer sobre los disciplinados, quejosos y particulares que desempeñen función pública, al suspenderle, limitarle o restringirle algunos derechos, pero al mismo tiempo exige el respeto máximo de otras garantías que por ser fundamentales son inalienables a cualquier persona.

Y es que la situación se vuelve crítica, cuando se profieren decisiones sin respeto a ciertas garantías de orden sustancial o procedimental, dejando a las personas sin posibilidades de ejercer su derecho a la protección judicial o a la falta de un adecuado procedimiento, lo que eleva el clima de tensión entre las estructuras normativas que imperan en una nación.

Así pues, los derechos de las personas que estén insertas a unas relaciones especiales de sujeción deben ser respetados y garantizados, porque constituyen una insoslayable importancia deontológica dentro del rango constitucional. Bajo este contexto, es que las personas gozan de una serie

⁴⁷⁵ Ibid.

de garantías procesales que les permite invocar ante un juez nacional o internacional, el amparo de sus derechos fundamentales vulnerados de manera ilegal o arbitraria por una autoridad judicial o administrativa.

1.3.2. Fundamento Legal

Ley 200 de 1995. El primer intento de compilación de normas disciplinarias en Colombia se acogió a través de la Ley 200 de 1995, más conocido como “Código Disciplinario Único”, basado en la necesidad de recopilar las normas disciplinarias que cada Entidad tenía de manera dispersa, con el fin de que todos los servidores públicos se rigieran por un único procedimiento disciplinario, con algunas excepciones como la fuerza pública y algunas profesiones liberales⁴⁷⁶.

Los destinatarios de dicha norma únicamente eran los servidores públicos y en ella se señalaban las faltas y sanciones disciplinarias, y los fundamentos del procedimiento en general, que con el pasar del tiempo tuvieron muchos vacíos para poderlos aplicar.

Posteriormente, se evidencia que la norma en comento, era insuficiente y desproporcionada, especialmente en cuanto a las sanciones que no correspondían a la gravedad de las conductas, pues era dable encontrar casos en los cuales un servidor público que tenía diez o doce investigaciones disciplinarias, seguía ejerciendo su cargo, por lo cual fue inminente su modificación.

⁴⁷⁶ Ley 200, 1995. Op. Cit.

Ley 734 de 2002. Actualmente, en Colombia, el régimen aplicable a los funcionarios estatales y particulares disciplinables, está reservado a la Ley 734 de 2002. Esta norma buscó satisfacer los vacíos de la Ley 200 de 1995, se concibió como un instrumento anticorrupción, sin embargo, con el devenir del tiempo se ha podido evidenciar que este flagelo no ha disminuido, a pesar de tener una ley disciplinaria con sanciones tan severas como la destitución e inhabilidad general para ejercer cargos públicos por veinte años⁴⁷⁷.

En ella se reflejan los deberes, prohibiciones, incompatibilidades, inhabilidades e impedimentos, los sujetos disciplinables, la clasificación de las faltas disciplinarias, el límite de las sanciones y el procedimiento de control.

Dicho Código Disciplinario Único, establece que los “particulares que ejercieran funciones públicas” también eran sujetos disciplinables y consagró un nuevo principio denominado “ilicitud sustancial” con el cual se fundamenta la dogmática del derecho disciplinario, bajo el entendido de que el fin de éste es el cumplimiento de los deberes atinentes a los servidores públicos y su incumplimiento de manera sustancial, conlleva al reproche disciplinario, sin necesidad de la demostración de una lesividad, es decir, describe un comportamiento con desvalor de acción mas no de resultado.

Para el año 2011, los temas de corrupción se salien de control y a pesar de tener la Ley 734 de 2002, esta presentaba muchos vacíos que se prestaba para que la corrupción al interior de las entidades públicas se incrementara.

⁴⁷⁷ Ley 734, 2002. Op. cit.

A raíz de esta situación, nace el “Estatuto Anticorrupción” que se implementó en el Estado Colombiano a través de la **Ley 1474 de 2011**, no como una manera de acabar con el Código Disciplinario Único, como una herramienta para complementar y fortalecer las acciones de anticorrupción de las entidades públicas y tener más herramientas de control. Con fundamento en ello, se realizaron varias modificaciones complementarias a la Ley 734 de 2002.

Diecisiete años después, más exactamente, el 28 de enero de 2019, se sanciona la Ley 1952 de 2019, “por medio de la cual se expidió el Código General Disciplinario, que derogó la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011 y el Decreto - Ley 262 de 2000”⁴⁷⁸

El nuevo Estatuto Disciplinario Colombiano busca una actuación más celera, con efectividad del poder disciplinario del Estado y la lucha efectiva contra la corrupción y la impunidad.

Denota el esfuerzo del legislador en procurar que a voluntad de los investigados y bajo la figura de la confesión, se agilice la actuación con beneficios en la rebaja de la sanción disciplinaria, aspecto novedoso en el ámbito disciplinario que ya contemplaba la ley penal.

Esta ley también contempla la oralidad desde la etapa de juicio, poniéndose a la vanguardia de los actuales sistemas de justicia en oralidad con lo cual se busca la celeridad, mismidad, inmediación, concentración

⁴⁷⁸ Ley 1952, 2019. Op. cit.

y publicidad de la actuación y pronta respuesta del Estado frente al fenómeno de la corrupción.

Cambios Significativos de Ley 1952 de 2019, Aspectos Sustanciales

- 1) La estructura del nuevo código con una parte general y una parte especial.
- 2) Ampliación de los principios que lo rigen
- 3) La culpabilidad
- 4) La prescripción
- 5) Nueva clasificación de las faltas gravísimas
- 6) Modificación del régimen de sanciones disciplinarias
- 7) Desaparece la amonestación escrita como sanción
- 8) La aplicación del principio de favorabilidad

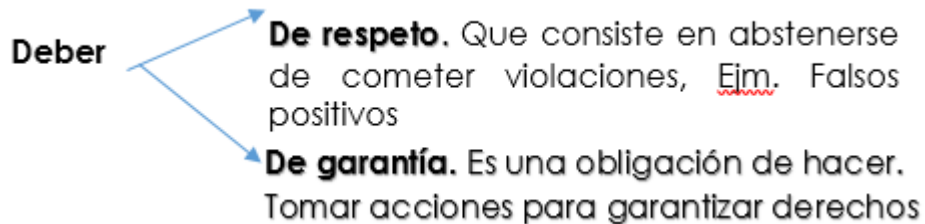
Aspectos Procesales

- 1) Procedimiento único
- 2) Establece la oralidad para la etapa de juicio
- 3) Régimen probatorio autónomo
- 4) Modifica términos y se reducen a la mitad el tiempo para adelantar la indagación previa y la investigación.
- 5) Doble instancia para aforados.
- 6) Beneficios por confesión, entre otros

Modificaciones en cuanto al Procedimiento

| <p style="text-align: center;">ANTES LEY 734 DE 2002</p> | <p style="text-align: center;">AHORA LEY 1952 DE 2019</p> |
|--|--|
| <p>Indagación Preliminar. Término: 6 meses, prorrogables por otro tanto cuando se trate de violación a DH o DIH</p> | <p>Indagación previa. Término: 3 meses, prorrogables por otros 3 meses, en casos de violación a DH o DIH</p> |
| <p>Investigación Disciplinaria. Término: 12 meses prorrogables hasta una tercera parte. Culminación. -Archivo definitivo o -Pliego de cargos</p> | <p>Investigación Disciplinaria. Término: 6 meses, prorrogables por otro tanto. Culminación. -Archivo definitivo -Formulación de cargos y Auto de citación a audiencia</p> |
| <p>Cierre de Investigación Lo que decide es sustancial al proceso, es notificable y susceptible de recurso de reposición.</p> | <p>Cierre de Investigación y Evaluación Se dan 10 días para presentar alegatos precalificatorios.</p> |
| <p>Evaluación Archivo o Formulación de cargos</p> | <p>Evaluación Archivo o Formulación de cargos y citación a audiencia</p> |
| <p>Fallo En la audiencia de procedimiento verbal se levanta un acta donde se consigna todo lo ocurrido.</p> | <p>Juzgamiento Establece una formalidad puntual que es la oralidad es decir la audiencia debe quedar en audio y video y el acta es un soporte que resume qué pasó y quienes asistieron. Traslado para alegatos previos al fallo</p> |
| <p>Prescripción 5 años de caducidad 5 años de prescripción</p> | <p>Prescripción Desaparece Caducidad Prescripción. 5 años</p> |
| <p>Oportunidad para Interponer Recursos 3 días</p> | <p>Oportunidad para Interponer Recursos. 5 días</p> |
| <p>Tramite 2da. Instancia 45 días para decidir. No fija límite</p> | <p>Tramite 2da. Instancia 45 días para decidir y dos (2) años máximo</p> |

Garantías Convencionales: La garantía internacional de derechos consiste en que ante el mundo los Estados tienen dos obligaciones principales, en relación con las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, así:



El Estado puede ser declarado responsable debido a las acciones u omisiones de cualquier agente, lo cual comprende no sólo a las fuerzas armadas, sino a todo servidor público que no cumpla con alguno o ambos de los deberes del Estado. Así, cuando hay vulneración de un derecho, se debe garantizar que la persona afectada pueda acudir ante una autoridad administrativa o judicial, con el fin no sólo de que la denuncia sea escuchada, también para brindar las herramientas de reparación o de atención necesarias.

Este es un deber común a los sistemas de protección de derechos humanos, que se integran al ordenamiento jurídico interno de cada país, a través de acuerdos y tratados internacionales vinculantes para aquellos Estados que los suscriben y ratifican (Bloque de Constitucionalidad), entre los cuales se distinguen:

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Este sistema está conformado por:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Es un órgano cuasi judicial. Se conoce como el primer filtro a donde llega una petición elevada

a la Corte, la evalúa y emite recomendaciones. Si las susodichas no son cumplidas por el Estado demandado, la Comisión puede decidir someter el caso a conocimiento de la Corte.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es el órgano jurisdiccional encargado de resolver el litigio, cuyas decisiones son vinculantes para los Estados parte y son obligatorias.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, se rige por la Convención Americana de Derechos Humanos, que es su fundamento jurídico y en cuyo artículo 2 establece el deber de garantizar los derechos humanos.

El Sistema Universal de Derechos Humanos, es el de Naciones Unidas. Este sistema tiene unos órganos principales y otros convencionales, pero el tema que nos interesa es el referido al espectro de derechos civiles y políticos, regulado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Así, en materia disciplinaria, el litigante cuenta a nivel internacional, con unos sistemas de garantías, a los que puede acudir para la protección de sus derechos y libertades relacionadas con los derechos humanos.

En el caso de España, el artículo 10, numeral 2 de CE establece:

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”⁴⁷⁹

⁴⁷⁹ Constitución Española, 1978. Op. cit.

Dentro de esos derechos fundamentales que menciona el anterior artículo se encuentran los señalados en los artículos 24 y 25 de la CE. En España se puede acudir, como mecanismo de protección internacional ante “Convenio Europeo de Derechos Humanos” y “Tribunal Europeo de Derechos humanos”

En el caso de Colombia, el artículo 93 constitucional, señala:

“Artículo 93: Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia; El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él”⁴⁸⁰

Colombia se encuentra obligada a nivel internacional por haber ratificado los dos tratados mencionados: la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por lo que,

⁴⁸⁰ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit.

cualquier ciudadano sometido a su jurisdicción y que considera que ha sido cometido un ilícito internacional que lo afecta, puede acudir a cualquiera de las dos instancias internacionales (interamericana o universal) con el fin de buscar justicia. La ratificación de dichos tratados, es la manifestación de la voluntad del Estado de obligarse mediante un instrumento internacional, ante el mundo.

El caso más emblemático y controversial es el “caso Petro”, ciudadano colombiano que ostentaba la condición de servidor público elegido por voto popular y fue sancionado disciplinariamente, por una autoridad administrativa, con destitución e inhabilidad general de quince (15) años y, que, como estrategia de defensa, acude ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos para permanecer en su cargo.

Con el fin de anticipar la efectividad de la decisión proferida por la Procuraduría General de la Nación contra Gustavo Petro y aduciendo una amenaza latente de sus derechos políticos, somete su caso a consideración de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Dicho organismo internacional requiere al Estado Colombiano, la suspensión inmediata de los efectos del fallo sancionatorio, pero el caso aún se encuentra en trámite. La Comisión lo remite a la Corte y ésta aún no ha proferido fallo alguno. No existen precedentes de jurisprudencia de la Corte, acerca de alguna prohibición convencional de destituir por decisión administrativa, a algún funcionario elegido por votación popular.

En el caso de Petro, habrá que esperar que el litigio finalice, lo cual se produce con la decisión final de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1.3.3. ¿En qué consiste la Potestad Disciplinaria?

La potestad disciplinaria, es una herramienta que tiene el Estado para prevenir y corregir la conducta de un servidor público, que desconoce la Constitución, incumple la ley o el reglamento, a través del régimen disciplinario vigente, por lo que el principio de legalidad es de vital importancia cuando de potestad disciplinaria se habla.

La Corte Constitucional ha señalado que:

“el control disciplinario interno es una consecuencia de la situación de sujeción y de subordinación jerárquica en la que se encuentran los servidores públicos, con el objeto de mantener el orden en las diferentes entidades del Estado y para garantizar que las mismas respondan a las finalidades del Estado previstas en la Constitución”⁴⁸¹

En Colombia, esta potestad disciplinaria la ejerce el Procurador General de la Nación, a través del poder constitucional señalado en el numeral 6 del artículo 277 superior, así:

“El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones: 6) Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario;

⁴⁸¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1061. (11 de noviembre de 2003). [M.P. Rodrigo Escobar Gil]

adelantar las investigaciones correspondientes, e imponer las respectivas sanciones conforme a la ley”

De igual manera, la potestad disciplinaria es ejercida por los organismos de control (personerías distritales y municipales) y la oficina de control disciplinario interno de cada rama, órgano y entidad del Estado.

Sin embargo, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la potestad disciplinaria que tiene el Procurador General de la Nación ha estado limitada por el mismo constituyente, quien le otorgó poder especial a la “Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura”, para investigar disciplinariamente a los fiscales o jueces.

De la misma manera, el poder preferente de la Procuraduría ha entrado en una tensión normativa dentro de la esfera internacional en relación a los tratados o convenios internacionales celebrados y ratificados por Colombia, como la Convención Americana de Derechos Humanos, donde se amenaza el ejercicio del *ius puniendi* de dicho ente de control, en los casos donde se ven involucrados servidores públicos elegidos popularmente.

Ejecutivo – Potestad Sancionatoria

Actos disciplinarios que profiere el Ministerio Público y las oficinas de control disciplinario: Son actos de naturaleza administrativa, expedidos por una sola persona, cuyas decisiones están sujetas al control integral y atacables ante la Jurisdicción de lo contencioso administrativo.

No obstante, en las investigaciones que adelantan los jueces y magistrados contra sus subalternos, se aplica la Ley 734 de 2002. Aquí el criterio orgánico no juega un papel importante porque la autoridad que la profiere es judicial pero sus decisiones son de naturaleza administrativa, independientemente del criterio orgánico. A manera de ejemplo, se citan las medidas correccionales que aplican los jueces dentro de los procesos judiciales. Esa decisión es demandable ante la jurisdicción contenciosa, porque es un acto administrativo expedido por un órgano judicial.

Judicial - Potestad Sancionatoria

Actos disciplinarios proferidos por la Jurisdicción Disciplinaria: Son actos de naturaleza jurisdiccional, expedidos por jueces colegiados cuyas decisiones son verdaderas sentencias que hacen tránsito a cosa juzgada y no son controlables ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Es una función material de administrar justicia en sede judicial. Pero aquí hay una particularidad, pese a que es una decisión judicial proferida por una autoridad judicial que no es controlable ante lo contencioso administrativo, por la independencia que tiene la rama judicial en sus decisiones (equilibrio de poderes), no obstante, utiliza como fuente normativa para la expedición de sus sentencias, la Ley 734 de 2002, hoy Ley 1952 de 2019, norma que se sustenta en decisiones administrativas y que es la misma que se aplica a los servidores públicos restantes.

1.3.4. De la competencia a Prevención

Según el artículo 3, inciso tercero, de la Ley 734 de 2002:

“la Procuraduría General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura son competentes a prevención para conocer, hasta la terminación del proceso, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional”⁴⁸²

Dicha norma fue demandada por “vulnerar el numeral tercero del artículo 256 constitucional que señala como atribución del Consejo Superior de la Judicatura o de los Consejos Seccionales, la de examinar la conducta y sancionar las faltas de los funcionarios de la rama judicial”.

Se señaló en la demanda de inconstitucionalidad que la norma vulneraba:

“los principios de seguridad jurídica y de juez natural, por cuanto se desconocía la competencia específica atribuida por el Constituyente a la jurisdicción disciplinaria conformada por las Salas Disciplinarias de los Consejos Superior y Seccional de la Judicatura a las que compete decidir mediante providencias que hacen tránsito a cosa juzgada sobre la conducta de los funcionarios de la rama judicial, al tiempo que desconocía la autonomía de misma”⁴⁸³

Se afirmó igualmente “con la norma se desconoce el derecho a la igualdad por cuanto dependiendo de quien asuma el juzgamiento, el funcionario

⁴⁸² Ley 734, 2002. Op. cit

⁴⁸³ Sentencia C-948, 2002. Op. cit.

judicial tendrá o no la posibilidad de acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, e incluso a la aplicación de un procedimiento diferente, pues el establecido para todos los funcionarios en la Ley 734 de 2002, es distinto al establecido en los artículos 93 y siguientes de la misma Ley para el juzgamiento por el Consejo Superior y por los Consejos Seccionales de la Judicatura de las faltas disciplinarias en que incurran dichos funcionarios judiciales”⁴⁸⁴

En la sentencia C-948 de 2002, la Corte determina que el artículo 3, inciso tercero, de la Ley 734 de 2002, sí era contrario a la Constitución y vulneraba “los principios de juez natural, seguridad jurídica e igualdad, al igual que la independencia del poder judicial”⁴⁸⁵ y por tal razón declaró inexecutable “las expresiones La procuraduría General de la Nación y” y “a prevención” contenidas en el tercer inciso del artículo 3 de la Ley 734 de 2002, por el siguiente texto:

“El Consejo Superior de la Judicatura es el competente para conocer hasta la terminación, de las faltas atribuidas a los funcionarios de la rama judicial, salvo los que tengan fuero constitucional”⁴⁸⁶

⁴⁸⁴ Ibid.

⁴⁸⁵ Ibid.

⁴⁸⁶ Sentencia C-948, 2002. Op. cit.

1.3.5. Cuando un Fiscal, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales o administrativas, incurre en una falta disciplinaria

Cuando un Fiscal, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, incurre en una falta disciplinaria, la investigación debe asumirla el Consejo de la Judicatura o la Comisión de disciplina, porque prevalece el factor funcional. Pero en algunos casos, cuando los funcionarios judiciales son encargados de funciones administrativas, el mismo Consejo de la Judicatura remite el caso a la Procuraduría o, a la Oficina de Control Disciplinario de la Fiscalía o al jefe inmediato cuando fuere el caso, con el argumento que no los puede investigar por no estar ejerciendo funciones jurisdiccionales.

Sin embargo, en algunos consejos seccionales, la posición es que indirectamente la función que esté ejerciendo el funcionario judicial, prevalece el factor subjetivo, porque ostenta el cargo de fiscal o juez y representa la majestad de la justicia independientemente que ejerza la función jurisdiccional o no.

Entonces, cuando es la misma jurisdicción disciplinaria la que traslada la competencia a la Procuraduría, le está dando a un órgano alterno la facultad para investigar disciplinariamente a un funcionario judicial y es ahí donde empieza a resquebrajarse el concepto de autonomía de la rama judicial.

Según, la sentencia C-948 de 2002, la única forma de garantizar la autonomía de la rama judicial frente a los demás poderes (equilibrio de

poderes), era precisamente reconocer que la rama judicial se auto controla, es decir que ejerciera sus propios controles⁴⁸⁷.

1.3.6. Auxiliares de la justicia, que son servidores públicos

Con la modificación que introdujo el artículo 41, de la Ley 1474 de 2011, se señala que:

“además de lo previsto en la Constitución Política la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura o de los Consejos Seccionales según el caso, examinará la conducta y sancionará las faltas de los auxiliares de la Justicia”⁴⁸⁸

Frente a estos casos, podemos decir que “hay una doble relación de sujeción”, pues de una parte se actúa “como servidor público de una entidad pública” que puede ser investigado disciplinariamente por la Oficina de Control Disciplinario de la Entidad a la que pertenece y, por otro lado, como “perito -auxiliar de la justicia”- dentro de un proceso judicial que, ante cualquier irregularidad, la investigación debe asumirla el Consejo de la Judicatura.

Es aquí donde se fortalece el argumento de que no es lo mismo ser investigado por una autoridad administrativa que por una autoridad judicial. Si se compara la naturaleza de dichos actos disciplinarios con el derecho Constitucional se puede concluir que el derecho de igualdad se ve afectado, porque los funcionarios y empleados de la rama judicial y los

⁴⁸⁷ Sentencia C-948, 2002. Op. cit.

⁴⁸⁸ Ley 1474, 2011. Op. cit.

mismos abogados en el ejercicio de su profesión, no pueden acudir ante el Contencioso Administrativo para que se revise la legalidad de la actuación disciplinaria.

1.3.7. Servidores Públicos que, como abogados, ejercen la defensa judicial de las entidades donde laboral

Se han presentado situaciones en las que el Consejo Superior de la Judicatura considera que como el abogado es un servidor público, debe remitir el caso a la entidad donde presta los servicios, para que sea allí donde se adelanta la investigación disciplinaria, pero la entidad dice que como se trata de una omisión dentro de un proceso judicial y genera un incumplimiento a sus deberes profesionales, quien debe asumir la investigación es el Consejo de la Judicatura.

Dicha disposición estaba contemplada en el artículo 19 de la Ley 1123 de 2011, que fue demandada por el doctor David Alonso Roa Salguero⁴⁸⁹, quien consideró que:

“el legislador no debió incluir en el régimen disciplinario de los abogados a los que cumplen funciones públicas, porque constitucionalmente quien

⁴⁸⁹ Abogado, especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Libre y en Derecho Disciplinario de la Universidad Externado de Colombia. Cursó estudios de Posgrado en Ética Pública, Transparencia y Anticorrupción en la Universidad Nacional del Litoral de Buenos Aires. Magíster en Derecho Constitucional en la Universidad Externado de Colombia. Se desempeñó como abogado de la oficina de control disciplinario del Instituto de Desarrollo Urbano de Bogotá – IDU; asesor del Despacho del Viceprocurador General de la Nación, Procurador Regional de Antioquia y Caquetá. Profesor de la Maestría de Derecho Disciplinario de la Universidad Libre. Posee amplia experiencia en temas de responsabilidad de servidores públicos. Autor de varios libros y ensayos especializados en temas disciplinarios y contractuales. Secretario General del Colegio de Abogados en Derecho Disciplinario y profesor universitario.

tiene la competencia para vigilar y sancionar la conducta de quienes desempeñan dichas funciones es la Procuraduría General de la Nación y no el Consejo de la Judicatura”⁴⁹⁰

Al respecto la Corte Constitucional señaló que:

“La facultad que tienen los consejos seccional y superior de la Judicatura para investigar y sancionar a los abogados que desarrollen la profesión en ejercicio del vínculo con el Estado, no desconoce ni la competencia de la Procuraduría General de la Nación ni la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo hecho; En el primer caso, porque la competencia del Procurador General se mantiene incólume para investigar y juzgar a los servidores y particulares que ejercen función pública por la infracción del deber funcional, independientemente de la profesión que ostenten. En el segundo, porque las sanciones que están llamados a imponer los consejos seccionales y superior de la Judicatura difieren en su naturaleza y objeto de las que debe imponer el Procurador General de la Nación, razón por la que una misma conducta puede dar origen a que se active la competencia de esos dos entes, sin que se desconozca la prohibición de doble juzgamiento que establece el artículo 29 Constitucional”⁴⁹¹

1.3.8. Conflicto de jurisdicción entre funcionarios de la Rama Judicial

Otro conflicto negativo de jurisdicción se presenta debido a que “con la expedición del Acto Legislativo No. 02 de 2015, se establece la función jurisdiccional disciplinaria sobre los funcionarios y empleados de la Rama

⁴⁹⁰ Ley 1123, de 2007. Op. cit.

⁴⁹¹ Ibid.

Judicial, incluidos los de la Fiscalía General de la Nación, competencia que le fue asignada a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”⁴⁹²

En ese orden de ideas, la Fiscalía no sería competente para conocer o adelantar actuaciones disciplinarias contra los empleados de dicha Entidad, “debido al cambio de naturaleza de esa función, que pasó de ser administrativa a jurisdiccional, y en vista de que la misma se asignó a un nuevo órgano”⁴⁹³

Sin embargo, tal como lo afirma la Sala Plena de la Corte: “mientras los Magistrados que habrán de integrar la Comisión Nacional de Disciplina Judicial no se posesionen en sus cargos, la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura continuará en el ejercicio de sus funciones y conservará su competencia para desempeñar la función jurisdiccional disciplinaria”⁴⁹⁴.

1.3.9. ¿Qué se entiende por “RES”?

Es un estatus que se adquiere cuando una persona acepta el nombramiento y toma posesión del cargo. A partir de ese momento, se convierte en un servidor público y su relación con el Estado cambia de ser “general” a ser “especial”.

⁴⁹² CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto No. 504 (21 de octubre de 2015). [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

⁴⁹³ Ibid.

⁴⁹⁴ Ibid.

Tipos de Relación de Sujeción

Relación General de Sujeción: aquellas que mantiene el conglomerado social con la administración por el hecho de pertenecer a la sociedad. En esa clase de relación están todo el conglomerado social ya que desde el nacimiento se tienen derechos, deberes y una forma de responsabilidad, que no es propiamente la disciplinaria, sino la penal.

Relación Especial de Sujeción: Se predica de la responsabilidad que tienen los servidores públicos. Y es que la exigencia aquí es aún mayor, en razón a que los funcionarios estatales responden por infringir la Constitución y la Ley, por omisión o extralimitación, en el ejercicio de funciones públicas, tal como lo dispone el artículo 6 constitucional.

En este sentido, podemos afirmar que el objeto de las relaciones especiales de sujeción, es que cada funcionario estatal haga lo que le corresponde de la mejor manera, coadyuvando al cumplimiento de los fines del Estado, con sentido de pertenencia sin afectar el buen nombre de la función pública.

Así pues, los servidores públicos, sometidos a la potestad disciplinaria del Estado, dentro del "*Ius Puniendi*" son sujetos cualificados dentro del común de las personas, distinción que nace de la relación especial de sujeción que existe entre el Estado-Funcionario, en la cual también se encuentran inmersos los particulares que ejercen función pública.

En otras palabras, ser servidor público, es un compromiso con la ciudadanía, que no es otro, que el de garantizar los fines que el Estado debe cumplir.

Las relaciones especiales de sujeción son pues la característica principal del derecho disciplinario e imponen a quienes están sujetos a ellas, la obligación de dirigir su comportamiento conforme a los postulados de orden constitucional y legal. Por lo tanto, el desconocimiento de sus deberes y obligaciones, origina la configuración de la falta disciplinaria.

Así pues, el proceso disciplinario es el ejercicio del poder punitivo del Estado, por lo cual es evidente su posición dominante. Sin embargo, en la aplicación de dicho régimen deben prevalecer los principios y garantías constitucionales con el fin de equilibrar esa relación de poder, pues de lo contrario el poder que tiene el Estado en materia disciplinaria se traduciría en simple arbitrariedad.

2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Para abarcar el estudio del desarrollo jurisprudencial de las garantías procesales constitucionalizadas se debe hacer un primer acercamiento a los pronunciamientos que sobre la materia ha señalado el Tribunal Constitucional Español y la Corte Constitucional Colombiana, cuya jurisprudencia ha sido estudiada en extenso por el doctor José Rory Forero Salcedo, en su obra "Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado Colombiano"⁴⁹⁵.

⁴⁹⁵ FORERO SALCEDO, José Rory. Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano. Op. cit.

| "El Tribunal Constitucional español" | "Corte Constitucional Colombiana" |
|--|---|
| <p>STC 77/1983: "los principios inspiradores del Derecho penal, son aplicables al Derecho administrativo sancionador (Derecho disciplinario) aunque con ciertos matices, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, reconociendo, conforme a la construcción doctrinal que se pretende realizar, el vínculo que igualmente existe entre el Derecho funcional y el Derecho administrativo, en tanto este último es el Derecho de la Administración, fundamentado aquel en la categoría jurídica de las relaciones especiales de sujeción"</p> | <p>Sentencia del 8 de agosto de 1985, CSJ: [...] "El solo Status de servicio al Estado en cualquiera de sus múltiples posiciones y, en todas ellas a la vez es el que determina una subordinación al poder disciplinario establecido por el constituyente"⁴⁹⁶</p> |
| <p>Sentencia STC 120/ 1990: "Es posible reconocer situaciones y relaciones jurídico-administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de 'especial sujeción', 'de poder especial', o simplemente 'especiales'. Lo importante ahora es afirmar que la categoría 'relación especial de sujeción' no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos".</p> | <p>Sentencia C-417/93 argumenta la Corte Constitucional que: "En aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la administración y la aludida persona"⁴⁹⁷</p> |
| <p>Sentencia 132/2001: "Es posible reconocer situaciones jurídico administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de -especial sujeción-, de -poder especial- o simplemente -especiales-. Lo importante ahora es afirmar que la categoría -relaciones especiales de sujeción- no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución o la Ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos"⁴⁹⁸</p> | <p>Sentencia C-244/96, "La acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública y, se origina en el incumplimiento de un deber o de una prohibición, la omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones, la violación al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, etc., y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo"⁴⁹⁹</p> |

⁴⁹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 8 de junio de 1985. [M.P. Carlos Medellín Forero]

⁴⁹⁷ Sentencia C-417, 1993. Op. cit.

⁴⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 132 (8 de junio de 2001. [M.P. don Pedro Cruz Villalón]

⁴⁹⁹ Sentencia C-244, 1996. Op. cit.

| | |
|---|---|
| <p>Sentencia STC 26/2005: “Las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan al margen del Derecho, sino dentro de él, y, por lo tanto, también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación”</p> | <p>Sentencia C-280/96, C-286/96 y C-341/96: “En aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona, se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la administración y la aludida persona, surgiendo una serie de obligaciones especiales, puesto que el cumplimiento de funciones públicas implica la asunción de cargas especiales no exigibles a los particulares y sí al servidor público que tiene una especial sujeción al Estado”</p> |
| | <p>Sentencia C-769/98 “La especial sujeción frente al estado en que se encuentra el servidor público, en razón de la relación jurídica que con éste surge al ser investido de la función pública”⁵⁰⁰</p> |
| | <p>Sentencia C-708/99: “La especial sujeción de éstos al Estado, implica que deberes y responsabilidades se configuran en el marco de una ética del servicio público”⁵⁰¹</p> |
| | <p>Sentencia C-181/02. “el derecho disciplinario establece prohibiciones y formula mandatos de una manera expresa y por tanto sus normas contienen preceptos deónticos, contrarios a los que suceden en derecho penal, debe concluirse necesariamente, como lo dice la jurisprudencia, que ello se deriva de la exigencia de ajustar la conducta oficial a un esquema de comportamientos éticos derivados del artículo 209 de la Carta Política, a partir de la configuración de una ética pública derivada de las relaciones especiales de sujeción”⁵⁰²</p> |
| | <p>Sentencia C-037/03: “un elemento esencial que define el destinatario de la potestad disciplinaria es la existencia de una subordinación del servidor público para con el Estado”⁵⁰³</p> |
| | <p>Sentencia C-252/03: “Así, el derecho disciplinario es uno de los ámbitos del derecho sancionador del Estado cuyo ejercicio no compromete la libertad personal de los sujetos disciplinados; que tiene un espacio de aplicación restringido en cuanto tan sólo recae sobre quienes se hallan bajo el efecto vinculante de deberes especiales de sujeción;</p> |

⁵⁰⁰ Sentencia C-769, 1998. Op. cit.

⁵⁰¹ Sentencia C-708, 99. Op. cit.

⁵⁰² Sentencia C-181, 2002. Op. cit.

⁵⁰³ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-037 Expediente D-3982 (28 de enero de 2003). [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

| | |
|--|--|
| | que formula una imputación que se basa en la infracción de deberes funcionales y en el que se aplican los principios que regulan el derecho sancionador como los de legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, responsabilidad, proporcionalidad y <i>non bis in ídem</i> , entre otros, pero, desde luego, con las matizaciones impuestas por su específica naturaleza" ⁵⁰⁴ |
| | Sentencia C-948/02. "Cabe recordar en este sentido que constituye 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 estos al Estado, en razón de la relación jurídica surgida por la atribución de una función pública" ⁵⁰⁵ |
| En Alemania, en sentencia del "Tribunal Constitucional Federal, de 14 de marzo de 1972, se expresó: "la ley fundamental es un orden de valores que vincula, que reconoce la protección de la libertad, y de la dignidad como el más superior de todos los derechos [...] En el artículo 1.3. los derechos fundamentales, se declaran vinculantes para la legislación, el poder ejecutivo y los jueces. Esta amplia vinculación estaría en contradicción si los derechos fundamentales pudieran ser limitados a voluntad o discrecionalmente durante la ejecución de la pena. Una limitación solo entra en consideración si ella coincide con el logro de uno de los valores ordenadores de la Ley Fundamental y sólo en las formas previstas constitucionalmente. Los derechos fundamentales de los presos pueden ser limitados también por una ley o sobre la base de una Ley, lo cual no obstante, no permitiría renunciar a cláusulas generales" ⁵⁰⁶ | |

3. DESARROLLO DOCTRINAL

En la doctrina constitucional, la comprensión que se tiene del concepto de "Relaciones Especiales de Sujeción" es variada y presenta matices diferentes. Es por ello, que en el campo doctrinal existen autores que acogen favorablemente las "Relaciones Especiales de Sujeción" tanto en Alemania, España y Colombia. Sin embargo, hay otros, que la critican fuertemente o algunos que la aceptan, pero con ciertos matices, como se verá más adelante.

⁵⁰⁴ Sentencia C-252, 2003. Op. cit.

⁵⁰⁵ Sentencia C-948, 2002. Op. cit.

⁵⁰⁶ Citado por FORERO SALCEDO, José Rory. Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano. Op. cit. p. 186.

3.1. AUTORES QUE ESTÁN A FAVOR DE LAS “RES”

3.1.1. Alemania

La doctrina alemana, precursora de la teoría de las “RES”, la ha mantenido y desarrollado, a través de los siguientes tratadistas:

Paul Laband:

“quien establece una relación funcionario-Estado a través de un contrato que es regulado por el derecho público donde el Estado para la realización de los fines propios, declara su voluntad de tomar a la persona a su servicio y de otro lado, el funcionario expresa al Estado su deber particular de servicio, de obediencia y fidelidad; el incumplimiento de sus obligaciones es un delito disciplinario”

Otto Mayer:

“proponen las ideas fundamentales en la formulación teórica del concepto de relación especial de sujeción, basados en las nociones de dependencia y libertad restringida asociadas a la persona que ingresa a la Administración Pública. Mayer expone que esta relación se caracteriza por un vínculo desigual con el Estado; una dependencia a favor de la Administración; un estado de derechos y libertad restringidos y sólo necesarios para lograr la eficacia de la Administración; una restricción fundamentada en la ley; un poder jurídico en cabeza de la

Administración que le permite disciplinar al servidor para mejorar el servicio”⁵⁰⁷

3.1.2. España

Desde la perspectiva de la doctrina española, Alfredo Gallego Anabitarte fue el primer español que habló de la RES en la década de 1960 y sostiene que:

“cualquier definición de las relaciones especiales de sujeción será siempre insuficiente y, por tanto, inútil, porque según él, la ciencia del Derecho como ciencia conceptual es una ciencia de definir, es decir, se acota de la realidad en una situación de hecho y se califica siendo que la lógica que el concepto exija es parte de la labor del jurista. Remata diciendo que cualquier definición dependerá del libre arbitrio de cada autor. Más sin embargo sostiene que no existe ninguna relación especial de sujeción, sino relaciones especiales de sujeción, o, mejor todavía, relaciones especiales jurídico-administrativas”⁵⁰⁸

Por su parte, Mariano López Benítez, formado en Alemania, que más defiende la teoría de las RES, sostiene que:

“Las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de libertad y

⁵⁰⁷ MAYER, Otto. Op. cit.

⁵⁰⁸ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Op. cit.

de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación”⁵⁰⁹

El tratadista Ricardo García Macho, también ha insistido en esta teoría. En su obra manifiesta que:

“Las relaciones de especial sujeción tienen como consecuencia que determinados grupos o individuos, dentro de ese círculo sufren restricciones, en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Asimismo, en esa esfera la Administración, al actuar con flexibilidad y cierta libertad hablan del principio de legalidad, afecta la seguridad jurídica y dificulta el control jurisdiccional de su actuación. Esta situación quede hecha se produce, exige una aplicación de ese concepto con precauciones y restringidamente”⁵¹⁰

3.1.3. Colombia

La doctrina colombiana, por su parte, mantiene el concepto de las “RES” a través del profesor Carlos Arturo Gómez Pavajeau, primer autor colombiano que escribió sobre las RES. En su obra denominada “*Las Relaciones Especiales de Sujeción como categoría dogmática superior*” señala que:

“las relaciones de sujeción especial y general, son unos vínculos estrechos entre una persona y el Estado, y que implicaron, en una época, que el individuo quedara a merced del poder, es decir, prácticamente el

⁵⁰⁹ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Op. Cit. 1994.

⁵¹⁰ GARCÍA MACHO, Ricardo. Op. cit.

individuo no tenía o entregaba todos sus derechos y el Estado podía hacer con él lo que a bien tuviere en cuanto a su relación laboral”⁵¹¹

Otro de los exponentes de la doctrina colombiana que se adhiere a la terminología de “RES” es Mario Roberto Molano. Este autor ha definido esta teoría, en términos amplios, señalando que:

“un vínculo que aún subsiste con algunos matices y que explica la dependencia acentuada de algunos individuos que ostentan además de su condición de servidores públicos ciertos condicionamientos misionales como los militares, los policías o los docentes; o ciertas calidades como los reclusos, entre otros”⁵¹²

El doctrinante José Rory Forero Salcedo, también ha consagrado el concepto de “RES” desde un punto de vista más sustancial que disciplinario. Así este autor ha definido las RES en términos amplios de la siguiente manera:

“El Estado y consecuentemente su administración pública, a lo largo de la historia, han sufrido enormes cambios que repercuten necesariamente en las relaciones con sus administrados. En efecto, la tipología de administrado simple y cualificado determina que existen unos vínculos más o menos estrechos con la administración, adquieren esos nexos o relaciones de sujeción la connotación de generales, cuando comprometen a todos, es decir, a cualquier ciudadano; y especiales, en

⁵¹¹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Op. cit.

⁵¹² MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. 2005. Op. cit.

tanto se refiere a determinados colectivos, alumnos, presos, militares, y siendo el ejemplo, paradigmático los funcionarios públicos”⁵¹³

3.2. AUTORES QUE ESTÁN EN CONTRA DE LAS “RES”

3.2.1. España

Iñaki Lasagabaster Herrarte. En su obra “Las Relaciones Especiales de Sujeción”, es el que más crítica dicha teoría.

Luciano Parejo Alfonso. Crítica las “RES” en tratados. Argumenta que no se deben utilizar las RES por lo menos en la función pública, que probablemente en otros escenarios si puede ser válida, por ejemplo, en el ámbito penitenciario y carcelario o en el ámbito académico o militar, pero en el funcionario no y por eso hay que sustituirla.

Nuno J. Vasconcelos Albuquerque Sousa. En su obra “*La Función Pública Como Relación Especial de Derecho Administrativo*”⁵¹⁴, sustituye las RES en la función pública por otra relación y dice que las RES son es una relación especial de derecho administrativo funcional.

⁵¹³ FORERO SALCEDO, José Rory. 2006. Op. cit

⁵¹⁴ VASCONCELOS ALBUQUEQUE, Nuno J. *La Función Pública como Relación Especial de Derecho Público*. 2000. Op. cit.

3.2.2. Colombia

Carlos Mario Isaza Serrano. En su libro "Teoría General del Derecho Administrativo del Derecho Disciplinario", crítica fuertemente la teoría de las RES⁵¹⁵.

Pedro Alonso Hernández. Hace unas críticas bastante fuertes a las RES y estas se fundamentan en que es una categoría del siglo XIX, que nació en el imperio prusiano, es decir en un estado absolutista y que, por tanto, no la podemos aplicar en un Estado Social de Derecho como el nuestro.

⁵¹⁵ ISAZA SERRANO, Carlos Mario. 2009. Op. cit.

CONCLUSIONES

Desde la época de la postguerra, la influencia alemana se impuso en la doctrina constitucional para hablar de derechos fundamentales los cuales fueron garantizados a través de la Ley Fundamental de Bonn.

Posteriormente, en España, bajo la Constitución de 1978 se acogió el conjunto de “derechos y deberes fundamentales”, donde el individuo y su dignidad ocupan un lugar privilegiado y son la base del ordenamiento jurídico interno.

En Colombia, a partir de la Constitución de 1991, se dio un giro sin precedentes, porque se logró un “cambio constitucional” y con ello el reconocimiento de derechos de vital importancia como los “derechos humanos”, el respeto por la dignidad humana, se extendió el espectro de los “derechos fundamentales” entre ellos el de igualdad y participación ciudadana.

Las RES surgen cuando una persona se vincula al Estado a través de las figuras de sujeción – subordinación y de esa manera, nace el Derecho Disciplinario cuyo objeto es garantizar la conducta ética y proba de los servidores públicos y los particulares que cumplen funciones públicas.

Con el advenimiento de la nueva Constitución y, concretamente, con el principio de legalidad, se establecieron las “relaciones Especiales de Sujeción” enmarcadas en los valores, principios, derechos, deberes y garantías que caracterizan un “Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho” y dentro de ellas se incluyen a los servidores estatales,

(servidores públicos y particulares que cumplan función pública), a los reclusos, estudiantes y militares, entre otros.

De igual forma, el Estado tiene la potestad de ejercer un control sobre los reclusos en las cárceles o los militares y, en consecuencia, les puede suspender, limitar o restringir algunos derechos, pero también les debe respetar otros de mayor relevancia como la vida y la integridad personal. Pero, en Colombia han aparecido otros colectivos insertos en las “relaciones especiales de sujeción”, entre los que se encuentran los estudiantes y quienes desarrollan profesiones liberales (abogados, médicos, ingenieros, arquitectos, contadores etc.).

Por eso es que en materia disciplinaria la potestad la tiene el Estado, por lo cual es evidente su posición dominante, pero excepcionalmente se le puede otorgar a otros órganos particulares como son los Tribunales de Ética Médica, la Junta Nacional de Contadores, Tribunales Deportivos, etc. Sin embargo, en la aplicación del régimen disciplinario deben prevalecer los principios y garantías constitucionales con el fin de equilibrar esa relación de poder, pues de lo contrario el ejercicio de la potestad disciplinaria se traduciría en simple arbitrariedad.

Por otro lado, en Colombia, esta potestad, es otorgada directamente por la Constitución a la Procuraduría General de la Nación, pues así lo señala en su artículo 277, numeral 6, también la ejercen los organismos de control (personerías distritales y municipales) y las Oficinas de Control Disciplinario Interno de las entidades públicas.

Sin embargo, la misma Constitución de 1991, determinó que el órgano competente para adelantar las investigaciones disciplinarias en contra de los fiscales o jueces, era la "Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura", decisión que se anteponía a lo señalado en el artículo 277-6 Superior, por el ejercicio del poder preferente que otorgado a la Procuraduría General de la Nación, pero con la reforma para el equilibrio de los poderes públicos, la potestad para vigilar la conducta disciplinable de los funcionarios judiciales es la Comisión Nacional de Disciplina Judicial que, aunque no se ha integrado, actualmente se está a la espera de que sea expedida la ley estatutaria que regule su funcionamiento.

De la misma manera, la tensión normativa entre el ordenamiento interno y externo con relación a las sanciones de inhabilidad proferidas por la Procuraduría, contra los servidores públicos elegidos popularmente y la resolución a dichos conflictos por parte del organismo internacional, puede en dado caso, poner en riesgo el concepto de la soberanía del Estado, lo que conduciría a la inaplicación del artículo 277, numeral 6 superior, por inconvencionalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ARDILA QUIRÓZ, Luis Eduardo. Naturaleza Jurídica Del Derecho Disciplinario De Los Servidores Públicos En Colombia. 2010. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2SFfs5r>>
- BERNAL PEÑA, Adriana Patricia. Naturaleza Jurídica de las Decisiones Disciplinarias Hacia la consolidación de la jurisdicción disciplinaria en Colombia. 2015 [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2M73xMK>>
- BRICEÑO SOTO, Germán Enrique. Especialización de Derecho Sancionatorio. Relaciones Especiales de Sujeción. 2011. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/30YiSUa>>
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. (julio 6 de 1991).
- CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 1123 (22 de enero de 2007). “Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado”. Diario oficial No. 46519.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1474 (Julio 12 de 2011). “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”. Diario Oficial No. 48.128.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1952 (28 de enero de 2019). “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el Derecho Disciplinario” Diario Oficial No. 50850
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 200 (28 de julio de 1995). “Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único”. Diario Oficial N° 41946.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 734 (febrero 5 de 2002) “Por la cual se expide el Código Disciplinario Único” Diario Oficial No. 44.708.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Auto No. 504 (21 de octubre de 2015). [M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SALA PLENA. Sentencia C-708 (22 de septiembre de 1999. [M. P. Álvaro Tafur Galvis]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-037 Expediente D-3982 (28 de enero de 2003). [M.P. Álvaro Tafur Galvis].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-1061. (11 de noviembre de 2003). [M.P. Rodrigo Escobar Gil]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-125 (18 de febrero de 2003). [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-181. (12 de marzo de 2002). [M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-244 (30 de mayo de 1996) [M.P. Carlos Gaviria Díaz]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-252 (25 de marzo 25 de 2003). [M.P. Jaime Córdoba Triviño]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-280 (25 de junio de 1996) [M.P. Alejandro Martínez Caballero]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-417 (4 de octubre, 1993). [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-948 (6 de noviembre de 2002). [M.P. Álvaro Tafur Galvis]

FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción. En: Instituto de Estudios del Ministerio Público. Colección de Derecho Disciplinario. (15), 2007.

- FORERO SALCEDO, José Rory. Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano. Bogotá: Universidad Libre, 2011. ISBN: 9789588534619.
- FORERO SALCEDO, José Rory. Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo. En: Revista Diálogos de Saberes. (25). 2006.
- FORERO SALCEDO, JOSÉ RORY. Principios y garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, 2003. ISBN: 9789589729724.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española. Madrid: Tecnos, 1992. ISBN: 9788430921607
- Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Ley fundamental de Bonn (23 de mayo de 1949). Constitución para Alemania Occidental) [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2y5s3pj> >
- MINISTERIO DE HACIENDA Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DE ESPAÑA. Real Decreto Legislativo 5 (30 de octubre de 2015). "por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público"
- PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE ESPAÑA. Decreto 33 (10 de enero de 1986). "Por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado"
- REINO DE LA REPUBLICA DE ALEMANIA. La Constitución de la República de Weimar, Alemania (11 de agosto de 1919).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Constitución Española (6 de diciembre de 1978). Boletín Oficial del Estado. Ratificada en referéndum por el pueblo español. Sancionada por S.M. el Rey Don Juan Carlos I el 27 de diciembre de 1978 y publicada en el 29 de diciembre de 1978.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 132 (8 de junio de 2001).
[M.P. don Pedro Cruz Villalón]

TITULO X
SOMBRAS, DEBILIDADES E INTERROGANTES DE LAS RELACIONES ESPECIALES
DE SUJECCIÓN

Por: Luis Gerardo Castro Pereira⁵¹⁶

INTRODUCCIÓN

Las relaciones especiales de sujeción son aquellos nexos que se presentan entre el Estado y la persona. En el pasado, estas relaciones de sujeción especial significaban una dependencia total de la persona con el Estado. Como bien lo indica Gómez el sujeto quedaba [...]“a merced del poder, es decir prácticamente el individuo no tenía o entregaba todos sus derechos y el Estado podía hacer con él lo que a bien tuviere en cuanto a su relación laboral”⁵¹⁷

Este vínculo aún subsiste, aunque no tan acentuado como antes. Sin embargo, aún conserva algunas de sus características principales, que explican la dependencia que existe entre algunas personas y el Estado. Dentro de esta categoría de personas se encuentran los servidores públicos, las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional y los reclusos entre otros que tiene como elemento común la dependencia del Estado, así como la potestad que este tiene en la limitación de algunos de sus derechos fundamentales.

⁵¹⁶ Abogado, egresado de la Universidad Libre Bogotá, Especialista en Derecho Administrativo y Docencia Universitaria de la Universidad Militar Nueva Granada. Actual asesor de la Delegada de Segunda Instancia de la Personería de Bogotá D.C. Ex asesor de la Oficina de Control Disciplinario Interno del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Correo electrónico: luisgerardocastropereira@gmail.com

⁵¹⁷ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario, 2017. Op. cit. p. 132.

La finalidad de las relaciones especiales de sujeción, es la de facultar a la Administración de poderes extraordinarios para limitar los derechos fundamentales, con el propósito de garantizar la correcta gestión pública. García al respecto indica que esta facultad implica una forma de sometimiento.

[...] “que supone la eventualidad de soportar los efectos de una potestad de otro sobre el propio ámbito jurídico, pero que una vez la potestad es ejercida surgirán ya otras figuras jurídicas subjetivas, derechos, deberes, obligaciones, distintas de la indicada sujeción”⁵¹⁸

Así las cosas, se puede decir que las relaciones especiales de sujeción se fundamentan en la limitación del ejercicio de derechos de algunos ciudadanos, bien sea por que ejercen funciones públicas o por que alguna institución judicial ha impuesto tal limitación. De acuerdo con Noguera y Moná, la existencia de estas relaciones especiales de sujeción es:

[...] “consecuencia de la vinculación que existe entre los poderes públicos, pero específicamente como exigencia y condición inherente del funcionamiento normal del servicio de la administración pública”⁵¹⁹

En esa medida se puede decir que la relación especial de sujeción, es una categoría jurídica específica que nace del Derecho Administrativo y que por lo general se presenta de manera voluntaria, con el surgimiento del servicio

⁵¹⁸ GARCÍA CORONEL, Gloria Inés y ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando. Op. cit. p. 18.

⁵¹⁹ NOGUERA DUQUE, Edwin Alberto y MONÁ GALVIS, Juan Camilo. *Alcances y limitaciones de la relación especial de sujeción de los servidores públicos en Colombia frente al derecho disciplinario*. 2018. p. 4. [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/32P0Fd8> >

público. En ese mismo sentido lo considera Lasagabaster al señalar que la misma:

[...] “puede ser voluntaria, como es el caso de los servidores que en razón de su vinculación con los poderes públicos adquieren una serie de obligaciones que limitan algunos de sus derechos fundamentales; en este evento esta limitación puede venir acompañada del reconocimiento de algunas prerrogativas o fueros especiales a favor del ciudadano vinculado a esta situación, que afectan principalmente el principio de legalidad, los derechos fundamentales y la protección judicial”⁵²⁰

De acuerdo a lo anterior, cuando la persona se vincula al servicio público, adquiere algunos derechos y se limitan otros (como sucede en el caso del servicio militar). Esta limitación de derechos fundamentales es modulada y comprende una finalidad de garantía de ejecución correcta del servicio público, que, en todo caso, no puede ser total o arbitraria. Al respecto Brage, indica con acierto lo siguiente:

“La utilidad de esta categoría estriba en que una vez determinada una relación con la administración y calificada justificadamente como de **especial sujeción**, se determina cuál es su finalidad concreta, así como los derechos fundamentales que pueden tener una modulación especial, y con qué intensidad, de acuerdo con su propia peculiaridad y la necesidad de orden que conllevan”⁵²¹

⁵²⁰ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Op. cit. p. 27.

⁵²¹ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Los límites a los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2004. ISBN: ISBN: 849772514X. p. 429.

A su vez, esta limitación de derechos fundamentales implica la creación de ciertas prohibiciones que son incompatibles con la función pública, por generar algún tipo de afectación al Estado y sus fines. Estas prohibiciones y limitación de derechos, de acuerdo con Gil, García y Esteban se caracterizan por:

“La prohibición absoluta o parcial del ejercicio de un derecho recortando su contenido; la prohibición relativa o con reserva impuesta por la Administración; prohibiciones que pueden ser transitorias o permanentes; la permisión del ejercicio de ciertos derechos y atribuciones con reservas prohibitorias o permisivas, transitorias o permanentes, graduales o totales; la autorización para el ejercicio de ciertas actuaciones y potestades”⁵²²

De acuerdo con ello, las relaciones especiales de sujeción pueden generar prohibiciones de tipo preventivo y otras de orden represivo, que se derivan en la imposición de obligaciones y responsabilidades de hacer y no hacer. Aun cuando constitucionalmente las relaciones de sujeción se han considerado válidas desde su origen en los países europeos, dicha validez se ha venido modulando con principios constitucionales, en especial con el de reserva de ley y el de legalidad. Como bien lo advierte Gil y otros, las relaciones especiales de sujeción al igual que otras características jurídicas se encuentran condicionadas al sistema de libertades que consagra la Constitución⁵²³.

⁵²² GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando Relaciones Especiales de Sujeción. Op. cit.

⁵²³ Ibid. p. 179.

En la actualidad las relaciones de sujeción especial han encontrado en otras categorías grandes retos para su materialización, pues ya no se derivan solamente del servicio público, sino que se han extendido a otras calidades y categorías, que implican control del Estado por desempeñar funciones que han sido catalogadas como conexas a los fines del Estado. A manera de ejemplo Gil y otros indican que pueden presentarse estas relaciones especiales de sujeción incluso en:

“Intervencionistas del Estado en el ejercicio de algunas profesiones como la abogacía, la medicina, la contaduría, entre otras; o en actividades reguladas como la educación, la economía, la banca, la moneda, etc., o en el cumplimiento de funciones de custodia y protección como sucede con las personas privadas de la libertad o que cumplen con su deber de prestación del servicio militar obligatorio”⁵²⁴

Las especiales connotaciones de las relaciones especiales de sujeción, hacen que sus especificidades deban ser particulares y limitadas en cada Estado, principalmente porque se refiere a elementos y preceptos constitucionales característicos de cada ordenamiento jurídico. El alcance de las mismas es lo que no se encuentra aún claro en ningún ordenamiento, es decir se hace alusión a la existencia de las mismas, pero no existe una clara delimitación desde la norma o la Constitución de su contenido.

Con acierto Lasagabaster, indica al respecto que aun cuando es cierto que la jurisprudencia ha señalado la existencia de las relaciones especiales de

⁵²⁴ Ibid. p. 179.

sujeción, no ha dedicado esfuerzos significativos para determinar cuál es su alcance⁵²⁵, en especial sobre la limitación de derechos fundamentales.

En esta indeterminación es en la que se enmarca el presente documento, que pretende analizar desde las distintas teorías y desarrollos doctrinales y jurisprudenciales: ¿Cuáles son los escenarios donde se presentan indeterminaciones de las relaciones especiales de sujeción, en especial en lo relacionado con la restricción de derechos fundamentales de los servidores públicos? De acuerdo con ello, el objetivo principal es develar las preocupaciones, incertidumbres e incógnitas que genera la aplicación de la teoría de las relaciones especiales de sujeción, y sus implicaciones en la autonomía propia del Derecho Disciplinario.

Conforme a lo anterior, como objetivos específicos se propone abordar el surgimiento de la teoría de las relaciones especiales de sujeción desde un ejercicio de Derecho Comparado desde los escenarios: i) normativo, ii) jurisprudencial y, iii) doctrinal. De acuerdo con ello, el presente informe se divide en tres acápites, correspondientes a cada uno de los objetivos planteados.

1.1. LA TEORÍA DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN COMO PRESUPUESTO DOGMÁTICO DEL DERECHO DISCIPLINARIO

La teoría de la limitación de los derechos fundamentales de los funcionarios públicos, nace de la teoría alemana de las relaciones especiales de sujeción. A su vez, estas relaciones especiales de sujeción es el punto de

⁵²⁵ LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Op. cit. p. 163.

partido dogmático del Derecho Disciplinario, principalmente porque son este tipo de relaciones las que fundamentan la limitación de ciertas conductas y las consecuencias sancionatorias que implica el desconocimiento de este tipo de prohibiciones. Al respecto Forero indica:

“Evidentemente, el Derecho disciplinario se apoya en la categoría dogmática de las *relaciones especiales de sujeción*, que además de determinar el vínculo que existe entre el funcionario público y la Administración Pública, como titular de la potestad disciplinaria, sirve de fundamento para explicar la limitación que al imponer sanciones se puede dar en el ejercicio del control disciplinario en cuanto al disfrute de ciertos derechos fundamentales del inculpado ya que tienden a flexibilizarse, en razón de tales situaciones y relaciones jurídico administrativas reconocidas expresamente por la Constitución y las leyes”⁵²⁶

El ejercicio de la función pública, implica necesariamente las relaciones de sujeción, pues con éstas se pretende el cumplimiento de intereses públicos. Esta sujeción implica necesariamente la existencia de dos personas desiguales que tienen intereses comunes. Otto Mayer uno de los pioneros de la teoría de las relaciones de sujeción, indica que el vocablo “sujeción” implica un:

[...] “vínculo de dos personas desiguales desde el punto de vista del derecho cuyo contenido lo determina la voluntad de la persona superior.

⁵²⁶ FORERO SALCEDO, José Rory. Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo. Op. cit. p. 222.

En este sentido, la relación entre el Estado y el súbdito es un vínculo de sujeción importante. Pero, principalmente, con esta palabra queremos designar una relación de sujeción creada especialmente para el súbdito o más bien para cierta pluralidad de súbditos. Es una relación jurídica de derecho público por la cual el individuo está vinculado respecto del Estado, por efecto de la obligación general de regular su conducta conforme a un cierto interés público⁵²⁷

El surgimiento de esta categoría jurídica, fue caracterizado por las especiales condiciones que tenía el Estado constitucional alemán, en donde el soberano conservaba muchos de sus poderes de corte absolutista.

Esta singularidad del Estado alemán donde se crean las relaciones especiales de sujeción, es una mixtura entre los ámbitos reservados al poder del monarca, con la lógica confusión que se presenta en relación con las atribuciones de la monarquía y el ejecutivo.

La particularidad del Estado alemán que vio nacer las relaciones especiales de sujeción, donde se mantenían aun las limitaciones de los derechos fundamentales que incluso se extienden hasta después de la promulgación de la Ley de Bonn, vio su principal elemento modulador el surgimiento de los derechos fundamentales, y el Estado de Derecho que obligaba a la Administración a desarrollar sus actividades, con sujeción a lo señalado en la ley y como límite principal el respeto de derechos fundamentales, a lo que se le suma la injerencia del control judicial. Al respecto Jalvo refiriéndose a las relaciones de sujeción en Alemania señala:

⁵²⁷ MAYER, Otto. Op. cit. p. 136.

[...] “las relaciones de sujeción especial han perdido su contenido y efectos clásicos en el ordenamiento que las vio nacer. En este sentido, constituye un punto de inflexión decisivo la sentencia del 14 de marzo de 1972 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, que declara la vigencia del principio de legalidad y de los derechos fundamentales en las relaciones de sujeción especial”⁵²⁸

Ahora bien, para el caso colombiano las relaciones especiales de sujeción tienen su sustento normativo constitucional, en el artículo 6º que consagra la responsabilidad por la infracción de la ley y la Constitución de los servidores públicos y de los particulares, al siguiente tenor:

“Artículo 6: Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”⁵²⁹

El constituyente hace una diferenciación importante frente a la responsabilidad de particulares y servidores públicos. En el caso de los particulares, indica que solo deben responder por transgredir el mandato jurídico constitucional y legal, entre tanto que los servidores públicos deben responder por quebrantar la ley y la Constitución y, por el abuso inadecuado de la facultad que les otorga el Estado para ejercer sus funciones.

⁵²⁸ JALVO, Belén Marina. Derecho disciplinario y potestad sancionadora de la Administración. Valladolid: Lex Nova, 2006. ISBN: 848406719. p. 72.

⁵²⁹ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit. art 6.

Nótese que el constituyente al crear este régimen diferenciado para los servidores públicos, señala que su responsabilidad disciplinaria no solo se deduce de la responsabilidad por omisión de deberes o por la extralimitación en sus funciones. Por el contrario, para el caso de los servidores públicos, la relación especial de sujeción que tiene con el Estado limita sus conductas a aquellas con la que solo cuenten expresa autorización en el marco del ejercicio de sus funciones⁵³⁰. Forero sobre el particular indica:

“Sin duda, una adaptación de la categoría dogmática al nuevo paradigma derivada de que el funcionario no es igual al ciudadano común cuando está en esa especial situación en la que el tema de la responsabilidad también adquiere otro matiz, pues en tanto sometido a una relación especial de sujeción, su libertad y autonomía es menor y es responsable no solamente por infringir la Constitución y la ley, sino además por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, en tanto que el ciudadano del común por estar sometido a una relación general de sujeción, sólo es responsable por infringir la Constitución y la Ley, y tiene mayor libertad de autonomía, limitada tan solo por la ilicitud de su actuar”⁵³¹

⁵³⁰ MARTÍNEZ GELVES, Liz Madeleine. Transformación de las relaciones especiales de sujeción: la subordinación laboral a la relación funcional. 2015. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2Y62m7m>> p. 8. “El tema no se detiene en la posible deducción de responsabilidad por omisión de deberes o por extralimitación de funciones: de hecho, lo más significativo del régimen diferenciado es que mientras los particulares cuentan con la garantía de no comprometer su responsabilidad mientras no incurran en conductas expresamente prohibidas, los agentes del Estado, en cambio, solo pueden hacer aquello para lo cual cuenten con expresa autorización. Esta fórmula reafirma que el régimen no es solo diferente, sino mucho más exigente para los servidores públicos”

⁵³¹ FORERO SALCEDO, José Rory. 2006. Op. cit.

De acuerdo a estos preceptos constitucionales, el servidor público puede ser el destinatario o sujeto pasivo del derecho disciplinario. En ese sentido, las relaciones especiales de sujeción se convierten en el concepto dogmático que crea la facultad disciplinaria del Estado sobre sus funcionarios y personas particulares que ejercen funciones públicas. Así mismo, en algunos casos particulares existe una manifestación de las relaciones especiales de sujeción. Por ejemplo, los miembros de las Fuerzas Armadas y del Congreso de la República, están sujetos además de a la facultad sancionatoria del Estado en materia disciplinaria, al cumplimiento de las normas y exigencias que se derivan de sus propias normas (para el caso concreto de los miembros de la Fuerza Pública Ley 1862 de 2017 y Ley 1015 de 2006 y para los miembros del congreso la Ley 1828 de 2017).

Ahora bien, también existen manifestaciones jurídicas de las relaciones especiales de sujeción en Colombia, que se derivan solo de la norma disciplinaria, que para el caso concreto hace referencia al Código Único Disciplinario. Tal es el caso de los servidores públicos que ejercen dirección, control, vigilancia y administración sobre las instituciones penitenciarias y carcelarias, que además de verse sometidos al cumplimiento de las normas que regulan sus funciones, y ser sujetos disciplinables de las faltas gravísimas que indica el legislador en el Código Único Disciplinario, ven limitada sus conductas por las faltas que solo le son aplicables a ellos, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 4º del artículo 48 del Código Disciplinario Único, Ley 734 de 2002.

Para el caso específico de la responsabilidad de los particulares, la relación especial de sujeción puede verse moderada, en tanto solo se limita a una

responsabilidad contractual que se deriva de una relación temporal. Ello implica que no todas las conductas que ejerce el particular son disciplinables, solo lo serán aquellas que tengan relación con la función pública. De esta manera existe una relación de sujeción modulada y limitada, y con una mayor autonomía que la que se predica de los servidores públicos. En ese mismo sentido lo considera Martínez, a saber:

“La carga que soporta el disciplinable no tiene el mismo grado o intensidad y ello obedece a que precisamente ese vínculo no está soportado con el estatus de servidor público. Sucede con los particulares que ejercen función pública, concepto que atiende a un criterio eminentemente material o funcional. La condición moderada es ciertamente relativa: obedece a que no todas las conductas disciplinables se le predicen, pero ello no quiere decir que también sean moderadas las consecuencias de su vulneración”⁵³²

De acuerdo a lo anterior, las relaciones especiales de sujeción se concretan de forma distinta en cada caso particular, y sus consecuencias jurídicas son diversas. En ese mismo sentido lo considera Santamaría al indicar que no se puede desconocer la existencia de las relaciones especiales de sujeción, pero que las mismas incluso desde su formación tienen un alcance meramente descriptivo, coloquial e indeterminado⁵³³.

Para el caso del Derecho Español, existe casi que una total indeterminación de las relaciones especiales de sujeción en la norma y en especial en la

⁵³² GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando Relaciones Especiales de Sujeción. *Op. cit.*

⁵³³ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios. *Op. cit.* p. 352.

Constitución. No existe referencia a la existencia de las mismas. Al respecto Prieto indica que en el ordenamiento jurídico español no aparece definida de modo autónoma o en texto normativo que se entiende por las relaciones especiales de sujeción, su finalidad, alcance e incidencia, etc.⁵³⁴

La Constitución Política de España solo hace menciones aisladas de estas relaciones especiales de sujeción, sin que exista un mayor desarrollo normativo de las mismas. Su análisis se ha centrado principalmente en el desarrollo jurisprudencial realizado por el Tribunal Constitucional, como se analizará en líneas posteriores. Aún con ello, esta categoría jurídica se puede derivar de algunos de los artículos de la Constitución Española en el artículo 25.2 y 25.3 (sujeción de las personas privadas de la libertad)⁵³⁵, artículo 26 (servicio público de educación)⁵³⁶, artículo 30 y 104 (servicio militar)⁵³⁷,

⁵³⁴ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción. En: Revista de Administración Pública. (178). 2009. p. 217.

⁵³⁵ Constitución Española, 1978. Op. cit. Artículo 25. [...] "2) Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la seguridad social, así como el acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad. 3. La administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de la libertad"

⁵³⁶ Ibid. art 27. [...] "7) Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca. 8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes. 9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca"

⁵³⁷ Ibid. art 30. "La ley fijará las obligaciones militares de los españoles y regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria"; art 104. "1) Las fuerzas y cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. 2. Una ley orgánica determinará las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las fuerzas y cuerpos de seguridad"

artículo 103 (régimen de servidores públicos)⁵³⁸, artículos 127 y 159 (prohibiciones para funcionarios públicos)⁵³⁹. Sin embargo y a pesar de existir alusión a estas relaciones especiales de sujeción, en la práctica su desarrollo se ha presentado en casuística analizada por el Tribunal Constitucional, aumentando aún más la incertidumbre que existe con el alcance que pueden tener las relaciones especiales de sujeción. Ahora bien, como se indicó en líneas precedentes, la creación de las relaciones especiales de sujeción como categoría jurídica nació en la doctrina alemana. De acuerdo con García de Enterría:

“Como concepto político específico, las RES surgen en el ámbito del poder ejecutivo engendrado en la estructura de la monarquía constitucional alemana, como parte de los poderes del monarca, configurando la Administración del Estado como fruto de la autonomía del poder ejecutivo frente al poder legislativo que tuvo más auge en Alemania que en otras latitudes”⁵⁴⁰

⁵³⁸ Ibid. art 103. [...] “3) La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”

⁵³⁹ Ibid. art 127. “1) Los jueces y magistrados, así como los fiscales, mientras se hallen en activo, no podrán desempeñar otros cargos públicos, ni pertenecer a partidos políticos o sindicatos. La ley establecerá el sistema y modalidades de asociación profesional de los jueces, magistrados y fiscales. 2. La ley establecerá el régimen de incompatibilidades de los miembros del poder judicial, que deberá asegurar la total independencia de los mismos”; art 159. [...] “4) La condición de miembro del Tribunal Constitucional es incompatible con todo mandato representativo; con los cargos políticos o administrativos; con el desempeño de funciones directivas en un partido político o en un sindicato y con el empleo al servicio de los mismos; con el ejercicio de carreras judicial y fiscal, y con cualquier actividad profesional o mercantil. En lo demás, los miembros del Tribunal Constitucional tendrán las incompatibilidades propias de los miembros del poder judicial”

⁵⁴⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Ed. Civitas, 1997. 8ª Ed. p. 18.

La categorización de las relaciones especiales de sujeción debe situarse en la doctrina administrativa de finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Una de las primeras referencias que se tiene de este concepto se remonta al año 1901, señalado por Paul Laband como un elemento propio de las relaciones de los servidores con la monarquía alemana⁵⁴¹. A pesar de ello Otto Mayer es considerado como el máximo exponente de la teoría de las relaciones especiales de sujeción en el derecho público alemán.

En principio la creación de las relaciones especiales de sujeción nace de la relación monárquica que existe entre todos los ciudadanos con la monarquía. Gómez y Molano al respecto indican que en principio esta categoría implicaba las relaciones tanto de las personas como de los servidores de la corona, sin distinción de las relaciones de orden público privado⁵⁴².

La particularidad de la corona alemana, estribaba en la mixtura que existía entre la corona y un Estado de Derecho, pues coexistía de manera simultánea el Parlamento y el Monarca. Gómez al respecto indica que existían serios problemas de distribución de competencias, pues mientras el Parlamento debía ocuparse de asuntos relacionados con las relaciones sociales, la monarquía conservaba su facultad de establecer de forma discrecional asuntos como la organización del Estado, la administración civil,

⁵⁴¹ GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando Relaciones Especiales de Sujeción. Op. cit. p. 183. "El primer autor que utiliza la categoría de sujeción especial aplicada a los funcionarios públicos fue Paul Laband, quien establece una relación funcionario – Estado a través de un contrato que es regulado por el derecho público, donde el Estado para la realización de los fines propios, declara su voluntad de tomar a la persona a su servicio y de otro lado, el funcionario expresa al Estado su deber particular de servicio, de obediencia y fidelidad; el incumplimiento de sus obligaciones es un delito disciplinario"

⁵⁴² GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Op. cit. p. 35.

tributaria y el poder militar, sin ningún tipo de regulación o control jurisdiccional. Al respecto López indica que la justificación de la existencia de las relaciones especiales de sujeción en la monarquía constitucional de la Alemania del siglo XIX era el acatamiento de los deberes de la persona como ciudadano y como servidor público, así este autor asevera:

[...] “La obligación de servir, según el derecho público, significa una relación de sujeción especial; la obligación de prestar servicios, sea cual fuere su origen, crea un poder jurídico especial que se ejercerá en nombre del Estado o del cuerpo de administración propia sobre el obligado, para mantener y dirigir a éste en el cumplimiento exacto de sus deberes; Este es el poder jerárquico [...] El poder jerárquico se ejerce de dos maneras distintas: la orden jerárquica y el poder disciplinario”⁵⁴³

Una de las referencias más importantes que realiza López para demostrar el alcance indeterminado, que tienen las relaciones especiales de sujeción en el caso alemán, se encuentra en el siguiente planteamiento:

[...] “una obligación que casi absorbe toda la personalidad del deudor y que sitúa al soldado o militar en un estado constante y perpetuo servicio aun durante la noche y las horas de reposo o cuando tiene permiso, el soldado está en servicio activo y bajo banderas. Para afianzar esta adecuación de la orden a sus estrictos términos”⁵⁴⁴

La característica primordial que tenían las relaciones especiales de sujeción en el caso alemán era la imposibilidad real de garantizar derechos

⁵⁴³ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Op. Cit. 1994. p. 56.

⁵⁴⁴ Ibid. p. 65.

fundamentales a los súbditos o servidores de la corona, principalmente porque la organización del Estado y la gestión pública escapaban de la competencia del Parlamento y por ende no se encuentra sujeta a ningún tipo de control jurisdiccional. Al respecto Cotino, con buen juicio indica que, el caso de las relaciones especiales de sujeción y la organización del Estado, eran indiferentes a los deberes jurídicos de la monarquía representada en el Parlamento⁵⁴⁵.

Aun así, Meyer comienza a distinguir entre las relaciones especiales de sujeción y las que son impuestas. Así mismo Pavajeau indica que en la monarquía constitucional de Alemania no existían como tal las relaciones jurídicas de sujeción. Por el contrario, estas nacían más como una relación de autoridad y subordinación total, al poder del monarca, que implicaban un cierto código de conducta y deberes de obediencia y restricción de derechos, bien sea voluntarias para aquellos servidores de la corona u obligatorias para las fuerzas militares⁵⁴⁶.

Ahora bien, durante la época de Weimar se presentó uno de los cambios importantes en la doctrina de las relaciones especiales de sujeción. En el año 1919 se marca el tránsito a un Estado Social y de Derecho. Aun así, se mantienen algunos elementos característicos de la categoría jurídica de sujeción que se establecían en la monarquía constitucional. El mayor avance fue el reconocimiento de los derechos fundamentales como la

⁵⁴⁵ COTINO HUESO, Lorenzo. Op. cit. p. 293.

⁵⁴⁶ GOMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo y MOLANO LOPEZ, Mario Roberto. Op. cit. p. 45. "Como puede observarse, este proceso histórico que se surte en Alemania se estructura sobre el ejecutivo como titular de potestades administrativas no regidas por el derecho para regular las relaciones internas del Estado, que para ese momento se entendían como aquellas derivadas de los cuerpos de la administración civil, de los servicios que estaban a cargo de la Administración, caso concreto de las prisiones, las escuelas, los hospitales y los distintos servicios públicos que para la época se entendían como exclusivamente administrativos"

principal restricción del poder estatal. Al respecto Gil y otros, refiriéndose a la Constitución de Weimar, indican:

“Esta Constitución elaborada en medio de grandes trastornos sociales y políticos, entre ellos los causados por la derrota de Alemania en la Primera Guerra Mundial, caracteriza un Estado democrático liberal. En ella se incorporó un amplísimo catálogo de derechos y por primera vez, junto con la Constitución mexicana de 1917, se constitucionalizaron derechos sociales. Con esta construcción el Estado de Derecho alemán se consolidó en el siglo pasado como un Estado de Derecho limitado a la Administración. Los derechos fundamentales se concebían principalmente como afirmaciones de la ley objetiva, que restringían el poder estatal, y no como derechos subjetivos de los ciudadanos”

Llama la atención lo indicado en el artículo 114 de la Constitución de Weimar, donde se señalaba con claridad que [...] “la libertad de la persona es inviolable. Todo menoscabo o supresión de la libertad personal por el poder público solo está permitido en base a una ley”⁵⁴⁷. En principio podría decirse que la ley, tenía el deber de establecer el alcance de las relaciones especiales de sujeción. Al respecto Gallego indicaba que las relaciones especiales de sujeción, aun eran consideradas como una laguna dentro del Estado de derecho, pues aún se presumía la existencia de las relaciones de sujeción generales, propias de la monarquía constitucional⁵⁴⁸.

⁵⁴⁷ LÓPEZ OLIVA, José O. La Constitución de Weimar y los derechos sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud. En: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. Volumen XII. (26). 2010. p. 235.

⁵⁴⁸ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración*. En: Revista de la Administración Pública. (34). 1961. p. 18. “La creación de una Institución supone la aceptación del fin que persigue y que deberá cumplir; Tras esto se establece la correspondiente regulación que garantizará la seguridad;

De esa manera el nacimiento del Estado Democrático de Derecho en Alemania, no cambia la naturaleza propia de las relaciones especiales de sujeción, pues aún se consideraban como justas por la necesidad de operatividad y eficacia de la Administración. Gómez y Reyes consideran que la constitucionalización de los derechos fundamentales de los ciudadanos alemanes, como un gran avance, aunque no impedía la aplicación de las relaciones especiales de sujeción en los términos de la monarquía constitucional, siempre en pro del correcto funcionamiento de la Administración⁵⁴⁹.

En el año de 1949, surge la Ley Fundamento de Bonn, con la que surge la República Federal de Alemania, y se consolida como un Estado Social y de Derecho, consagrándose una serie de instituciones y derechos. Sin embargo, el sometimiento de las relaciones especiales de sujeción al principio de legalidad, no fue contemplado en este nuevo Estado, manteniéndose el esquema original de los anteriores Estados. Al respecto Gil y otros indican:

“Desde el nacimiento del Estado social y de Derecho en la Ley Fundamental, se han generado tensiones entre una y otra

El problema surge cuando esa regulación no es realizable: a) dada la imposibilidad de determinar la extensión y contenido de las respectivas prestaciones, así como la intensidad de las posibles intervenciones en la esfera de los afectados, es decir cuando entra en juego la llamada imprevisibilidad; b) o cuando, en el caso de que dicha regulación fuese llevada a cabo, fuese consecuencia de una considerable pérdida en eficiencia y productividad de la Administración. Y esto es justamente, el caso en las relaciones especiales de sujeción; no habría regulación normativa lo suficientemente detallada en el Derecho Militar, ni el Derecho regulador del orden de la enseñanza y de los establecimientos públicos, capaz de apurar todos los puntos de contacto disciplinarios”

⁵⁴⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; REYES CUARTAS, José Fernando. *Op. cit.* p. 21.

caracterización; la libertad individual frente al poder estatal, la división de poderes, el principio de legalidad, la autonomía judicial, propios del Estado de Derecho, no siempre coexisten pacíficamente frente a la necesidad de intervención estatal para asegurar la garantía efectiva y material de los derechos fundamentales, propia del Estado Social”⁵⁵⁰

El artículo 1º de la Ley Fundamental de Alemania indica puntualmente que [...] “los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable”⁵⁵¹

Ahora bien, en materia de limitación de derechos fundamentales la ley germánica indica la procedencia de ello de manera general, y siempre que no se restrinja el núcleo esencial de los mismos. Sin embargo, no hace referencia al caso de las relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos, solo se limita a enunciar que toda restricción de derechos fundamentales debe hacerse mediante ley⁵⁵². Los casos particulares dentro de la Ley teutona sobre restricción de derechos fundamentales basados en las relaciones de especiales de sujeción y las relaciones generales de sujeción se encuentran expresamente contenidos en los artículos 17a⁵⁵³

⁵⁵⁰ GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando Relaciones Especiales de Sujeción. Op. cit. p. 189.

⁵⁵¹ Ley fundamental de Bonn, constitución para Alemania Occidental, 1949. Op. cit.

⁵⁵² Ibid. art 19. Restricción de los derechos fundamentales. “Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual; Además, la ley debe mencionar el derecho fundamental indicando el artículo correspondiente; En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial; Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas con sede en el país, en tanto por su propia naturaleza sean aplicables a las mismas. Toda persona cuyos derechos sean vulnerados por el poder público, podrá recurrir a la vía judicial” [...]

⁵⁵³ Ibid. art 17a. “Restricción de determinados derechos fundamentales mediante leyes referentes a la defensa y al servicio sustitutorio; Las leyes relativas al servicio militar y al servicio sustitutorio podrán determinar que para los integrantes de las Fuerzas Armadas y del servicio sustitutorio se restrinja durante el periodo de servicio, el derecho fundamental de

y 18⁵⁵⁴.

Para el caso concreto del servicio público, la única mención que se realiza de las relaciones especiales de sujeción se encuentra en los artículos 33⁵⁵⁵ y 34⁵⁵⁶ de la Ley Fundamental.

A grandes rasgos se evidencia una total indeterminación de las relaciones especiales de sujeción tanto en Colombia como en el Derecho Comparado, e incluso en el país donde nació esta teoría. Como se indica anteriormente, la construcción de esta teoría ha tenido mayor acogida y desarrollo en la jurisprudencia como se analizará a continuación.

expresar y difundir libremente su opinión oralmente, por escrito y a través de la imagen (artículo 5), el derecho fundamental de la libertad de reunión (artículo 8) y el derecho de petición (artículo 17); Las leyes referentes a la defensa, incluyendo la protección de la población civil, podrán establecer que sean restringidos los derechos fundamentales de la libertad de circulación y de residencia (artículo 11) y de inviolabilidad del domicilio (artículo 13)"

⁵⁵⁴ Ibid. art 18. Privación de los derechos fundamentales. "Quien, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abuse de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa (artículo 5, apartado 1), de la libertad de enseñanza (artículo 5, apartado 3), de reunión (artículo 8), de asociación (artículo 9), del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones (artículo 10), así como del derecho de propiedad (artículo 14) y del asilo (artículo 16a) pierde estos derechos fundamentales; La privación y su alcance serán declarados por la Corte Constitucional Federal"

⁵⁵⁵ Ibid. art 33. Igualdad cívica de los alemanes, funcionarios públicos. "Todos los alemanes tienen en todos los Länder los mismos derechos y deberes cívicos; El goce de los derechos civiles y cívicos, la admisión a los cargos públicos es independientes de la confesión religiosa; Nadie podrá ser discriminado a causa de su pertenencia o no pertenencia a una confesión o ideología; El ejercicio de facultades de soberanía será confiado, como regla general y con carácter permanente, a funcionarios del servicio público sujetos a una relación de servicio y lealtad, bajo un régimen de Derecho Público; El estatuto legal del servicio público debe ser regulado y desarrollado teniendo en cuenta los principios tradicionales del régimen de funcionarios de carrera"

⁵⁵⁶ Ibid. art 34. Responsabilidad en caso de violación de los deberes del cargo. "Cuando alguien en ejercicio de una función pública que le fuera confiada violare los deberes que la función le impone con respecto a un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o la corporación a cuyo servicio se encuentre. En caso de dolo o culpa grave queda abierta la acción de regreso. Para la reclamación de daños y perjuicios abierta, así como para la acción de regreso no podrá excluirse la vía judicial ordinaria"

1.2. EL DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN

La Corte Constitucional colombiana es quien ha hecho un mayor desarrollo de las relaciones especiales de sujeción. En la sentencia C-417 de 1993, se considera que para el mantenimiento de la actividad estatal se requiere una normatividad especial de reglas y sanciones:

“El derecho disciplinario está constituido por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a la que pertenezcan. Ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del Estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye **derecho** sino que es ante todo **deber** del Estado”⁵⁵⁷

La expresión “relación especial de sujeción” se vislumbra de manera primigenia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional en las sentencias C-280 de 1996⁵⁵⁸ y C-341 de 1996⁵⁵⁹. En ambas oportunidades el alto tribunal sobre las relaciones especiales de sujeción, afirmó que en:

⁵⁵⁷ Sentencia C-417, 1993. Op. cit.

⁵⁵⁸ Sentencia C-280, 1996. Op. cit.

⁵⁵⁹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-341 (25 de junio de 1996) [M. P. Antonio Barrera Carbonell]

[...] “aquellos casos en los cuales existe una relación laboral de subordinación entre el Estado y una persona se crea una relación de sujeción o supremacía especial debido a la situación particular en la cual se presenta el enlace entre la administración y la aludida persona”⁵⁶⁰

Las relaciones especiales de sujeción han servido de categoría jurídica sobre la que descansa la facultad disciplinaria del Estado, y la calidad de una persona de sujeto del derecho disciplinario, así como para explicar la restricción de algunos derechos fundamentales en aras del buen servicio público. En ese sentido lo indica la Corte en su sentencia C-244 de 1996, al señalar lo siguiente:

[...] “la acción disciplinaria se produce dentro de la relación de subordinación que existe entre el funcionario y la administración en el ámbito de la función pública, y se origina en el incumplimiento de un deber, omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, y su finalidad es la de garantizar el buen funcionamiento, moralidad y prestigio del organismo público respectivo”⁵⁶¹

Estas relaciones especiales de sujeción además de servir como cimiento dogmático de la acción disciplinaria, indican la existencia de ciertas cargas adicionales o especiales para los funcionarios públicos. Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C-280 de 1996, señala que las relaciones especiales de sujeción permiten el surgimiento de [...] “una serie de obligaciones especiales, puesto que el cumplimiento de funciones públicas

⁵⁶⁰ Sentencia C-417, 1993. Op. cit.

⁵⁶¹ Sentencia C-244, 1996. Op. cit.

implica la asunción de cargas especiales"⁵⁶². Esta distinción entre las cargas especiales de los servidores públicos, dio paso a la creación del concepto de relaciones especiales de sujeción (servidores públicos) y las relaciones generales de sujeción (particulares).

Esta diferenciación precitada nace de preceptos constitucionales como los consagrados en los artículos 1º, 2º, 6º, 123, 124, 125 y 209 de la Constitución Política. La Corte Constitucional en sentencia C – 769 de 1998, señala que a partir de los artículos precedentes nacen las relaciones especiales de sujeción. Afirma al respecto que [...] "la especial sujeción frente al Estado en que se encuentra el servidor público, en razón de la relación jurídica que con este surge al ser investido de la función pública"⁵⁶³.

Así mismo en sentencia C-708 de 1999, la Corte Constitucional indica que las relaciones especiales de sujeción no solo se derivan de los preceptos constitucionales señalados, sino que su alcance incluye el cumplimiento de las funciones públicas de acuerdo con la ética del servicio público, que en consideración del alto tribunal, implica un mayor compromiso del servidor público con el Estado, en razón a la responsabilidad que se encuentra consagrada en el artículo 6º de la Carta Política⁵⁶⁴.

En sentencia C-819 de 2006, el procurador general de la nación, deja sentado el precedente que la existencia de las relaciones especiales de sujeción es una institución que requiere de un control, que necesariamente debe ser realizada por el Derecho Disciplinario:

⁵⁶² Sentencia C-280, 1996. Op. cit.

⁵⁶³ Sentencia C-769, 1998. Op. cit.

⁵⁶⁴ Sentencia C-708, 1999. Op. cit.

“En el derecho disciplinario no hay un bien jurídico protegido en estricto sentido, que tenga que verse afectado con la conducta desplegada por el servidor público. Se trata de la infracción de deberes, por cuanto la relación especial de sujeción con el Estado requiere de controles que operan a manera de reglas de conducta, sin que la ilicitud sustancial comprenda, el resultado material, pues la falta de éste no impide la estructuración de la falta disciplinaria. Es el incumplimiento del deber funcional el que orienta la determinación de la antijuridicidad de las conductas reprochables por la ley disciplinaria”⁵⁶⁵

Aun cuando existe desarrollo jurisprudencial del concepto de relaciones especiales de sujeción, no existe una determinación real de su alcance ni en la norma ni en la jurisprudencia constitucional. Para el caso español está indeterminación ha sido reconocida incluso por el propio Tribunal Constitucional. En principio España adoptó el concepto de las relaciones especiales de sujeción en el mismo sentido que lo señaló Alemania. López refiriéndose a la sentencia del Tribunal Supremo STS del 26 de marzo de 1977, indica que el tribunal supremo considero la existencia de este tipo de relaciones en los funcionarios públicos, los militares, los estudiantes, las personas privadas de la libertad etc.⁵⁶⁶

Paulatinamente esta categoría de las relaciones especiales de sujeción fue ampliándose a otros oficios como los promotores de viviendas de la protección del Estado (SSTS del 6 de abril de 1970), los que promovían y

⁵⁶⁵ Sentencia C-819, 2006. Op. cit,

⁵⁶⁶ LÓPEZ, Ramón. *Acercas de las especiales relaciones de sujeción a que está sometido el recluso*. En: Revista Española de Derecho Administrativo. (14). 1977. p. 496.

participaban en los espectáculos taurinos (SSTS del 20 de marzo de 1973), los detectives privados (SSTS del 14 de junio de 1978), entre otros, que no cumplían efectivamente con funciones que comprendieran los fines del Estado.

Una vez promulgada la Constitución Política de 1978, la concepción de las relaciones especiales de sujeción adquiere otro enfoque. Sin embargo, su interpretación a partir del texto constitucional, por el naciente Tribunal Constitucional además de ser ambigua era considerada como subjetiva y falta de contenido dogmático. Al respecto García haciendo un análisis de la jurisprudencia constitucional española en relación con las relaciones especiales de sujeción indica lo siguiente:

[...] “en el contexto del régimen anterior se expandiera la esfera de las relaciones de especial sujeción más allá de los clásicamente sometidos a éstas era grave, pero mucho más lo es que eso, debido a la inercia del pasado, se haya mantenido una vez entrada en vigor la Constitución de 1978, puesto que se están socavando los cimientos del Estado de Derecho”⁵⁶⁷

Prieto concuerda con ello al indicar que el Tribunal Supremo de España ha utilizado con cierta profusión la categoría de las relaciones especiales de sujeción, sin dedicar esfuerzos excesivos a determinar cuál es su alcance real⁵⁶⁸. Aun así el Tribunal Constitucional reconoce este yerro en la sentencia 120 del 27 de junio de 1990, al señalar que [...] “el concepto de relación

⁵⁶⁷ GARCÍA MACHO, Ricardo. *Op. cit.* p. 162.

⁵⁶⁸ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *Op. cit.* p. 223.

especial de sujeción es de por sí impreciso"⁵⁶⁹. La principal consecuencia de esta indeterminación es la inseguridad jurídica que se presenta en relación con el alcance que tiene la relación especial de sujeción. Al respecto Prieto con acierto indica para el caso español que:

[...] "al Tribunal Constitucional le ha faltado una sosegada reflexión sobre la categoría misma que acote el concepto. Cuando sin esto se procede a determinar las situaciones jurídicas integradas en aquella, como ha hecho el juez constitucional, se origina el caos y la inseguridad que conocemos"⁵⁷⁰

Algunos de sus pronunciamientos posterior a la promulgación de la Constitución Española de 1978, dejan entrever las posiciones erráticas del alto tribunal constitucional español, y su afán por extender el elemento de las relaciones especiales de sujeción a eventos donde no existe realmente una necesidad de las mismas, y lo que es más importante, sin que exista un apego al principio de legalidad. A manera de ejemplo, el Tribunal Constitucional en sentencia 386 del 23 de diciembre de 1993 indica que el legislador en su amplia configuración legislativa, tiene la facultad de otorgar a un ente público la potestad sancionadora cuando existe una relación especial de sujeción, como es el caso de las auditorias de cuentas, que en definitiva se vinculan con los fines del Estado⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 120 (27 de junio de 1990). [M.P. don Francisco Tomás y Valiente]

⁵⁷⁰ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *Op. cit.* p. 224.

⁵⁷¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 386 (23 de diciembre de 1993). [M.P. don Miguel Rodríguez-Piñero]

Sin embargo, el alto tribunal no expone cuales son las razones legales y normativas que evidencian la conexidad entre la auditoría de cuentas y las relaciones especiales de sujeción, sino que simplemente se limita a indicar que dentro de esta categoría jurídica se encuentran inmersa una relación de ese tipo. Prieto haciendo alusión a la sentencia del 20 de mayo de 1996 del Tribunal Constitucional indicó que no existe una determinación real ni del concepto de relación especial de sujeción, ni tampoco un límite legal que indique que se entiende por éstas y cuando se presentan. Al respecto indica que el argumento que da lugar a dicha ambigüedad es el siguiente:

“Pero volvamos a la sentencia de 20 de mayo de 1996: desde luego no son los casos citados los únicos en que se produce una relación especial de sujeción; Junto a ellos hay que tener en cuenta otros supuestos en los cuales la relación da lugar a una inmediatez mayor entre quien ejerce las potestades y quien se encuentra sujeto a ellas de modo especial o específico; Sin duda podrían incluirse en este otro tipo de relaciones especiales de sujeción los casos de inclusión en grupos de número reducido a los que se aplica una normativa específica, de lo que pueden encontrarse ejemplos en las inscripciones en Registros administrativos de carácter constitutivo”⁵⁷²

Cámara refiriéndose a esta misma sentencia, indica que la finalidad que tiene la ampliación de las relaciones especiales de sujeción incluso a particulares o a ciertas actividades, es el ejercicio de dichas actividades tiene una expresa conexión con la convivencia social, lo que faculta al Estado para ejercer su facultad sancionatoria, así no exista presupuesto

⁵⁷² PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *Op. cit.* p. 231.

jurídico que así lo indique⁵⁷³. Es decir que con la mera catalogación jurisprudencial o administrativa de que determinada actividad tiene relación con un fin del Estado, hace de quienes la realizan sujetos de una relación especial de sujeción.

Esta misma posición ha sido reiterada en otras sentencias del Tribunal Supremo. Verbi gratia en la sentencia STS del 29 de septiembre de 2009, se indicó que la regulación de las relaciones de sujeción, es amplia e incluso puede extenderse hasta hacer competentes a los entes locales para fijar un régimen de infracciones y sanciones por medio de ordenanzas⁵⁷⁴.

Así mismo, el Tribunal Constitucional amplió esta categoría de relaciones especiales de sujeción a actividades autorizadas. La sentencia tal vez más icónica en este tema, y que fijo la línea jurisprudencial que ha venido desarrollando el alto tribunal, es la sentencia 132 de 2001⁵⁷⁵. En este caso se presenta un recurso de amparo, en el que el accionante indica que existe una vulneración al principio de legalidad, al habersele impuesto una sanción sin que existiera norma alguna que facultará al Estado para ello, y que además de ello, se encontraba realizando una actividad económica privada. Al respecto el alto tribunal erráticamente indica que las relaciones especiales de sujeción no requieren bajo ninguna circunstancia consagración normativa alguna, dejando de lado el principio de legalidad. Este fue el argumento:

⁵⁷³ CAMARA VILLAR, Gregorio. Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. En: Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos. Barcelona: CEDECS, 2001. p. 82.

⁵⁷⁴ TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sentencia STS rec.5167/1998 (29 de septiembre de 2003). [M.P. Mariano Baena De Alcázar]. Sala 3ª. Sección 4ª. Pte.

⁵⁷⁵ Sentencia 132, 2001. Op. cit.

“Es factible considerar situaciones y relaciones jurídico – administrativas donde la propia Constitución o las leyes imponen límites en el disfrute de los derechos constitucionales, llámense tales relaciones de **especial sujeción, de poder especial**, o simplemente **especiales**. Lo importante ahora es afirmar que la categoría **relación especial de sujeción** no es una norma constitucional, sino la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo a la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos”⁵⁷⁶

Adicional a ello el alto tribunal señala que no es necesario que exista una ley que señale la procedencia de la sanción, pues esta se encuentra plenamente respaldada por el artículo 25.1 de la Constitución Española, a saber:

“Pues bien, en el caso que nos ocupa ningún precepto constitucional prevé, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito de actividad económica privada, aunque esté intervenida y reglamentada, como es la prestación de servicio de transporte en auto – taxi. Tampoco ninguna ley vigente al tiempo de la infracción sancionada modulaba el disfrute de los derechos fundamentales de quien hoy pide nuestro amparo. Por tanto, y con independencia de cómo se denomine la relación que une al titular de la licencia de auto – taxi con su ayuntamiento, no hay fundamento alguno para que la sanción impuesta al recurrente carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el artículo 25.1 CE”⁵⁷⁷

⁵⁷⁶ Sentencia 132, 2001. Op. cit.

⁵⁷⁷ Ibid.

A este mismo argumento acudió el Tribunal en el caso de solicitud de amparo de analizada en la sentencia 52 del 17 de marzo de 2003, donde señaló que las relaciones especiales de sujeción atienden a:

[...] “la descripción de ciertas situaciones y relaciones administrativas donde la Constitución, o la ley de acuerdo con la Constitución, han modulado los derechos constitucionales de los ciudadanos [...] se advierte que no existe precepto constitucional que de forma explícita o implícita justifique la producción y elaboración en que se utiliza la denominación de origen [...] ni tampoco al tiempo de la infracción sancionada estaba vigente Ley alguna que modulara el disfrute del derecho fundamental para el que se pide amparo, por lo que, con independencia de la correcta calificación o denominación de la relación jurídica, no se da fundamento suficiente para que la infracción por la que se sanciona a la demandante carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 CE”⁵⁷⁸

El llamado de atención que se hace tanto al desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, así como a la del Tribunal Constitucional Español, es la incoherencia con la que se ha venido usando el término de las relaciones especiales de sujeción, aún sin adentrarse en una interpretación constitucional real y congruente que conlleve por lo menos a la fijación de sus alcances desde la jurisprudencia. Al respecto Prieto con acierto indica:

⁵⁷⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 52 (17 de marzo de 2003). [M.P. don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera]

“Pero creo que el reproche al Alto Tribunal puede ir más allá de la referida incoherencia: y es que el hecho de que la Constitución no consagre expresamente las relaciones especiales de sujeción – es claro que indirectamente lo hace – no impide que el Tribunal, al interpretar el texto, asuma la categoría y contribuya a perfilarla, coadyuvando en una tarea en la que la jurisprudencia ordinaria y la doctrina no siempre han atinado”⁵⁷⁹

De acuerdo con lo anterior, se puede decir que la facultad disciplinaria del Estado cuando aborda el tema de las relaciones especiales de sujeción, deviene legítima, aunque no esté consagrada directamente en ley, pues como lo ha soportado el Tribunal Constitucional español se hace necesario adaptar los principios sancionadores de acuerdo a la finalidad que tiene la relación de sujeción, o su incidencia en la función pública.

En el caso de Alemania, el cambio de postura en relación con las relaciones de sujeción especial, se presentó con la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de marzo 14 de 1972. El concepto de relaciones especiales de sujeción se encontraba en lo que denomina una laguna del Derecho. El Tribunal haciendo un análisis del caso de un preso que por definición tiene una relación especial de sujeción, cambia la concepción que se tenía de esta categoría jurídica, limitándola a principios de reserva de ley y legalidad, incluso de atención primaria de derechos fundamentales por encima de los fines del Estado. López haciendo una traducción de esta sentencia, indica que la *ratio decidendi* del Tribunal fue el siguiente:

⁵⁷⁹ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *Op. cit.* p. 239.

“La Ley Fundamental es una orden de valores que vincula, que reconoce la protección de la libertad y de la dignidad como el más superior fin de todos los derechos; En el artículo 1.3, los derechos fundamentales se declaran vinculantes para la legislación, el poder ejecutivo y los jueces; Esta amplia vinculación estaría en contradicción si los derechos fundamentales pudieran ser limitados a voluntad o discrecionalmente durante la ejecución de la pena; Una limitación sólo entra en consideración si ella coincide con el logro de uno de los valores ordenadores de la Ley Fundamental y sólo en las formas previstas constitucionalmente; Los derechos fundamentales de los presos pueden ser limitados también por una Ley o sobre la base de una Ley, lo cual no obstante no permitiría renunciar a las cláusulas generales”⁵⁸⁰

Este pronunciamiento genera una serie de consecuencias jurídicas. La primera de éstas hace relación a que los derechos fundamentales pueden ser limitados, siempre que se haga mediante una ley. Es decir que debe existir un precepto normativo preexistente para que la limitación de los derechos sea válida constitucionalmente. El otro aporte, y tal vez el de mayor importancia es la imposibilidad de acudir a la categoría de las relaciones especiales de sujeción para justificar el desconocimiento de derechos fundamentales, como se venía realizando, cuando existía alguna falta o conducta que afectará el servicio público.

Al respecto López con acierto indica que “el Tribunal Constitucional Federal rechaza que la simple invocación de la categoría de las relaciones especiales de sujeción pueda servir de argumento justificativo para limitar

⁵⁸⁰ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Op. Cit. 1994. p. 147.

los derechos fundamentales"⁵⁸¹. Esto deja entrever que en la actualidad alemana el concepto de relaciones especiales de sujeción se encuentra limitada a la reserva de la ley y al principio de legalidad, como elementos necesarios para su desarrollo, al punto que algunos autores las han considerado como inexistentes. Sin embargo, en el caso colombiano y español, el concepto aún subsiste y aún con los mismos argumentos de la monarquía constitucional alemana, derogada por la misma jurisprudencia constitucional de dicho país. Para el caso español García indica lo siguiente refiriéndose al significado de las relaciones especiales de sujeción:

“El concepto objeto de estudio nace y se desarrolla en Alemania, como se ha examinado, lo cual ya justificaría su estudio en aquel Derecho. Sin embargo, no solamente se ha hecho así por ser la fuente primera, sino que además el Derecho Español ha importado el concepto, *pero con los límites que tenía en la época clásica*, no tal como se entiende en la actualidad en el Derecho alemán. Esta situación ha planteado no pocas dificultades en la aplicación del concepto y ha dado origen a una jurisprudencia desmesurada que lo ha utilizado como si de una varita mágica se tratara y que, en definitiva, ha creado un déficit de legalidad”⁵⁸²

Estas dualidades, han creado posiciones dentro de la doctrina como pasará a analizarse a continuación.

⁵⁸¹ Ibid.

⁵⁸² GARCÍA MACHO, Ricardo. *Op. cit.* p. 109.

1.3. LA DISCUSIÓN SOBRE LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECCIÓN, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Una de las primeras discusiones que se presenta en la doctrina en relación con las relaciones especiales de sujeción es la ambigüedad que estas tienen en relación con su contenido y sus límites. Al respecto Vasconcelos indica que en el caso español es difícil diferenciar el concepto de relaciones de sujeción general de las relaciones de especial sujeción. Esto en definitiva conlleva a que existan vacíos, que necesariamente deben llenarse desde la interpretación, lo que [...] "incrementa el peligro de abusos interpretativos, poco respetuosos de los derechos fundamentales"⁵⁸³.

Otra de las conclusiones a las que necesariamente llega la doctrina es que la teoría de las relaciones especiales de sujeción genera cierta comodidad para argumentar la facultad disciplinaria, pues su indeterminación es tal que hace innecesaria la existencia de una norma para su aplicación. Con su mera referencia y su justificación desde la teoría expuesta en la Alemania de la monarquía constitucional es suficiente para lograr legitimar acciones disciplinarias o limitaciones de derechos fundamentales de los que se encuentran al servicio del Estado. Al respecto Vasconcelos indica lo siguiente:

"Para decidir los problemas jurisprudenciales no tenemos que esperar la actividad legislativa, si hay carencia de normas legales para solucionar una situación concreta; El legislador puede no estar interesado en

⁵⁸³ VASCONCELOS ALBUQUERQUE, Nuno J. La función pública como relación especial de derecho administrativo. Tesis doctoral, 2003. p. 57. [en línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2Sz82Ry>>

ordenar por normas jurídicas a ciertas materias. La relación de especial sujeción es una teoría de gran comodidad para los jueces, ya que pueden prescindir de grandes argumentaciones jurídicas para, por ejemplo, justificar una restricción de derechos fundamentales. Se trata de una teoría de multiusos. Su utilización es necesario sobre todo en los casos de déficit legislativo"⁵⁸⁴

Los efectos tanto para servidores públicos como para la ciudadanía es la inseguridad jurídica que se deriva de la vaguedad, al punto que pueden estar inmersos en la relación de especial sujeción sin tener conciencia de esto, y con ello pueden ser sujetos disciplinables, sin conocer las respectivas consecuencias jurídicas que se pueden derivar tal calidad. Ahora bien, otro de los puntos que ha suscitado discusión en relación con la validez de las relaciones especiales de sujeción se encuentra en la voluntad que expresa el servidor público o el ciudadano al vincularse a una entidad pública o a la prestación de servicios públicos. López analizando la doctrina alemana y citando a Krüger indica que la sola expresión del consentimiento no es justificación suficiente para acudir a la relación especial de sujeción para garantizar la sanción de conductas que no se encuentran consagradas en las leyes como faltas disciplinables, a saber:

“Junto a esta aportación de Ule, que propicia clasificaciones y distinguos ulteriores, hay que destacar una opinión de Krüger que suscita una línea importante de crítica contra la teoría clásica de las relaciones especiales de sujeción: la que alude a si el consentimiento del ciudadano es elemento bastante para generar una relación especial de poder que

⁵⁸⁴ Ibid. p. 58.

derogue todo o gran parte del régimen de garantías previsto por la Constitución. Krüger entiende que no, porque de admitir tal posibilidad, se estaría admitiendo implícitamente una derogación del precepto constitucional que consagra el origen popular de todo poder"⁵⁸⁵.

En ese mismo sentido lo considera Vasconcelos al señalar que:

[...] “la cláusula de la voluntariedad (*volenti fit no injuria*) no es suficiente para justificar las restricciones de los derechos fundamentales y la existencia de la relación de especial sujeción. El elemento de voluntad no puede apartar o sustituir la reserva de ley”⁵⁸⁶

A ello se le suma la imposibilidad real de procedencia de sanciones disciplinarias con base en las relaciones especiales de sujeción, pues como bien lo indica la nueva doctrina constitucional alemana, el acudir a las relaciones especiales de sujeción no es suficiente sustento para justificar la facultad sancionatoria del Estado. Para el caso colombiano, esta obligatoriedad de sometimiento de las relaciones especiales de sujeción, nace del principio de legalidad inmerso en el artículo 29 constitucional⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Op. Cit. 1994. p. 133.

⁵⁸⁶ VASCONCELOS ALBUQUERQUE, Nuno J. La función pública como relación especial de derecho administrativo. Tesis doctoral, 2003. p. 57. [en línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2Sz82Ry>>

⁵⁸⁷ FORERO SALCEDO, José Rory. Op. cit. 2006. p. 228. “Uno de los pilares básicos del Estado Constitucional acorde con lo normado en el artículo 1º superior, se vislumbra en el principio de legalidad, procesalmente consagrado en el artículo 29 superior en Colombia y en el artículo 9 en la Constitución de España, traducido en que nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa; jurisprudencial y doctrinalmente desarrollado conforme a los postulados *lex escrita*, existencia de la ley, *lex previa*, que la ley sea anterior al hecho sancionado y *lex certa*, que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado; Es por tal razón que el legislador disciplinario de 2002 en Colombia, estipuló que el servidor público y el particular en los casos previstos, sólo serán investigados y sancionados disciplinariamente por comportamientos que estén descritos como falta en la ley vigente al momento de su realización”

Así mismo sucede en el caso alemán, donde el principio de legalidad y los derechos fundamentales son en la actualidad las principales limitantes del uso de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción. Al respecto Brage indica lo siguiente en relación con la finalidad de la Ley Fundamental:

“Es sabido que la Constitución regula de manera expresa ciertos límites a determinados derechos fundamentales con respecto a personas que se encuentran en una relación de sujeción especial [...] pero ello es la excepción y no la regla, por lo que ha de ser necesariamente el intérprete de la Constitución, y también el legislador como intérprete primero y el TC como intérprete supremo y último, el que, en una interpretación de conjunto del texto constitucional, precise las limitaciones específicas que puede experimentar el ciudadano inserto en una relación de sujeción especial”⁵⁸⁸

Esta misma postura ha sido adoptada en la doctrina colombiana, donde con claridad se indica que los derechos fundamentales son el límite que tienen las entidades públicas para ejercer sus facultades dentro de las que se encuentra la potestad sancionatoria. Al respecto Martínez con acierto indica que en un Estado Social y Constitucional de Derecho como Colombia, donde existe una división y distribución del poder público en tres ramas, los derechos fundamentales son una categoría jurídica suprema, que solo puede verse modulada o limitada por el legislador o por la tensión que pueda presentarse en relación con otro derecho fundamental de igual

⁵⁸⁸ BRAGE Joaquín, limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción. 2012. Op. cit. p. 8.

entidad⁵⁸⁹. De tal suerte, no pueden ser modulados bajo la teoría de las relaciones especiales de sujeción, aunque la Corte Constitucional haga uso de éstas como derrotero para la imposición de sanciones disciplinarias.

Ahora bien, en el tema de la calificación de las relaciones especiales de sujeción, sin tener en cuenta el principio de reserva de la ley, desvirtúa los principios fundantes del Estado Social de Derecho. Con ello no se quiere decir que la figura de las relaciones de sujeción especial es completamente inoperante. Al punto que se quiere llegar es que al no tener la categoría de normas jurídicas, necesariamente deben ser objeto de desarrollo legislativo, por lo menos en relación con su alcance, determinación, operancia, entre otros, y por supuesto estar sujetas al control judicial como forma de protección de los derechos fundamentales y del principio de legalidad⁵⁹⁰.

Otro de los puntos de discusión, señalados en la doctrina es la indeterminación de sobre que funcionarios y sobre que particulares operan la limitación de derechos fundamentales en virtud de las relaciones especiales de sujeción. Se presume que en principio operan sobre los servidores públicos y aquellos particulares que por desempeñar funciones públicas tienen la calidad de sujetos disciplinables. Sin embargo, se

⁵⁸⁹ MARTÍNEZ GELVES, Liz Madeleine. Op. cit. p. 13."

⁵⁹⁰ JALVO, Belén Marina, 2006. Op. Cit. p. 78. "Las consecuencias de la calificación de una relación como relación de sujeción especial no son desdeñables; Para empezar, en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, la reserva de la ley queda desvirtuada; Esta exigencia solamente es efectiva en las relaciones externas de la Administración, en la medida en que pueden resultar afectados los derechos de libertad y propiedad de los ciudadanos; Por el contrario, quienes pasan a integrarse en la organización administrativa, lo hacen de forma voluntaria, conociendo de antemano las condiciones que en ella imperan; ese consentimiento implícito exime de la necesidad de acudir a la ley para limitar sus derechos. Es más, las reglas dictadas para la ordenación de la esfera interna de la Administración ni siquiera tienen la consideración de normas jurídicas, por lo que no son susceptibles de control judicial"

considera que, en atención al principio de legalidad, este elemento debe ser conciso cuando se hable de relaciones de sujeción especial. En ese mismo sentido lo considera Jalvo al señalar lo siguiente:

“En cualquier caso, retomando el tema del personal al servicio de la Administración, no deja de ser polémico que, al contrario de lo que ocurre con los funcionarios, los contratados no se encuentren inmersos en una relación especial de sujeción; Supone un agravio comparativo establecer tan significativa diferencia, precisamente cuando el personal laboral representa un importante núcleo del total de los recursos humanos de la Administración; Si la esencia última de la relación de sujeción especial reposa en la exigencia de la operatividad de la organización administrativa no se comprende por qué aspectos tan importantes a tal fin como el régimen disciplinario o la limitación de determinados derechos fundamentales han de ser distintos para cada uno de los colectivos – funcionarios y laborales”⁵⁹¹

A partir de la nueva doctrina alemana de sujeción de la facultad disciplinaria a la reserva de la ley, se hace aún más clara la determinación de las relaciones de sujeción especial en el caso colombiano. El principal sustento de ello, es la existencia de un orden constitucional y democrático que propugna por el respeto de los derechos fundamentales. Como bien lo indica Jalvo las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad en materia disciplinaria, son precisamente las garantías que tienen tanto

⁵⁹¹ Ibid. p. 77.

ciudadanos como servidores de la limitación constitucional de sus derechos, y la ausencia de cualquier forma de arbitrariedad del Estado⁵⁹².

Como bien lo señala Fernández, no es posible seguir considerando la facultad disciplinaria del Estado como completamente autónoma, con base en la teoría de las relaciones especiales de sujeción⁵⁹³. Si bien es cierto la Administración conserva un espectro de reglamentación de prohibiciones y funciones, esto solo podrá hacerse en el marco de una ley previa, de tal suerte que no podrán interpretarse casos particulares bajo el supuesto de las relaciones especiales de sujeción como lo realiza actualmente la jurisprudencia constitucional en el caso español y colombiana.

En ese sentido no puede acudirse a una categoría ya revaluada como lo son las relaciones especiales de sujeción, para evitar la impunidad de determinadas conductas de los servidores públicos, limitando sus derechos, obviando el principio de legalidad, creando conductas transgrediendo el principio de reserva de la ley, bajo esta figura. Al respecto Jalvo señala:

⁵⁹² Ibid. p. 79. "Por un lado, sin duda, las exigencias de legalidad y tipicidad en materia sancionadora se han visto fuertemente condicionadas por la doctrina de las relaciones de sujeción especial; El principio de legalidad, que exige la cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, constituye un límite para aquella y un derecho fundamental para los ciudadanos; Este derecho fundamental incorpora la regla *nullu crimen nulla poena sine lege*, extendiéndola incluso al ordenamiento sancionador administrativo, y comprende una doble garantía. La primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y las sanciones correspondientes"

⁵⁹³ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en Bancos, Cajas de Ahorro y otras entidades. En: RAP. (100 -102). 1983. p. 35.

“El no entenderlo así, ha llevado a nuestros Tribunales a imponer a ultranza excepciones a la reserva de la ley en el régimen disciplinario. Todo ello, sin exponer con detalles las razones determinantes de tales excepciones, creando no pocas paradojas para, en la mayoría de los casos, evitar la impunidad de determinadas conductas”⁵⁹⁴

En conclusión, se considera que en Colombia y en el caso español, la teoría de las relaciones especiales de sujeción debe acoger el criterio desarrollado por Alemania desde el año 1972, en relación con la procedencia de esta figura, siempre que se encuentre determinada por el legislador, para no crear sombras o dudas que permitan una interpretación arbitraria de la Administración o en el control judicial.

⁵⁹⁴ JALVO, Belén Marina, 2006. Op. cit. p. 82.

CONCLUSIONES

Las relaciones especiales de sujeción son aquellos vínculos que se presentan entre una persona y el Estado. Antiguamente en las monarquías estas relaciones de sujeción implicaban una dependencia total de la persona con el Estado. Esta categoría aún existe en la actualidad, con algunas modificaciones o modulaciones. Estas se presentan particularmente en los servidores públicos, los miembros de las Fuerzas Armadas y la Fuerza Policial, los reclusos entre otros que tienen como elemento común el sometimiento que tienen en relación al cumplimiento de sus funciones, y a la restricción de algunos de sus derechos fundamentales.

La finalidad que tienen las relaciones especiales de sujeción, es la de fungir como elemento dogmático que materializa la facultad sancionatoria del Estado. Así mismo las relaciones especiales de sujeción determinan las conductas que pueden realizar los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas. Estas se cimientan en la limitación de derechos fundamentales, bien sea porque ejercen funciones públicas o porque alguna institución judicial ha impuesto algún tipo de limitación.

El nacimiento de este tipo de relaciones en el caso de los servidores públicos surge con la vinculación al servicio público. Por ello este tipo de relaciones nacen desde el Derecho Administrativo, y la facultad que tiene el ejecutivo de disponer la forma en la que debe prestarse el servicio público. De acuerdo a lo anterior, cuando la persona se vincula al servicio público, adquiere algunos derechos y se limitan otros (como sucede en el caso del servicio militar). Esta limitación de derechos fundamentales es modulada y

comprende a una finalidad de garantía de ejecución correcta del servicio público, que, en todo caso, no puede ser total o arbitraria.

Por lo general estas limitaciones se traduce en la fijación de prohibiciones que son incompatibles con la función pública, que se traducen en obligaciones de hacer o no hacer. En la actualidad las relaciones especiales de sujeción han encontrado en otras categorías grandes retos para su materialización, pues ya no se derivan solamente del servicio público, sino que se han extendido a otras calidades y categorías, que implican control del Estado por desempeñar funciones que han sido catalogadas como conexas a los fines del Estado.

Las especiales connotaciones de las relaciones especiales de sujeción, hacen que sus especificidades deban ser particulares y limitadas en cada Estado, principalmente porque se refiere a elementos y preceptos constitucionales característicos de cada ordenamiento jurídico. El alcance de las mismas es lo que no se encuentra aún claro en ningún ordenamiento, es decir se hace alusión a la existencia de las mismas, pero no existe una clara delimitación desde la norma o la Constitución de su contenido.

El surgimiento de esta teoría nace en la doctrina constitucional alemana, como punto de partida del Derecho Disciplinario. Como se indicó a lo largo del documento, el elemento dogmático de la facultad sancionatoria descansa en las relaciones especiales de sujeción. Ahora bien, la existencia de este tipo de relaciones, implica la existencia de dos personas desiguales que tienen intereses comunes que, para el caso concreto de esta investigación, comprende al servidor público y al Estado.

Esta categoría jurídica, fue caracterizada por las especiales condiciones que tenía el Estado constitucional alemán, en donde el monarca conservaba muchos de sus poderes de corte absolutista. La particularidad del Estado alemán que vio nacer las relaciones especiales de sujeción, donde se mantenían aun las limitaciones de los derechos fundamentales que incluso se extienden hasta después de la promulgación de la Ley de Bonn, vio su principal elemento modulador en el surgimiento de los derechos fundamentales, y el Estado de Derecho que obligaba a la Administración a desarrollar sus actividades, con sujeción a lo señalado en la ley y como límite principal el respeto de derechos fundamentales.

Para el caso colombiano, la existencia de este tipo de relaciones especiales de sujeción, se derivan de los preceptos constitucionales señalados en el artículo 6º y 209, entre otros de la Carta Magna. Así las cosas, las relaciones especiales de sujeción se concretan de manera distinta en cada caso particular, y sus consecuencias jurídicas son diversas.

En el Derecho Español, existe casi que una total indeterminación de las relaciones especiales de sujeción en la norma y en especial en la Constitución. No existe referencia a la existencia de las mismas. Existe algunos indicios de su existencia en el texto constitucional, pero la indeterminación de ello, ha contribuido a que su desarrollo sea netamente jurisprudencial y doctrinal. En ese sentido, la Constitución Política de España solo hace menciones aisladas de estas relaciones especiales de sujeción, sin que exista un mayor desarrollo normativo de las mismas.

Así mismo en el caso alemán y en la formación de la teoría, la principal característica que tenían las relaciones especiales de sujeción en el caso

alemán era la imposibilidad real de garantizar derechos fundamentales a los súbditos o servidores de la corona, principalmente porque la organización del Estado y la gestión pública escapaba de la competencia del Parlamento y por ende no se encuentra sujeta a ningún tipo de control jurisdiccional. Ello implicaba una potestad de configuración de este tipo de relaciones en el poder monárquico que hacía casi que imposible determinar cuándo se estaba ante una relación de sujeción total, cuando existía una relación de sujeción general, etc.

Este vacío normativo fue llenado en el caso español, alemán y colombiano por la jurisprudencia. En el caso colombiano, el mayor desarrollo de las relaciones especiales de sujeción se ha presentado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional que viene fijando de manera somera y superficial dicho concepto en el servicio público desde el año 1993. El punto en común que indica la jurisprudencia constitucional colombiana, es que las relaciones especiales de sujeción en el caso de los servidores públicos nacen de su vinculación al servicio público, y que, en razón a ello, se habilita la competencia para ejercer sobre el ciudadano la facultad disciplinaria.

Otro de los puntos que indica el alto tribunal nacional es que las relaciones especiales de sujeción son producto de las cargas adicionales o especiales que deben sufrir los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas. Por su parte, la jurisprudencia constitucional española, creo una indeterminación casi que total de las relaciones especiales de sujeción. Como bien lo indica en varios de sus pronunciamientos, esta categoría jurídica al no tener ninguna referencia constitucional es un elemento indeterminado que opera en las relaciones reglamentarias y particulares que tiene el Estado en el marco de la función pública. Sin

embargo, no determina el alcance e incluso la definición actual de las relaciones especiales de sujeción.

En el caso alemán, la jurisprudencia ha sido escasa y se remite a la sentencia del 14 de marzo de 1972. Sin embargo, esta jurisprudencia fue suficiente para dejar en claro que la categoría de las relaciones especiales de sujeción, debía ser modulada de acuerdo con los nuevos parámetros que establecía el modelo de Estado Social de Derecho. Esta sentencia revaluó la validez de las relaciones especiales de sujeción en el paso del Estado monárquico constitucional al Estado Social y Democrático de Derecho de la Ley Fundamental.

Esta jurisprudencia señaló que si bien es cierto las relaciones especiales de sujeción se mantienen en el servicio público, su carácter de fundamento dogmático de la facultad sancionatoria, se debe ajustar a principios constitucionales como la reserva de la ley, la legalidad y sobre todo a los derechos fundamentales. De tal suerte que la Administración ni la jurisdicción podrán acudir a la clásica teoría de las relaciones especiales de sujeción para la imposición de sanciones, so pretexto de no dejar impunes conductas que "en teoría" atentan contra la función pública.

A partir de la sentencia del 14 de marzo de 1972 proferida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, se deja en claro que la categoría de las relaciones especiales de sujeción, debe ser modulada de acuerdo con los parámetros que establece el modelo de Estado Social de Derecho, esto es, que si bien las relaciones especiales de sujeción se mantienen en el servicio público, su carácter de fundamento dogmático de la facultad sancionatoria, se debe ajustar a principios constitucionales como la reserva

de la ley, la legalidad y sobre todo a los derechos fundamentales. Para el caso colombiano, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional las relaciones especiales de sujeción como institución requieren de un control que necesariamente debe ser realizado por el derecho disciplinario, como modalidad del derecho sancionador, el cual está orientado por los principios del estado social y democrático de derecho, es decir que esta constitucionalizado, y se ciñe a los principios de reserva de ley, legalidad y a los derechos fundamentales.

Esta nueva concepción de las relaciones especiales de sujeción alemana, se encuentra acorde con los postulados de un Estado democrático. Para el caso colombiano, conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional las relaciones especiales de sujeción como institución requieren de un control que necesariamente debe ser realizado por el derecho disciplinario, como modalidad del derecho sancionador, el cual está orientado por los principios del estado social y democrático de derecho, es decir que esta constitucionalizado, y se ciñe a los principios de reserva de ley, legalidad y a los derechos fundamentales.

Finalmente ha sido la doctrina nacional y foránea la que ha dejado en claro el grado de incertidumbre que existe en la actualidad con las relaciones especiales de sujeción, sobre todo el de sus límites. En conclusión, se requiere que el legislador o el constituyente se pronuncien sobre esta figura, para fijar sus límites.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANIA. Consejo Parlamentario Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (23, mayo, 1949). Por la cual los alemanes han consumado en libre autodeterminación la unidad y la libertad de Alemania (Consultado 10 de mayo de 2018) disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín. Los límites a los derechos fundamentales. Madrid: Dykinson, 2004. ISBN: ISBN: 849772514X.
- BRAGE Joaquín, limitaciones específicas a los derechos fundamentales en las relaciones de especial sujeción. En: Panóptico. Observatorio Penitenciario. 2012. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2GswC1g>>
- CAMARA VILLAR, Gregorio. Relaciones de sujeción especial y derechos fundamentales. En: Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos. Barcelona: CEDECS, 2001.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. SALA PLENA. Sentencia C-708 (22 de septiembre de 1999. [M. P. Álvaro Tafur Galvis]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-244 (30 de mayo de 1996) [M.P. Carlos Gaviria Díaz]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-280 (25 de junio de 1996) [M.P. Alejandro Martínez Caballero]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-341 (25 de junio de 1996) [M. P. Antonio Barrera Carbonell]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-417 (4 de octubre, 1993). [M.P. José Gregorio Hernández Galindo]
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-769. (10 de diciembre de 1998). [M.P. Antonio Barrera Carbonell]

- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-819. (4 de octubre de 2006). [M.P. Jaime Córdoba Triviño]
- COTINO HUESO, Lorenzo. Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. En: Revista del poder judicial. 1999. p. 291-324
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. Principio de legalidad y normativa sobre medidas de seguridad y vigilancia en Bancos, Cajas de Ahorro y otras entidades. En: RAP. (100 -102). 1983. p. 35.
- FORERO SALCEDO, José Rory. Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales: análisis derivado de la óptica de un derecho disciplinario autónomo. En: Revista Diálogo de Saberes. Número 25. 2006. p. 211-238.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la administración. En: Revista de la Administración Pública. (34). 1961.
- GARCÍA CORONEL, Gloria Inés y ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando. Las relaciones especiales de sujeción: la fuerza pública a partir de la Constitución Política de Colombia de 1991. 2010 p.44 [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2XZsh0y>>
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Ed. Civitas, 1997. 8ª Ed.
- GARCÍA MACHO, Ricardo. Las relaciones de especial sujeción en la Constitución Española. Madrid: Tecnos, 1992. ISBN: 9788430921607
- GIL GARCÍA, Luz Marina; GARCÍA CORONADO, Gloria; ESTEBAN GARCÍA, Raúl Hernando Relaciones Especiales de Sujeción. Aproximación Histórica Al Concepto Prolegómenos. En: Derechos y Valores, vol. XII, núm. 23, enero-junio, 2009. p. 177-192

- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho Disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. ISBN: 9789587727173. 6ª ed.
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9789587101256
- GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo; REYES CUARTAS, José Fernando. Estudios de Derecho Disciplinario. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004. ISBN: 9589729770.
- JALVO, Belén Marina. Derecho disciplinario y potestad sancionadora de la Administración. Editorial Lex Nova. Valladolid. 2006. ISBN: 848406719. p. 72.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. Las relaciones de sujeción especial. Madrid: Civitas, 1994. ISBN: 9788447003532.
- LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano. Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción. Madrid: Civitas, 1994. ISBN: 9788447004157.
- LÓPEZ OLIVA, José O. La Constitución de Weimar y los derechos sociales. La influencia en el contexto constitucional y legal colombiano a la luz de los derechos sociales asistenciales a la seguridad social en salud. En: Revista Prolegómenos – Derechos y Valores. Volumen XII. (26). 2010.
- LÓPEZ, Ramón. Acerca de las especiales relaciones de sujeción a que está sometido el recluso. En: Revista Española de Derecho Administrativo. (14). 1977.
- MARTÍNEZ GELVES, Liz Madeleine. Transformación de las relaciones especiales de sujeción: de la subordinación laboral a la relación funcional, Tesis especialización, 2015, [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/32MOOfO>>

- MARTÍNEZ GELVES, Liz Madeleine. Transformación de las relaciones especiales de sujeción: la subordinación laboral a la relación funcional. 2015. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2Y62m7m>>
- MAYER, Otto. Derecho administrativo alemán. Buenos Aires: Depalma, 1982. Volumen I. ISBN: 9789501400229.
- NOGUERA DUQUE, Edwin Alberto y MONÁ GALVIS, Juan Camilo. Alcances y limitaciones de la relación especial de sujeción de los servidores públicos en Colombia frente al derecho disciplinario. 2018. p. 4. [En línea] Disponible en: < <http://bit.ly/32P0Fd8> >
- PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. La encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción. En: Revista de Administración Pública. (178). 2009.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1988. ISBN: 8485942671
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 120 (27 de junio de 1990). [M.P. don Francisco Tomás y Valiente]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 132 (8 de junio de 2001). [M.P. Don Pedro Cruz Villalón]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 386 (23 de diciembre de 1993). [M.P. don Miguel Rodríguez-Piñero]
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA. Sentencia 52 (17 de marzo de 2003). [M.P. don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera]
- TRIBUNAL SUPREMO DE ESPAÑA. Sentencia STS rec.5167/1998 (29 de septiembre de 2003). [M.P. Mariano Baena De Alcázar].
- VASCONCELOS ALBUQUERQUE, Nuno J. La función pública como relación especial de derecho administrativo. Tesis doctoral. p. 57. [en línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2Sz82Ry>>

TITULO XI
LOS INDÍGENAS COMO SUJETOS DISCIPLINABLES HACIA: LA
CONSOLIDACIÓN DE UNA RELACIÓN ESPECIAL DE SUJECIÓN

Por: Carleli Carreño Infante⁵⁹⁵

INTRODUCCIÓN

En Latinoamérica, los grupos indígenas se han caracterizado por ser comunidades e individuos que, a lo largo de la historia, han demostrado tener conciencia de su identidad, buscar preservar sus usos, costumbres y valores ancestrales, como también consolidar su sistema de gobierno y el derecho a administrarse bajo sus propias normas.

Por ello, se pretende hacer una investigación socio jurídica, en la que se analice el contexto normativo, jurisprudencial y doctrinal en México, Ecuador, Bolivia y Colombia y se aborden los hechos que a través de la historia y de manera puntual permitieron, que las comunidades indígenas lograran con sus luchas constantes y de resistencia la consolidación del reconocimiento de sus derechos que se ven materializados y protegidos en los preceptos constitucionales y algunas disposiciones legales.

Abordar los antecedentes históricos de la Población Indígena, permite tener un referente de cómo se organizan las comunidades indígenas para lograr un desarrollo normativo, que les permita estructurar procesos orientados

⁵⁹⁵ Abogada egresada de la Universidad Libre, especialista en derecho Administrativo y Ambiental de la Universidad del Rosario.

bajo los principios de autonomía, multiculturalidad, pluralidad y libertad entre otros.

A pesar de que el derecho a la autonomía de los pueblos indígenas fue elevado a rango constitucional en casi todos los países, en el caso particular de Colombia, a partir de la Carta Política de 1991, su antecedente data del siglo antepasado, cuando se profiere la Ley 89 de 1890, por medio de la cual se establecen las reglas de la forma como debían ser gobernados estos grupos étnicos; esta norma legal conserva plena vigencia hoy y se constituye como un eje fundamental del fuero indígena, herramienta necesaria para consolidar el ejercicio de este derecho fundamental⁵⁹⁶.

Ahora bien, para abordar los procesos relacionados con la población indígena en México, Ecuador, Bolivia y Colombia, se requiere analizar y comprender la condición de ser indígena en los países Latinoamericanos ya mencionados, hasta lograr una contextualización de la forma como los pueblos indígenas han logrado estructurar y consolidar procesos legislativos al interior de sus comunidades, como también asimilar desde su cosmovisión la legislación positiva de la cultura occidental, en la cual se ven inmersos cuando están fuera de sus territorios.

Es importante que se visualice de qué forma se han venido consolidando las relaciones especiales de sujeción, cómo se empezaron a construir los procesos de reconocimiento constitucional-legal, que permitieron a los pueblos, comunidades y nacionalidades ir afianzando un proceso de inmersión a la cultura occidental, con todos los matices que pueden darse

⁵⁹⁶ LA DIVERSIDAD ÉTNICA EN COLOMBIA, ALCANCES Y DESARROLLO. Procuraduría General de la Nación. 1 Ed. Bogotá, 2002.

al encontrarse en una nueva cultura. Determinar si con los avances legislativos alcanzados se pueden estructurar procesos al interior de las comunidades, e ir consolidando instrumentos normativos en la jurisdicción ordinaria que garantice el respeto de los pueblos indígenas hacia la Constitución y leyes de la cultura occidental, como también garantizar el respeto a la diversidad étnica y cultural por parte del Estado y los asociados de estos Estados, en el evento de establecer relaciones especiales de sujeción mutuas.

Es imperativo que los movimientos indígenas a América Latina, han enfrentado a largo plazo, los procesos de descolonización, razón por la que estos movimientos han buscado de forma permanente reconstruir sus instituciones jurídicas, el reconocimiento de la comunidad internacional, como también la aceptación dentro del sistema constitucional de sus Estados⁵⁹⁷.

Autores como Wash, expone que los Estados asumen un riesgo con el reconocimiento del pluralismo jurídico, toda vez que, nace una nueva forma de garantizar principios legitimadores y de otra parte que, con el pluralismo se construyan relaciones de subordinación, dominación y domesticación, en las que se incorpore el derecho indígena como una parte de interculturalidad funcional del Estado, con marcada diferencia entre estos sistemas.

⁵⁹⁷ VAN COTT, Donna Lee. Multicultural Constitutionalism: A comparative analysis. En: The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 2000.

1. DESARROLLO NORMATIVO

1.1. ESTADO FEDERAL DE MEXICO

Los primeros antecedentes en la legislación de México, estuvieron orientados hacia la protección de los derechos de los pueblos indígenas, dando inicio en 1824, cuando se suscribe el Acta Constitucional de la República Mexicana, en la que se faculta al Congreso de la Unión, para arreglar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes estados de la federación y tribus de indios, disposición que se reitera en el artículo 49, fracción XI de la Constitución Federal de México como país independiente⁵⁹⁸.

Posteriormente, como consecuencia de las luchas de los partidos políticos, se reforma constantemente la Constitución, la cual era de corte eminentemente liberal, republicano y federal, con la reforma de 1835, se suprimen los principales postulados, dentro de ellos el federalismo, adoptando en su lugar un régimen centralista, que era sostenido por el partido conservador; junto con los principios federalistas se dejó atrás la referencia a los indígenas, aunque no se dio su exclusión⁵⁹⁹.

De ella se destaca que en apartes de su texto se dejan referencias de la pérdida de ciudadanía y derechos políticos por escasos de fortuna, no saber leer ni escribir, ni tener determinado grado de educación escolar,

⁵⁹⁸ SAYED HELÚ, Jorge. El nacimiento de la República federal mexicana. México: SepSetentas, 1974.

⁵⁹⁹ Ibid. p.122.

características en las que se encontraban los pueblos indígenas en particular.

Es así como a mediados de siglo se discute la Constitución Federal de México de 1857, en atención a que los indígenas se habían convertido en un problema para la Nación, puesto que estos se encontraban en estado de mendicidad, muchos de ellos descendientes de dueños de ricas comarcas y quienes ahora solo tenían infinita pobreza y sus recuerdos.

Posteriormente hacia 1992, el Estado referenció a los pueblos indígenas como suyos y se promulga:

“La Ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos, costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo acceso a la Jurisdicción del Estado. En los juicios y procedimientos agrarios en los que sean parte se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la Ley”⁶⁰⁰ es así como las siguientes reformas constitucionales, hasta el año 1992, se enfocarían hacia la garantía constitucional de la propiedad de los indígenas.

Entonces, se resalta que la apertura del Estado Mexicano para reconocer los derechos de los indígenas se da hacia 1990, fecha desde la que, empezaron a tener sentido conceptos como: Pueblo indígena, autonomía, derecho al territorio y recursos naturales en ellos existentes.

⁶⁰⁰ INALI. Legislación y Derechos Indígenas en México. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2yd8Ulc>> p.36.

En la actualidad estas son las disposiciones que hacen parte de la legislación mexicana que protege a los pueblos indígenas:

Estado Federal.

- 1) Ley de la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas.
- 2) Ley de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas.
- 3) Ley Orgánica del Ministerio Público
- 4) Ley de Servicio Plurinacional de Defensa Pública.

Instrumentos Internacionales.

- 1) Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- 2) Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.
- 3) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- 4) Convenio 169 de la OIT.

A nivel estatal se promulgaron leyes de protección de derechos culturales, lingüísticos y de diversidad étnica, justicia indígena, interculturalidad, como también de organización de los pueblos

En México, todo el sistema normativo respecto de los derechos de los pueblos indígenas, contienen elementos en los que se describen las obligaciones y deberes que pueden ser aplicadas por las autoridades que están constituidas de forma legítima, fundamentadas en procedimientos particulares. Se constituyeron referentes de lo justo, injusto, permitido y

prohibido, en las que se vigila y sanciona los comportamientos bajo procedimientos particulares que permiten solucionar las controversias que se susciten entre las partes.

Por ello se erige en el derecho, la forma como han de organizarse socialmente los pueblos, por lo que habrá de subordinarse el hombre a un medio social a fin de buscar que se le reconozcan y garanticen sus derechos como pueblos que encuentran diferencias en las condiciones y características propias de cada pueblo, pero, con una vida en común que requiere el goce pleno de unas garantías fundamentales que les permitan desarrollarse conservando sus usos y costumbres⁶⁰¹. Se institucionaliza una democracia de responsabilidades en la que todos los servidores públicos están sujetos a la ley, teniendo como función servir. Con la reforma de 1982, a la Constitución en su capítulo 4, artículos 108 a 118, se erige a un servidor público que sirve a los ciudadanos y que tiende a satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

Al respecto, María Teresa Sierra, manifiesta que las reformas legales expedidas en materia indígena apuntaron en principio a potenciar una justicia indígena y a potencializarla ante el Estado y sus Instituciones, con lo que se están abriendo espacios para definir otros nuevos en el derecho indígena, sus alcances y potencialidades definirán el nuevo lenguaje con los derechos provenientes de la legislación nacional e internacional⁶⁰².

⁶⁰¹ EDOMEX. Exposición de motivos Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México. 2002. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2LDshN2>>

⁶⁰² CORTE IDH. Derecho a la Justicia en México: Perspectiva desde la interlegalidad. María Teresa Sierra. 2005 [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2XZNBmu>>

1.2. ECUADOR

La democracia en Ecuador se restablece hacia 1979, después de largos años de dictadura militar, en la que se elimina el alfabetismo como una condición de ciudadanía y se reconocen las lenguas aborígenes, además, se dan negociaciones entre el Estado y las comunidades indígenas, quienes habían participado de forma activa en las reformas del Estado; participación que se ha efectuado mediante alianzas y mecanismos de negociación⁶⁰³.

Aunado a lo anterior, en América Latina hubo una transformación estructural en la legislación, la cual estuvo direccionada hacia la modernización del estado, en temas como la biodiversidad, propiedad intelectual, descentralización y participación ciudadana, como una forma de transformar el marco jurídico.

Las comunidades indígenas han participado de forma activa en las reformas estructurales a la Constitución a fin de lograr que se garanticen y reglamenten los derechos de los indígenas⁶⁰⁴. Esa participación activa, los llevó a promover la *“Marcha para la Autonomía y la Plurinacionalidad”* marcha que conlleva a que se instale La Asamblea Constitucional Popular, como una alternativa en la que, reunidas múltiples organizaciones, después de una semana de trabajo logran consolidar una propuesta para promulgar una nueva constitución⁶⁰⁵.

⁶⁰³ CUJABANTE VILLAMIL, Ximena Andrea. Los Pueblos Indígenas en el Marco del Constitucionalismo Latinoamericano. En: Revista análisis internacional. 5(1), 22. 2014. p. 1

⁶⁰⁴ Ibid. p.11

⁶⁰⁵ Ibid. p.12

Se garantizaron derechos colectivos como la preservación y desarrollo de la identidad, cultura, tradiciones y prácticas médicas, como también la administración y planeación e implementación de cualquier proyecto en sus territorios.

Las provincias ecuatorianas con mayor población indígena son: Chimborazo con 174.211, Pichincha con 137.554, Imbabura con 102.640, Cotopaxi con 90.437, y Morona Santiago con 71.538; mientras que en otras provincias, los indígenas son el porcentaje de población más numeroso, como en: Napo (56,8%) y Morona Santiago (48,4%) donde son la población mayoritaria⁶⁰⁶.

Grupos étnicos como los caranquis, tomabelas y cayambis han logrado mejorar sus condiciones de vida, y se han adaptado fácilmente a la cultura del comercio y la globalización; a pesar de los esfuerzos realizados por diferentes organismos gubernamentales y no-gubernamentales en pro del reconocimiento legal de la cultura y de la calidad de vida de los pueblos originarios del Ecuador, existen aún, otros grupos indígenas con un alto grado de marginación, discriminación, desnutrición y pobreza extrema que los está llevando a la extinción de su cultura.

En Ecuador se ha venido desarrollando una legislación específica en garantía de los derechos de los pueblos indígenas, a saber:

⁶⁰⁶ Ministerio de Coordinación de Desarrollo Social del Ecuador. p. 1

1.2.1. Esquema Constitucional

La Constitución se promulga el 10 de agosto de 1998, y posterior reforma en 2008, en ella se establecieron los preceptos del Convenio 169 de la OIT, como un Estado Social de Derecho, unitario, pluricultural y multiétnico, en la que se establecen 3 grupos de derechos a saber:

- 1) Derechos Indígenas Culturales.
- 2) Derechos Indígenas Territoriales.
- 3) Derechos Indígenas de Autogestión.

Legislación Específica

- 1) Decreto supremo No. 23 del 7 de diciembre de 1937.
- 2) Ley No.74 PCL.R O64, del 15 de abril de 1983 – Ley Forestal de Conservación de Áreas Naturales y de la Vida Silvestre.

Con el reconocimiento de una nación pluricultural y multiétnica, se debe analizar la importancia de ese reconocimiento formal y cuáles son las consecuencias no solo del reconocimiento, también de la inclusión de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas en la estructura legal de la cultura occidental, sin que haya una transformación de la estructura socio cultural indígena.

Con la inclusión en la estructura legal del Estado se empiezan a gestar las primeras relaciones positivas jurídicas, entre los pueblos indígenas y el Estado, se da la oportunidad para emprender un diálogo teórico desde la *interculturalidad*; la construcción de nuevos marcos conceptuales,

analíticos, teóricos, en los cuales se vayan generando nuevos conceptos, nuevas categorías, nuevas nociones, bajo el marco de la *interculturalidad* y la comprensión de la alteridad (ICCI 2000, 6-7)⁶⁰⁷.

De otra parte, con la reforma constitucional de 2008, se reconoce a todos los ecuatorianos como ciudadanos un vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a algunas de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Estado plurinacional, que reconoce y garantiza los derechos consagrados en esta constitución⁶⁰⁸. También estableció en su capítulo cuarto, una serie de garantías y derechos entre ellos, la preservación de su cultura, no ser discriminados, propiedad y posesión de tierras ancestrales, ejercicio de la autoridad, ser elegidos, funciones jurisdiccionales y otros y se estableció un catálogo de responsabilidades para todos los ciudadanos ecuatorianos sin distinción.

De la misma manera, en el Estado ecuatoriano el orden jurídico de la Nación está fundamentado en la existencia de una ciudadanía única, circunstancia que pone en igualdad a todos los ciudadanos, desaparecen los fueros y barreras que discriminen por lo que se advierte que, hay un solo sistema jurídico establecido en la Constitución, sin embargo, hay varias practicas jurídicas en atención a las culturas existentes en la Nación. Es un imperativo que todos los ciudadanos están sometidos al sistema jurídico, en el que se reconoce la diversidad étnica, pero se conserva la igualdad ante la ley⁶⁰⁹.

⁶⁰⁷ SALGADO, Judith. Justicia Indígena: Aportes para un Debate. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar: Abya-Yala, 2002. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2JPYRt8>>

⁶⁰⁸ ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE ECUADOR. Constitución Política del Ecuador. (20 de octubre de 2008) Capitulo Segundo. Ciudadanas y Ciudadanos, Artículo 6, 83, 171.

⁶⁰⁹ AYALA MORA, Enrique. El Derecho Ecuatoriano y el Aporte Indígena. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2K8RcFk>> p. 107.

Aunado a lo anterior, la Constitución de la República de Ecuador define en su artículo 229 a las servidoras y servidores públicos como todas aquellas personas que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten sus servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público.

A su vez, la ley integra a toda la administración pública, en su numeral 1, a todos los organismos y dependencias de las ramas del poder público, como también la justicia indígena. Así mismo se establece dentro del capítulo 4 de esta norma, el régimen disciplinario aplicable a las servidoras y servidores públicos, quienes pueden incurrir en responsabilidad administrativa por incumplir sus obligaciones o contravenir las disposiciones de esta ley, reglamentos, leyes y normatividad conexas. Responsabilidad que es sancionada disciplinariamente, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar con ocasión del mismo hecho⁶¹⁰.

Visto el contenido de esta disposición y en concordancia con los preceptos constitucionales y demás normas inherentes, se puede afirmar que en el Estado de Ecuador, los indígenas son sujetos disciplinables por cuanto la constitución y las leyes no hacen una distinción especial de la condición de ser miembro de un pueblo, nacionalidad o comunidad indígena para desempeñar cargos públicos, por el contrario establece una ciudadanía general en igualdad de condiciones constitucionales y legales para todos los ciudadanos que habitan en la Nación.

⁶¹⁰ Constitución Política del Ecuador, 2008. Op. cit.

1.3. BOLIVIA

En Bolivia, el reconocimiento de los pueblos indígenas estuvo fundamentado en 3 momentos: El primero corresponde al periodo de 1825, periodo en el que se instaura una democracia liberal, que fue instituida para unos pocos, dentro de la cual los indios como eran llamados no pudieron ejercer sus derechos básicos de ciudadanía hasta mediados del siglo XX. El segundo momento estuvo fundado en la concepción del Estado- Nación dentro del cual se promovieron alianzas de clases, cultura nacional mestiza, la integración y la castellanización masiva de los indios, a quienes se les da el nombre de campesinos.

El tercer momento, estuvo fundamentado en los sueños de los pueblos indígenas por construir un Estado distinto del concepto de Estado-Nación, que fundamentalmente escuchara y reconociera a sus habitantes ancestrales, bajo la construcción de una democracia y un Estado plurinacional, encaminado hacia la interculturalidad descolonizadora. Fueron los pueblos de la Amazonía, el Chaco y el Oriente, quienes emprendieron las acciones concretas para efectuar la marcha pro-asamblea constituyente del año 2000⁶¹¹.

Bolivia asumió la responsabilidad de reconocer a los indígenas bolivianos, su autogobierno como un ejercicio a la libre determinación de los pueblos indígenas originarios y campesinos y su incorporación a la institucionalidad estatal, competencia para ejercer la jurisdicción indígena originaria campesina, es decir, facultad para administrar justicia y resolver los

⁶¹¹ LARAZÓN. Estado Boliviano Versus Pueblos Indígenas. Por: Esteban Ticona. (06 de agosto de 2012) [En Línea] Disponible en: < <http://bit.ly/2Y4X8Zv> >

conflictos por un Tribunal Constitucional Plurinacional, a través de las normas y procedimientos propios conforme a la Constitución y a la Ley. Una Jurisdicción Indígena Campesina Originaria con la misma función judicial de la Jurisdicción Ordinaria⁶¹².

El referente normativo indígena en Bolivia de mayor importancia, es la Nueva Constitución Política Estatal, el reconocimiento a los sistemas de la administración de justicia dentro de sus territorios o cuando las conductas tengan efectos sobre la jurisdicción, potestad para ejercer funciones jurisdiccionales respetando sus principios, normas, valores ancestrales y culturales siempre y cuando se respeten los derechos consagrados en la Constitución y las Leyes⁶¹³.

En Bolivia se encuentran asentados los siguientes pueblos indígenas en las regiones de la Amazonía, Chaco y los Andes⁶¹⁴.

En la Amazonía:

| | | | |
|-----------|----------------|-----------|-----------|
| Araona | Chiquitano | Lecos | Pacahuara |
| Ayoreo | Chiriguano | Machineri | Sirionó |
| Baure | Ese Eja | Maropa | Tacana |
| Canichana | Guarasugwe | Moré | Toromona |
| Cavineño | Guarayo | Moseté | Yaminahua |
| Cayubaba | Itonama | Movima | Yuqui |
| Chacobo | Afrobolivianos | Moxeño | Yuracare |
| Chiman | Joaquiniano | Nahua | |

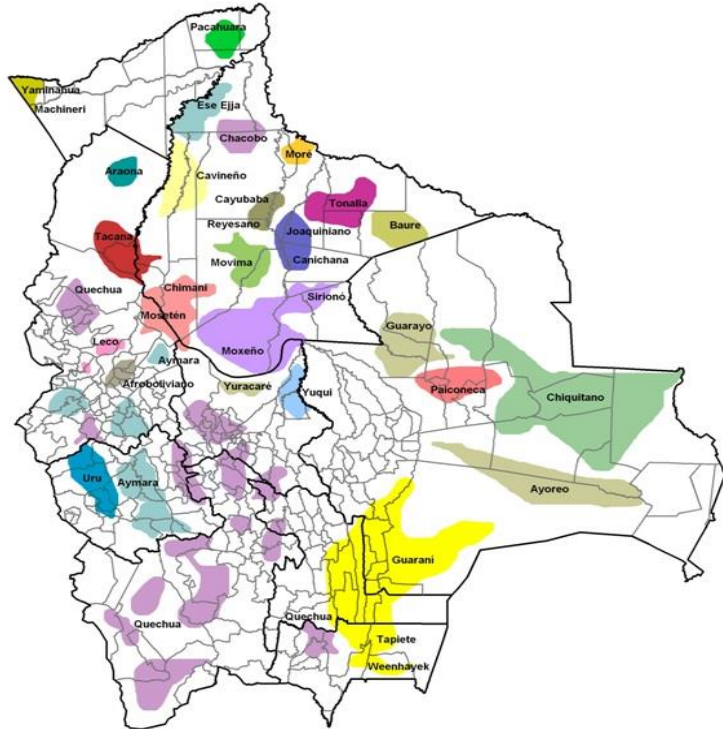
⁶¹² Ibid. p. 74

⁶¹³ VARGAS GAMBOA, Nataly Viviana y GAMBOA ALBA, Shirley. El Derecho de los Pueblos y Naciones Indígenas Originarios Campesinos. [En Línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2YklR6c>> p. 424.

⁶¹⁴ MERCO VILCA, Juan Carlos. Las Formas de Propiedad y su Registro: Las tierras indígenas y recursos naturales. Bolivia: AECID, 2008

En el Chaco: Guaraní, Tapiete y Weenhayek.

En los Andes: Aymara, Chipaya, Kallawaya, Quechua y Uru



1.3.1. Normatividad

- 1) Nueva Constitución Política Estatal de 2009.
- 2) Ley 450 de 2013 "Ley de Protección a Naciones y Pueblos Indígenas Originarios en Situación de Alta Vulnerabilidad".

Bolivia, siendo un país con población mayoritariamente indígena, estableció dentro de su Constitución un capítulo (séptimo), Autonomía Indígena Originaria Campesina con facultad de autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígenas originarios campesinos, quienes comparten territorio, cultura, historia, lenguas, organización o instituciones jurídicas, política, sociales y económicas

propias. Sin embargo, estas facultades deben ser ejercidas de conformidad con sus normas, instituciones, autoridades y procedimientos conforme a sus atribuciones y competencias en armonía con la constitución y la ley⁶¹⁵.

En atención a este reconocimiento jurisdiccional, es innegable que las autoridades de los pueblos indígenas originarios campesinos, están dotados de plenas facultades para administrar justicia dentro de sus territorios, sin embargo, surge ahí el cuestionamiento si estos pueblos pueden ser disciplinados por la justicia ordinaria no solo cuando incurran en conductas contrarias a las diversas ramas del derecho sino también cuando se posesionen como servidores públicos, producto de una relación especial de sujeción entre estos y el Estado.

Se ha advertido que el legislador de Bolivia expidió la Ley 73 de 2010, denominada Ley de Deslinde Jurisdiccional, la cual tiene por objeto regular el ámbito de vigencia establecida en la Constitución entre la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina y otras jurisdicciones reconocidas constitucionalmente y las formas como se instituirán las relaciones de coordinación y cooperación en desarrollo del pluralismo jurídico⁶¹⁶.

Visto el contenido de esta disposición, se observa que la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, tiene competencia para conocer de los asuntos que histórica y tradicionalmente han conocido bajo sus normas, procedimientos propios vigentes y saberes, conforme a su libre determinación. Se excluyen de su competencia los asuntos:

⁶¹⁵ ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE BOLIVIA. Constitución Política del Estado de Bolivia. (7 de febrero de 2009) Arts. 289 a 296.

⁶¹⁶ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Ley 073. Ley de Deslinde Jurisdiccional. (29 de diciembre de 2010) art 1.

[...] “a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio; b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario; c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Administrativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas; d) Otras que estén reservadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente” [...] (sic).

Conforme a lo anterior, se advierte que los indígenas si pueden establecer relaciones especiales de sujeción por desempeñar un cargo público, caso en el cual, desde la misma constitución se faculta a las autoridades administrativas o judiciales, para que sean investigados si a ello hubiere lugar por la secretaria Técnica del PAD, en las mismas condiciones que cualquier ciudadano boliviano, toda vez que, la única excepción para ser juzgado en su territorio y por sus autoridades está determinada en la Ley 073 de 2010.

Es así como, al desempeñar un empleo público debe acatar en principio, lo preceptuado en el artículo 235 de la Constitución Política que, establece cuales son las obligaciones de las servidoras y servidores del Estado, destacándose como base de la función el respeto y cumplimiento de la Constitución y las leyes, en desarrollo de los principios de la función pública como es, servir a los intereses de la colectividad, sometimiento pleno a la ley (debido proceso), legalidad, presunción de legitimidad y principio de jerarquía normativa entre otros⁶¹⁷.

1.4. COLOMBIA

En Colombia, a partir de los años sesenta, el país fue testigo de una creciente movilización indígena, motivada por la reivindicación de su identidad y derechos, inicialmente asociada a las luchas campesinas que se desarrollaban en el país, sin embargo, fue en 1971 que la organización indígena se independizó y se creó la primera organización, el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), la cual tenía como objetivos entre otros, buscar mayor autonomía para los cabildos en el gobierno local, la defensa de los resguardos y la lucha por la preservación de la cultura⁶¹⁸.

La existencia de este tipo de organizaciones, con unos objetivos estratégicos para atender los diferentes problemas de las comunidades indígenas, dio origen en 1982, a la creación de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), también se crearon otros movimientos indígenas con

⁶¹⁷ LARAZÓN. Obligaciones Constitucionales de los Servidores Públicos. José María Pacori Carí. (13 de marzo de 2016) [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2MkonrQ>>

⁶¹⁸ GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro. La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y su Problemática Actual. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2K1d1q9>> p. 19-20 y 31- 32.

cobertura a nivel nacional que hoy gozan de reconocimiento y representación política ante el Estado Colombiano⁶¹⁹.

La primera norma de carácter especial encaminada al reconocimiento de los pueblos indígenas fue la Ley 89 de 1890, concebida como un código especial para las personas y las comunidades indígenas, posteriormente, se dio el reconocimiento de la autonomía jurisdiccional indígena por parte del Constituyente de 1991, para que se creara la Jurisdicción Especial Indígena, con la finalidad de respetar la diversidad de cultura y costumbres en las diferentes comunidades indígenas, precepto habilitado en el artículo 246 de la Constitución Política de Colombia. Reconocimiento que les otorgó una autonomía legislativa dentro de sus territorios, como es el derecho a administrar justicia interna conforme a sus propias normas y procedimientos.

En Colombia la legislación se expidió de forma inicial para proteger los derechos de las comunidades indígenas, entre ellas tenemos en su orden: Ley 89 de 1890, 21 de 1991, 160 de 1994, 115 de 1994, 387 de 1997, 434 de 1998, 649 de 2001, 727 de 2001, 1381 de 2010, Decreto 1088 de 1993, 804 de 1995, 1745 de 1995, 2164 de 1995, 2249 de 1995, 1396 de 1996, 1397 de 1996, 1122 de 1998, 1320 de 1998, 982 de 1999 y 4181 de 2007.

⁶¹⁹ Ibid. p 21.

2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

1.1. ESTADO FEDERAL DE MEXICO

Es imperativo antes de abordar el tema del desarrollo constitucional, hacer referencia de como la Organización de las Naciones Unidas, identificó elementos que definen a los pueblos originarios como descendientes de las sociedades pre coloniales que históricamente han habitado el territorio y ejercen control colectivo sobre este⁶²⁰.

Ahora bien, el reconocimiento del pluralismo jurídico ha permitido documentar como se ha venido construyendo el sistema normativo vigente en las comunidades indígenas, el cual se ha estructurado con el sistema jurídico del Estado, relación en la que se puede advertir influencias entre sistemas jurídicos (Cruz 2007). Sistemas en los que se establece como una necesidad precisar reglas de coordinación entre las autoridades estatales y las autoridades indígenas (investidas algunas veces por el Estado), para que pueda darse un reconocimiento especial de dos mundos diversos⁶²¹.

Consecuentemente, tanto el derecho positivo como en el indígena reconocen que están fundamentados en valores sociales y axiológicos distintos, pero que, a la vez, se da una imbricación de sistemas en los que confluyen la aplicación de principios y normas de carácter positivo e indígenas, aparentemente similares pero que se diferencian entre sí.

⁶²⁰ UNAM. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Volumen 48 Issue 144. 2015. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2JT2Dlx>> p. 1085.

⁶²¹ KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y Experiencias de Coordinación entre el Derecho Estatal y el Derecho Indígena. p 33 y 34. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2yaNu8r>>

Principios jurídicos del derecho como elementos fundamentales de la conducta humana que deben observar en su relacionamiento al interior y exterior de las comunidades indígenas⁶²².

En México, la responsabilidad disciplinara de los servidores públicos derivada de una relación de sujeción, está regulada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de la cual se lee que los servidores públicos son sancionados por la Auditoría Superior de la Federación, por las acciones u omisiones en que incurran en el ejercicio de sus funciones y de forma específica cuando se afecten los principios de legalidad, imparcialidad, honradez, lealtad y eficiencia⁶²³.

En cuanto a la tesis expuesta por la Suprema Corte de la Justicia, está orientada a revisar cómo aplican las disposiciones legales como también las interpretaciones que hacen los jueces para justificar sus decisiones judiciales⁶²⁴.

De otra parte, Héctor Ortiz, efectuó un análisis a las tesis jurisprudenciales expuestas por la Suprema Corte de Justicia, referidas a los pueblos indígenas hacia 2001, casos en los cuales la Corte expuso los casos valorando el grado de civilización, su nivel educativo, el aislamiento o integración social, como también la capacidad para actuar conforme a las normas y los límites que establece la ley.

⁶²² Ibid.

⁶²³ MATAALLANA GALLEGOS, Diana Carolina. Ausencia de Responsabilidad Disciplinaria del Legislador en Colombia por Omisión Legislativa. La Responsabilidad Disciplinaria del Legislador por Omisión Legislativa en el Derecho Comparado México. p. 20. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2SFTj7g>>

⁶²⁴ Derecho a la Justicia en México: Perspectiva desde la interlegalidad. Op. cit.

Expone Ortiz, que la Suprema Corte deja a un lado el contexto y aspecto cultural en el que pudieron estar inmersos con la comisión de una conducta, es decir, la estructura de la conducta. Es un común denominador que los derechos colectivos no sean tenidos en cuenta como un referente para el análisis de los casos, lo que a la postre queda en la individualización de un caso particular en el que un sujeto indígena acometido una infracción o un delito⁶²⁵.

2.2. ECUADOR

En Ecuador, la Corte Constitucional, es la encargada de proteger las garantías constitucionales relacionadas con los derechos fundamentales, garante no solo de los derechos que relacionan al hombre con las instituciones sino también las garantías sociales que ejerce cada ciudadano de forma directa o indirecta.

Es la Constitución la que demanda, un Estado de derecho en el que la pluralidad jurídica comprende no solo lo instituido en las normas sino en la diversidad de fuentes y sistemas jurídicos que subsisten en este Estado. Es la Corte Constitucional el órgano autónomo que crea precedentes constitucionales respecto de esos derechos reconocidos, sin olvidar los deberes que le asiste a cada ciudadano del acatamiento de las normas⁶²⁶, quienes además, de forma especial generan un vínculo con el Estado al posesionarse para ocupar un cargo en una entidad pública, asumiendo

⁶²⁵ Derecho a la Justicia en México: Perspectiva desde la interlegalidad. María Teresa Sierra. 2005. Op. cit. p. 301 y 302.

⁶²⁶ ESCOBAR PÉREZ, Guido Fernando. La determinación de las responsabilidades administrativas como Consecuencia del Control Gubernamental. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2Gug1Ku>>

unas obligaciones legales de las cuales su incumplimiento genera responsabilidades administrativas, civiles o penales, estando en el ejercicio del cargo o cuando hayan dejado de hacerlo.

Visto el contenido de algunas decisiones de la Corte Constitucional de Ecuador, se encontró que se han llevado a cabo ante este tribunal casos como la Acción Extraordinaria de Protección en Contra de la sentencia dictada por la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Sucumbíos el 3 de agosto de 2012, el cual corresponde a: Caso No. 1344-12, proceso en el que fue investigado el señor Rene Orlando Grefa Cerda, miembro de la comunidad Kichwa, elegido por voto popular como Prefecto Provincial de Sucumbíos, quien en el ejercicio de funciones públicas no llevo a cabo un seguimiento efectivo del cumplimiento de un contrato suscrito en 2017, dejando vencer los plazos del contrato de obra y fiscalización, además, del incumplimiento del objeto toda vez que, los sistemas de agua potable no fueron concluidos; hechos que le trajeron como consecuencia la aplicación del procedimiento administrativo reglado establecido en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, procedimiento mediante el cual se le impuso sanción de destitución del cargo de Prefecto Provincial de Sucumbíos, por hallarse incurso en responsabilidad administrativa culposa.

Existen amplios pronunciamientos emitidos con ocasión de casos ambientales, civiles, laboral y de familia, en los que miembros de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígena son sujetos de investigación y de sanciones. Así mismo, la Jurisdicción indígena también adelanta procesos en estas mismas áreas, en los que se investiga y se adelanta un procedimiento que culmina con la expedición de una sentencia de la que se deja evidencia mediante un acta final, decisión que

es respetada por la jurisdicción ordinaria pero que, sin embargo, puede ser objeto de revisión por parte de la Corte Constitucional.

2.3. BOLIVIA

La Constitución Política del Estado de Bolivia, aprobada mediante referendo el 25 de enero de 2009 y promulgada el 7 de febrero de la misma anualidad, se instituyó como un Estado plurinacional, que reconoce la autodeterminación de las naciones y pueblos indígenas originarios, les otorga facultad para definir las políticas comunitarias, sistemas sociales, económico, políticos y jurídicos, se reafirma la conformación de la estructura de gobierno, la forma de elección de autoridades y la administración de justicia con respeto a las formas de vida diferenciada en el uso del espacio y del territorio.⁶²⁷

Consecuentemente, con la nueva concepción del Estado plurinacional, que asumió Bolivia, producto de un proceso de voluntad colectiva de descolonización pero que, a su vez, asume el reconocimiento de la diversidad en la diversificación de variadas formas de vida e instituciones que perviven en el territorio boliviano, se articulan las culturas porque es necesario que haya una organización e integración de los pueblos originarios campesinos, población del campo y de la ciudad⁶²⁸.

En este nuevo Estado, se reconoce que lo más representativo y reivindicatorio fue el haber incluido dentro de la Constitución los principios

⁶²⁷ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. Estado de la Relación entre la Justicia Indígena y Justicia Estatal de los Países Andinos. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2OsFpXs>> p. 173

⁶²⁸ VARGAS GAMBOA, Nataly Viviana y GAMBOA ALBA, Shirley. Op. cit. p. 413.

indígenas, establecidos en el artículo 8.1: “*Ama quilla (no seas flojo), Ama llulla (no seas mentiroso) y Ama suya (No seas ladrón)*”, principios que son defendidos por el Tribunal Constitucional Plurinacional. Alto Tribunal que, en sentencia SC-0951-12-R, expuso que la aplicación de estos principios tiene como finalidad la búsqueda de una justicia plural, pronta, oportuna, transparente, sin dilaciones, con honestidad, veracidad y laboriosidad, como elementos característicos de los servidores públicos, del ser humano y de los funcionarios en todos los niveles. Esta trilogía, normó la vida del hombre ancestral quechua y aymara, el cual aún se está formando en la modelación de la norma suprema. Es así como estas prácticas milenarias que fueron constitucionalizadas para significar unas calidades del individuo, le permiten establecer unas relaciones dentro de un contexto social y político⁶²⁹.

2.4. COLOMBIA

El derecho a la autonomía de los pueblos indígenas aparece por primera vez en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional en la sentencia T-254 de 1994.

Sentencia que plantea los conflictos que pueden suscitarse entre las autoridades del Estado frente a las autoridades indígenas tradicionales como son: “El conocimiento de la cultura indígena involucrada, posibilidad de una interpretación adecuada y especialmente de legitimidades. La legalidad de una autoridad indígena puede verse conminada o potenciada frente a la legitimidad del Estado, determina entonces, que no cualquier norma constitucional o legal, prevalece sobre los derechos

⁶²⁹ Ibid.

fundamentales de los pueblos. Esta mirada es fundamental porque por lo general se considera que por estar un derecho en la Constitución o en un determinado código es obligatorio. El derecho fue protegido en la sentencia C-139 de 1996, en la cual se expresa que:

“en materia de sanciones impuestas por las comunidades indígenas a sus miembros, la jurisprudencia constitucional se ha establecido, con base en el principio de responsabilidad individual, artículo 29 la prohibición de sanciones colectivas; Es decir, la pena impuesta a un individuo no puede extenderse a sus parientes, no son aceptables tampoco sanciones que impliquen un castigo desproporcionado e inútil o graves daños físicos o mentales”⁶³⁰

Desde el reconocimiento por vía Constitucional de la Jurisdicción Especial Indígena, a la autonomía, usos, costumbres como identidad cultural étnica, para administrar justicia en sus territorios de conformidad con sus propias normas y procedimientos. Institución que si bien es cierto es de rango constitucional, requiere ser complementada en cada comunidad o pueblo indígena atendiendo a la composición cultural de cada pueblo en su estructura social, antropológica, territorial y cultural. En lo que a justicia indígena se refiere, ha de tenerse en cuenta que en cada comunidad se determina de forma autónoma por autoridades tradicionales, de gobierno que han venido organizando hasta alcanzar proceso de organización política⁶³¹.

⁶³⁰ Constitución política de Colombia, 1991. Op. cit.

⁶³¹ RAMA JUDICIAL DE COLOMBIA. Justicias Indígenas de Colombia Reflexiones para un Debate Cultural. La Jurisdicción Especial Indígenas, Explicación Jurídica y Cultural, [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2OsFpXs>> p.66.

Respecto de la relación que surge entre el Estado y los particulares que administran recursos públicos, como es el caso de los miembros de las comunidades indígenas que administran recurso, la Corte Constitucional en la Sentencia C-127 de 2003, sentó un precedente respecto de la administración y destinación de los recursos públicos por parte de particulares, quienes se encuentran sometidos a la Constitución y las leyes, susceptibles de ser vigilados y controlados por la Contraloría y Procuraduría General de la Nación. Lo anterior, con la finalidad de proteger el buen manejo de los recursos del erario público.

Expuso que la Ley 715 de 2001, dispuso que la administración de los recursos asignados a los resguardos indígenas fueran administrados por el Alcalde del territorio en el que se encuentre el resguardo indígena respectivo, recursos que pueden ser ejecutados mediante la celebración de contrato entre la Entidad Territorial y las Autoridades del Resguardo, situación que varía en el evento en que los Resguardos se erijan como Entidades Territoriales, porque reciben la transferencia y administración de los recursos en forma directa.

Por consiguiente, resulta razonable por parte de la Corte Constitucional conforme lo establece la Constitución Política, la inclusión de los indígenas como sujetos de la ley disciplinaria que administren recursos del Estado, circunstancia que no vulnera el artículo 26 de la Constitución Política de Colombia.

Conforme a lo anterior, se puede establecer que los indígenas se encuentran en una relación especial de sujeción, cuando administran recursos públicos o cuando desempeñan funciones públicas, eventos en los

que ejercen funciones a cargo del Estado, en cumplimiento de los fines de Estado.

3. DESARROLLO DOCTRINAL

3.1. ESTADO FEDERAL DE MEXICO

Para la antropóloga Akuavi Adonon Viveros, en el derecho positivo se ha instrumentalizado y fundado la única identidad buscada del ciudadano mexicano que le permita al Estado consagrar la igualdad de todos ante la Ley. Expone un concepto de pluralismo jurídico en el estudio del derecho como un concepto central de la antropología con muchos matices conforme a los enfoques que de cada investigador.

Es así como Jacques Vanderlinden, autor que más ha escrito sobre pluralismo jurídico expone:

“Todo individuo, a menos que viva como el estilita en el desierto [...] se sitúa en un número variable de redes sociales y, por consiguiente, de ordenamientos jurídicos. Eso es precisamente lo que constituye el pluralismo jurídico, es decir, la sumisión simultánea de un individuo a una multiplicidad de ordenamientos jurídicos”⁶³²

Autores como Robert Rouland, hace acepciones del efecto negativo de lo que él considera la generalización de una ideología pluralista y expone:

⁶³² VANDERLINDEN, Jacques. Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique. En: Revue de la Recherche Juridique-Droit Prospectif. 1993. p. 582.

“El pluralismo jurídico amplía; considerablemente nuestra visión sobre derecho y percibimos claramente la flexibilidad que dicha visión adopta. Sin embargo, aplicado a nuestras sociedades modernas ¿No se encuentra llenos de peligros?, ¿Dar libre curso al pluralismo, institucionalizarlo jurídicamente, ver sistemas jurídicos en donde no hay más que costumbres residuales o crispaciones identitarias, no implicaría abrir la caja de pandora? ¿La exageración en el reconocimiento y la valoración de las diferencias, no lleva aparejado el riesgo de destruir los equilibrios que requirieron tantos siglos para imponerse o el de disolver las nuevas armonías que tanta falta nos hacen?, muchos así lo piensan”⁶³³ (Rouland 1991:151 (traducción de la escritora)).

Otros autores como el canadiense Robert Vachon, expone que el pluralismo no debe estudiarse solo desde la perspectiva jurídica, toda vez que la pluralidad se sitúa al nivel del logos y el pluralismo al nivel de mito, afirma que no se trata tampoco de derecho comprado, porque cómo comparar culturas homeomórficas, cuando no existe un modelo o paradigma con el cual compararlas, puesto que sus presupuestos son radical y sustancialmente distintos. Precisa que se trata del estudio de un horizonte común (mito) al que algunos se dan la denominación de derecho o jurídico, que otros han denominado “dharma o gran paz” al que también, podría haberse nominado pluralismo dinámico⁶³⁴. (Vachon y Nicolau-Coll, 1996: 278-279).

⁶³³ ADONON VIVEROS, Akuavi. Estado, derecho y multiculturalismo. Un enfoque de antropología jurídica en México. *En*: Nueva Antropología. (71), 2009, p. 51-72 [En Línea] Disponible En: < <http://bit.ly/2JRv96P>>

⁶³⁴ Ibid.

De Sousa Santos desarrollo el tema de la interlegalidad, como la contraparte de la fenomenología de la pluralidad jurídica y expone la integralidad como un proceso dinámico porque los espacios no son sincrónicos, lo que conlleva a que haya combinaciones irregulares e inestables de códigos jurídicos. Al hablar de la legalidad local, nacional, le atribuye un sistema de representación jurídica en escalas con sin número de matices y características⁶³⁵.

En síntesis, se busca con este tipo de reflexiones, abrir espacios para profundizar los diversos conceptos que permitan estructurar diferentes procesos entre el derecho estatal y el derecho indígena, que va más allá de un enfoque teórico que permita estructurar un fenómeno jurídico de forma permanente, entre unas categorías estructurales entre las practicas jurídicas de la modernidad del Estado y las practicas jurídicas tradicionales ancestrales de los pueblos indígenas.

En este contexto, en México se les ha reconocido a los pueblos y comunidades indígenas el derecho a administrar justicia aplicando sus propios sistemas normativos los cuales han regulado para solucionar sus conflictos, sin embargo, sistemas que están integrados por normas, procedimientos e instituciones que se incorporan a la costumbre jurídica, la cual deviene de la practica constante de una conducta determinada con la que se advierte a los miembros de los pueblos y comunidades la importancia de su aplicación para mantener el orden interno⁶³⁶.

⁶³⁵ Ibid.

⁶³⁶ COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. La Vigencia de los Derechos Indígenas en México. Sujetos de Derecho Público. p.34. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2JSJHmY>>

Las bases constitucionales del servicio público, están fundamentadas en Giovanni Sartori, quien expresa que se deben materializar las acciones públicas, mediante la estructura del Estado, mediante el servicio público a través de la realización de los proyectos que tiene la sociedad. Dentro de este marco se debe observar los principios del servicio público como: Generalidad, uniformidad, continuidad, regularidad, igualdad, gratuidad, obligatoriedad, persistencia y gratuidad, los cuales son de aplicación en los ámbitos y órdenes de gobierno federal, estatal y municipal.

Tenemos entonces que es servidor público toda persona que desempeña un cargo o empleo público o una comisión de cualquier naturaleza dentro de la administración pública ya sea Federal, dentro del Distrito Federal o de otros órganos de gobierno, con un marco normativo de los servidores públicos, reglado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, quedando sujeto a la Constitución Política de los Estados Mexicanos, Ley en el Estado Federal y demás normas que regulan la debida actuación del servidor público, siendo responsable ante los ciudadanos; es por ello que en México se habla de una democracia de responsabilidad.

Con la Constitución Federal de México se da un reconocimiento al sistema jurídico indígena y se empieza a vislumbrar una relación con el Estado, fundamentada en todos los derechos otorgados que para ser ejercidos por las comunidades y pueblos indígenas se requiere el concurso de algún órgano estatal instituido en cualquiera de sus poderes, los derechos que adquieren los pueblos indígenas se reconocen para tratar de protegerlos,

pero a su vez, poniéndolos en igual situación socio jurídica que la sociedad occidental⁶³⁷.

De otra parte, el Estado a través de los postulados constitucionales, determinó que en los juicios y procedimientos que se adelanten contra miembros de los pueblos indígenas de forma individual o colectiva, deben tomarse en cuenta sus costumbres y valores culturales y especificidades, que tienen valor relevante en materia penal, toda vez que se pueden constituir hipótesis de error de prohibición que de conformidad con los sistemas normativos de las comunidades indígenas, en la comunidad puede que una conducta no sea ilícita mientras que en la cultura occidental puede estar tipificada como delito, situación que deviene de la diferencia cultural, por lo que en el Estado Mexicano se establecieron los peritajes culturales, además de la asistencia de defensores e intérpretes que tengan conocimiento de su lengua materna y cultura en materia penal y agraria⁶³⁸.

Ahora bien, la Ley General de Responsabilidades Administrativas, tiene por objeto distribuir las competencias entre los órganos de gobierno para establecer las responsabilidades administrativas de los servidores públicos, sus obligaciones, las sanciones aplicables por las acciones u omisiones en que incurran estos, como también las que corresponden a los particulares que incurren en faltas administrativas graves⁶³⁹. Visto el contenido de la norma, en ella se determina que son sujetos disciplinables los servidores públicos, ex servidores públicos y particulares que incurren en faltas

⁶³⁷ LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco. Legislación y Derechos Indígenas en México. México: Mc editores, 2010. ISBN: 9786079505882

⁶³⁸ Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos. Op. cit. Artículo 20

⁶³⁹ Ley General de Responsabilidades Administrativas. Artículo 1.

administrativas graves⁶⁴⁰. No se evidencia en la norma que los indígenas sean sujetos disciplinables en materia disciplinaria por parte del Estado Mexicano, como consecuencia de una relación especial de sujeción, ya que no se prevé tal calidad, situación que permite concluir que, en México, los indígenas no son sujetos disciplinables.

3.2. ECUADOR

En el caso ecuatoriano la Contraloría General es la encargada de establecer las responsabilidades administrativas a los servidores públicos, las cuales nacen de la relación de subordinación que se manifiesta cuando se adquiere la calidad de servidor público con el Estado al desempeñar un cargo público o administrar recursos del Estado, es la Contraloría la que representa los informes sobre las razones por las cuales se adelantan actuaciones administrativas en contra de un servidor público⁶⁴¹.

Responsabilidad administrativa que está fundamentada en la auditoría gubernamental que permite demostrar la culpa del funcionario y a su vez evidenciar si hubo una falla o una falta en el servicio como una fundamentación jurídica que deriva en el incumplimiento de atribuciones, deberes, obligaciones y estipulaciones contractuales, para que se adjudique la responsabilidad administrativa. La doctrina destaca el riesgo que implica el desempeño de funciones públicas, por lo que incorpora aspectos como “*el principio de confianza en la actuación de terceros, la teoría de los roles*”, es decir, que cuando un ciudadano desarrolla una actividad dentro de un rol propio no le es imputable objetivamente un

⁶⁴⁰ Ibid. artículo 4.

⁶⁴¹ ESCOBAR PÉREZ, Guido Fernando. Op. cit. p. 58

resultado, puesto que allí opera una conducta neutra, contrario sensu, si la conducta es desplegada por un funcionario, al que le asiste la observancia de los principios que orientan el desempeño de funciones frente a la colectividad⁶⁴².

Es de anotar que, en Ecuador, la naturaleza de las normas está orientadas en principio a determinar unas conductas transgresoras dentro de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas como en la jurisdicción ordinaria que, de entrada, encuentran criterios de oposición por no hacer parte de las conductas formales de la cultura occidental, también es una realidad que las normas están orientadas a la protección de los intereses colectivos, mas no individuales.

Existe desconfianza por parte de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas hacia el sistema jurídico estatal, toda vez que consideran que la Ley estatal como tal es buena, sin embargo, quienes administran justicia están permeados de corrupción especialmente los funcionarios judiciales y abogados, de quienes manifiestan que, no cumplen las leyes como también, la carencia de justicia para medir a todos con la misma vara⁶⁴³. Pero a su vez, no se apartan de que exista unas bases comunes establecidas para regular temas comunes, en las que no solo se reconozcan a sus autoridades sino también se respeten las sentencias emitidas por su jurisdicción⁶⁴⁴.

⁶⁴² ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Deber objetivo de cuidado: Análisis jurídico del Art. 146 del COIP. 2014. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2OisWFM>>

⁶⁴³ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. Estado de la Relación entre la Justicia Indígena y la Justicia Estatal en los Países Andinos. Comisión Andina de Juristas. p. 150 a 152. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2OsFpXs>>

⁶⁴⁴ Ibid. p. 153.

3.3. BOLIVIA

En Bolivia la Jurisdicción Indígena Originaria Campesina, forma parte del órgano judicial en igual nivel jerárquico que las demás jurisdicciones del Estado Boliviano, facultades que le fueron dadas por la Ley del Órgano Judicial, ley que, entre otros aspectos, dispone que las autoridades públicas y los ciudadanos en general acaten sus decisiones⁶⁴⁵.

El constituyente boliviano ha buscado configurar un pacto social que le permitan establecer nuevas relaciones de poder que abran nuevos espacios de inclusión política de los pueblos indígenas originarios campesinos, en desarrollo de una real gestión pública.

Es una realidad social que la población nacional de Bolivia es en su mayoría indígena, por lo que más del 50% de los servidores públicos son y se declaran indígenas, entre ellos pertenecientes a las comunidades quechuas y aymaras, por lo que habrá de entenderse que se tiende a pensar en una burocratización del empleo público por parte de las autoridades bolivianas, orientado hacia la protección de las comunidades indígenas, sin embargo, hay que tener en cuenta que en Bolivia perviven los procesos de movilidad social ascendente respecto de los funcionarios públicos⁶⁴⁶.

⁶⁴⁵ CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. Normas, Procedimientos y Sanciones de la Justicia Indígena en Bolivia y Perú. Marco Antonio Mendoza Crespo, Bolivia y Eliana Rivera Alarcón. Perú. Comisión Andina de Juristas. 2010. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2SD8ePD>>

⁶⁴⁶ SORUCO SOLOGUREN, Ximena. La Nueva Burocracia Plurinacional en Bolivia. En: Nueva Sociedad, Democracia y política en América Latina. 2016. p. 32. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2LGbVDt>>

3.4. COLOMBIA

En Colombia, los primeros autores que se preocuparon por darle un concepto a lo étnico, fueron Miryam Jimeno y Adolfo Triana, quienes en su obra *Estado y Minorías Étnicas en Colombia*, en la que hicieron una definición sobre los indígenas como etnia, con la finalidad de exponerle a otras culturas la significación de una diferencia cultural, que al irse asimilando demandaría un sin número de demandas en todos los aspectos que deben atender a una comunidad que está asentada en un territorio⁶⁴⁷.

Concepto que daría inicio a una relación diferencial de clases y de culturas, pero que a su vez permitiría una conformación de minoría étnica, sino que también formaciones socioculturales minoritarias que estando subordinadas y sujetas al colonialismo empezarían a gestar los primeros movimientos nacionales reivindicativos que, pone de presente un panorama complejo entre etnia y nación, porque se gestan realidades que exigen nuevas respuestas hacia una comunidad y toca por ende los fundamentos ideológicos del Estado-Nación⁶⁴⁸.

Es así como la identidad de lo étnico como una categoría relacional desde un vínculo social y no de continuidad cultural, ha de entenderse como:

“Un conjunto cambiante de normas de pertenencia y auto identificación de un grupo social, sustentadas en un real o atribuido origen y conjunto, también cambiante de tradiciones culturales”⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ CORREA, Francois. *Construcciones Antropológicas sobre lo Indígena en Colombia*. p. 15. 2005. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2YdXfxe>>

⁶⁴⁸ Ibid. p. 16.

⁶⁴⁹ Ibid. p. 16 y 17.

Ahora bien, pensar en relaciones especiales de sujeción para acuñar un concepto dentro de lo macro de la etnicidad, resulta complejo, toda vez que las primeras relaciones que se advirtieron dentro de la concepción de del Estado, fueron de completa subordinación y opresión derivadas de los procesos de colonización española y la aculturización por parte de la iglesia a través de sus misioneros, quienes por desconocimiento de dichas culturas introdujeron modificaciones negativas, causando destrucción de un sistema cultural simbólico indígena que le daba sentido a la vida manteniendo la cosmovisión del indígena⁶⁵⁰.

Además, conforme lo argumenta Sotomayor, la etnicidad permite afianzar relaciones con los demás estamentos de la sociedad, en donde emergen procesos de interacción directa que permiten dar un mayor contenido y factibilidad política al interior de su comunidad. Es inescindible la relación del ser indígena con el territorio, elemento esencial y de reconocimiento con el otro, como también primer hecho que lo relaciona con el Estado⁶⁵¹.

En Colombia, se han expuesto diversos conceptos acerca de las relaciones especiales de sujeción, en donde se ha tratado de acuñar este concepto como fundamento dogmático de la sanción disciplinaria, por lo que en este contexto se trae como referencia lo expuesto por el doctor José Rory Forero Salcedo, quien expone que este concepto determina tres características definitivas a saber: 1. La calidad el sujeto disciplinable. 2. La competencia el operador disciplinario y 3. Cuáles son los límites a la facultad del operador disciplinario, actos mediante los cuales la administración exterioriza su

⁶⁵⁰ Ibid. p 7.

⁶⁵¹ Ibid. p 18-19.

potestad, los cuales son controlables por parte de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En definitiva, expone este autor que las relaciones especiales de sujeción son:

“Vínculos estrechos, duraderos y efectivos que existen entre la administración pública y los servidores estatales, esto es, funcionarios y particulares que prestan funciones públicas, dada su acentuada dependencia respecto de la misma”

El doctor Esiquio Manuel Sánchez Herrera, en su obra *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinable*, expuso que:

“Para hacer la imputación jurídica de una conducta como falta a una persona, lo primero que tiene que establecerse es si existe el primer criterio jurídico de imputación en sede disciplinaria, esto es, la existencia de una previa especial relación de sujeción del imputado para con el estado”⁶⁵²[...]

Ahora bien, en tratándose de las relaciones especiales de sujeción de los miembros de las comunidades indígenas con el Estado Colombiano, tenemos que estas tienen fundamento en la inclusión que hiciera el legislador en el segundo párrafo del artículo 25 del derogado Código Único Disciplinario, Ley 734 de 2002, el cual señalaba de forma expresa que eran sujetos disciplinables los indígenas que administraran recursos del Estado, pero también se sitúan en igual calidad, los indígenas que desempeñaban

⁶⁵² SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. *Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario*, Bogotá: Nueva Jurídica, 2016. ISBN: 9789588450766.

funciones públicas. Con la expedición de la Ley 1952 de 2019, Código General Disciplinario, se da nuevamente la calidad de sujeto disciplinable a los indígenas conforme al artículo 25 que reza:

“Destinatarios de la ley disciplinaria. Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos [...] los indígenas que ejerzan funciones públicas o administren recursos del Estado, serán disciplinados conforme a este código”⁶⁵³

La calidad instituida a los indígenas que administren recursos públicos y la consecuente aplicación del régimen disciplinario, requiere del cumplimiento de unos presupuestos como son: 1. Obligación del Estado de capacitar a las autoridades indígenas sobre las obligaciones contenidas y adquiridas al firmar un contrato, como también su ejecución y control, con la finalidad de lograr la comprensión de las responsabilidades adquiridas.

Finalmente, a la luz del precepto legal ya citado que, otorga la calidad de sujeto disciplinable a un indígena que no solo administra recursos públicos, sino que desempeña funciones públicas, como es el caso del Indígena Embera Francisco Rojas Birry, queda claro que un indígena que, tome posesión en un cargo público y desempeñe funciones públicas, adquiere la calidad de sujeto disciplinable.

En materia disciplinaria existen antecedentes de indígenas sancionados disciplinariamente, caso puntual del doctor Rojas Birry, se investiga y sanciona a un servidor público que tenía una relación especial de sujeción

⁶⁵³ Ley 1952, 2019. Op. cit.

con una entidad estatal, desempeñaba funciones públicas en representación del Estado, calidad que lo conminaba al cumplimiento de la Constitución, la Ley, el Reglamento y Manual de Funciones etc.

CONCLUSIONES

En los países latinoamericanos (México, Ecuador, Bolivia y Colombia), los Estados se instituyeron como Estados democráticos de derecho, Pluriétnicos, Multiculturales que reconocen la diversidad étnica y cultural de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas existentes en sus territorios; además de reconocer autonomía jurisdiccional en cada uno de los Estados para investigar y sancionar las conductas de sus miembros dentro de su ámbito territorial, con excepción en algunas áreas del derecho como disciplinario o administrativo, algunas conductas en materia penal, civil, laboral y agrario.

Es importante mencionar que la facultad jurisdiccional otorgada a los pueblos indígenas encuentra limite en la Constitución y las leyes de cada Estado, como también en los tratados y convenios sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, a la hora de impartir justicia dentro de sus territorios.

En México, Ecuador, Bolivia y Colombia, se han desarrollado algunos avances significativos en cuanto a la promulgación de leyes que le garantizan a los miembros de comunidades indígenas derechos culturales, lingüísticos, territoriales, de autogestión, autonomía jurisdiccional y diversidad étnica, entre otros. Ahora bien, el Estado en ejercicio de la potestad del *ius puniendi*, ha manifestado esa voluntad a través de las diferentes autoridades con facultad para garantizar un adecuado funcionamiento de los órganos que lo componen, estando circunscritos todos los ciudadanos sin excepción, por lo que las comunidades indígenas

aun cuando gozan de autonomía jurisdiccional están sujetas al cumplimiento de la Constitución y la Ley.

En cuanto a la responsabilidad establecida en el derecho disciplinario o la responsabilidad administrativa de los indígenas en calidad de servidores públicos, es necesario acotar que, existen vacíos normativos, ya que aún subsisten dificultades para adelantar investigación disciplinaria o un proceso de responsabilidad administrativa a un indígena por cuanto no existe una reglamentación específica en la jurisdicción ordinaria, que permita garantizar un proceso disciplinario acorde con sus usos, costumbres y valores ancestrales, por lo que considero que se debería adoptar en todas las legislaciones de los países mencionados un capítulo especial que reglamente el procedimiento disciplinario para los miembros de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, sin que ello signifique ser considerados como ciudadanos de segunda categoría sino por el contrario garantizar un debido proceso en atención a su diversidad cultural.

Es una característica en México, Ecuador, Bolivia y Colombia, que los altos tribunales constitucionales, como garantes de derechos hayan dado un especial reconocimiento a la pluriculturalidad y multiétnicidad, estructura fundamentada en principios y valores axiológicos que cimentan todo el sistema jurídico en estos Estados. Valores Axiológicos que han sido terminantes por parte de las altas Cortes a la hora de revisar los casos particulares, en los que son investigados o judicializados miembros de las comunidades indígenas, analizando las decisiones de los jueces y creando verdaderas tesis jurisprudenciales.

Desde la doctrina se plantea como el reconocimiento de la Pluralidad y Multiculturalidad, he ha permitido a los Estados mencionados, un avance significativo en la organización estructural de base de las comunidades indígenas, como también se da la apertura de espacios para unas nuevas relaciones de inclusión en la estructura socio jurídica del Estado. Sin embargo, persiste desconfianza por parte de las comunidades indígenas hacia los estamentos estatales por considerar que existe desigualdad en la aplicación de justicia y vulneración de su autonomía cuando se judicializa a sus miembros.

Es urgente que se adopte una Ley General de Coordinación entre la Jurisdicción Ordinaria e Indígena, que permita garantizar una estabilidad dentro del ordenamiento jurídico. En Bolivia se expidió una Ley de Coordinación que, trató de solucionar los conflictos presentados en materia de competencia, sin embargo, aún subsisten dificultades a la hora de judicializar a los miembros de las comunidades, pueblos o nacionalidades indígenas, por la inexistencia de una estructura procedimental clara y acorde con las estructuras sociales y culturales existentes en las comunidades indígenas.

BIBLIOGRAFÍA

- ADONON VIVEROS, Akuavi. Estado, derecho y multiculturalismo. Un enfoque de antropología jurídica en México. En: Nueva Antropología. (71), 2009, p. 51-72 [En Línea] Disponible En: < <http://bit.ly/2JRv96P>>
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE BOLIVIA. Constitución Política del Estado de Bolivia. (7 de febrero de 2009)
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE ECUADOR. Constitución Política del Ecuador. (20 de octubre de 2008)
- AYALA MORA, Enrique. El Derecho Ecuatoriano y el Aporte Indígena. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2K8RcFk>>
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. Estado de la Relación entre la Justicia Indígena y la Justicia Estatal en los Países Andinos. Comisión Andina de Juristas. p. 150 a 152. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2OsFpXs>>
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. Normas, Procedimientos y Sanciones de la Justicia Indígena en Bolivia y Perú. Marco Antonio Mendoza Crespo, Bolivia y Eliana Rivera Alarcón. Perú. Comisión Andina de Juristas.2010. [En Línea] Disponible En: < <http://bit.ly/2SD8ePD> >
- COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. La Vigencia de los Derechos Indígenas en México. Sujetos de Derecho Público. p.34. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2JSJHmY>>
- CORREA, Francois. Construcciones Antropológicas sobre lo Indígena en Colombia. p. 15. 2005. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2YdXfxe>>
- CORTE IDH. Derecho a la Justicia en México: Perspectiva desde la interlegalidad. María Teresa Sierra. 2005 [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2XZNBmu>>

- CUJABANTE VILLAMIL, Ximena Andrea. Los Pueblos Indígenas en el Marco del Constitucionalismo Latinoamericano. En: Revista análisis internacional. 5(1), 22. 2014.
- EDOMEX. Exposición de motivos Ley de Derechos y Cultura Indígena del Estado de México. 2002. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2LDshN2>>
- ESCOBAR PÉREZ, Guido Fernando. La determinación de las responsabilidades administrativas como Consecuencia del Control Gubernamental. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2Gug1Ku>>
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Ley 073. Ley de Deslinde Jurisdiccional. (29 de diciembre de 2010)
- GÓMEZ VELÁSQUEZ, Alejandro. La Jurisdicción Especial Indígena en Colombia y su Problemática Actual. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2K1d1q9>>
- INALI. Legislación y Derechos Indígenas en México. 2010. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2yd8Ulc>> p.36.
- KONRAD-ADENAUER-STIFTUNG. Hacia Sistemas Jurídicos Plurales. Reflexiones y Experiencias de Coordinación entre el Derecho Estatal y el Derecho Indígena. p 33 y 34. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2yaNu8r>>
- LARAZÓN. Estado Boliviano Versus Pueblos Indígenas. Por: Esteban Ticona. (06 de agosto de 2012) [En Línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2Y4X8Zv>>
- LARAZÓN. Obligaciones Constitucionales de los Servidores Públicos. José María Pacori Cari. (13 de marzo de 2016) [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2MkonrQ>>
- LÓPEZ BÁRCENAS, Francisco. Legislación y Derechos Indígenas en México. México: Mc editores, 2010. ISBN: 9786079505882
- MATALLANA GALLEGO, Diana Carolina. Ausencia de Responsabilidad Disciplinaria del Legislador en Colombia por Omisión Legislativa. La Responsabilidad Disciplinaria del Legislador por Omisión Legislativa en el

- Derecho Comparado México. p. 20. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2SFTj7g>>
- MERCO VILCA, Juan Carlos. Las Formas de Propiedad y su Registro: Las tierras indígenas y recursos naturales. Bolivia: AECID, 2008
- RAMA JUDICIAL DE COLOMBIA. Justicias Indígenas de Colombia Reflexiones para un Debate Cultural. La Jurisdicción Especial Indígenas, Explicación Jurídica y Cultural, [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2OsFpXs>> p.66.
- CENTRO DE ESTUDIOS DE JUSTICIA DE LAS AMÉRICAS. Estado de la Relación entre la Justicia Indígena y Justicia Estatal de los Países Andinos. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2OsFpXs>>
- SALGADO, Judith. Justicia Indígena: Aportes para un Debate. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar: Abya-Yala, 2002. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2JPYRt8>>
- SAYED HELÚ, Jorge. El nacimiento de la República federal mexicana. México: Sep Setentas, 1974.
- SORUCO SOLOGUREN, Ximena. La Nueva Burocracia Plurinacional en Bolivia. En: Nueva Sociedad, Democracia y política en América Latina. 2016. p. 32. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2LGbVDt>>
- UNAM. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Volumen 48 Issue 144. 2015. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2JT2Dlx>> p. 1085.
- VAN COTT, Donna Lee. Multicultural Constitutionalism: A comparative analysis. En: The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America. Pittsburgh: University of Pittsburgh, 2000.
- VANDERLINDEN, Jacques. Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique. En: Revue de la Recherche Juridique-Droit Prospectif. 1993
- VARGAS GAMBOA, Nataly Viviana y GAMBOA ALBA, Shirley. El derecho de los pueblos y naciones indígenas originarios campesinos. [En Línea] Disponible en: <<http://bit.ly/2YkIR6c>> p. 424.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso. Deber objetivo de cuidado: Análisis jurídico del Art. 146 del COIP. 2014. [En Línea] Disponible En: <<http://bit.ly/2OisWFM>>

TITULO XII

DERECHO DISCIPLINARIO INDÍGENA Y LAS RELACIONES ESPECIALES DE SUJECIÓN

Por: Genaro Sánchez Castro⁶⁵⁴

INTRODUCCIÓN

El particular desarrollo de la historia latinoamericana, que se ve considerablemente marcada por las acciones de la corona española, configura en relación con la conjunción de razas que se produjo a partir del descubrimiento de América, un escenario que exponía la incorporación de esclavos africanos al nuevo continente, aunado a los asentamientos de poblaciones blancas procedentes de Europa, que se ubicaron en los centros urbanos, contrastando con poblaciones precolombinas, que ocupaban los territorios desde siglos anteriores a la conquista⁶⁵⁵.

Estas características que son comunes en los estados latinoamericanos, los ha conducido a materializar en sus ordenamientos jurídicos de carácter constitucional, un modelo de organización jurídica y política, que consagra la diversidad étnica y cultural como instrumentos necesarios para integrar los distintos intereses sociales.

⁶⁵⁴ Abogado egresado de la Universidad libre, especializado en derecho disciplinario de la Universidad Externado de Colombia, candidato a magíster en derecho disciplinario de la Universidad Libre, trayectoria de más de 20 años en derecho disciplinario.

⁶⁵⁵ RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Pablo. Sangre y mestizaje en la América Hispánica. En: Anuario colombiano de historia social y de la cultura (35). 2008. p. 298

Teniendo como precedente las particularidades propias de la conquista española, los ordenamientos jurídicos latinoamericanos observaron que, el enfoque basado en la diversidad étnica y cultural bajo la perspectiva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, obliga a los estados modernos a ofrecer un enfoque pluralista, que garantice los derechos consignados en las constituciones políticas, como instrumentos prevalentes en los sistemas normativos. De esta forma se desarrolla una característica general en las constituciones latinoamericanas, que de manera uniforme protegen las manifestaciones políticas, económicas y culturales de las comunidades étnicas que se asentaron en el territorio de cada país⁶⁵⁶.

Por otro lado, producto de las actividades propias de los estados modernos, asociado a la necesidad de ajustar las conductas de los servidores públicos a las finalidades de interés general planteadas en la constitución por cada Estado, se hace ineludible configurar una rama del derecho sancionatorio administrativo, que permita investigar y sancionar a los individuos que ejercen funciones públicas (Servidores públicos y particulares), en las situaciones en que su conducta se desajuste con las finalidades de interés general implícitas en la función pública. Sin embargo, en el ejercicio del derecho comparado, se puede evidenciar que los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, se desarrollan independientemente en relación con el Derecho Disciplinario, el cual se ajusta a sus necesidades y estructuras jurídicas, que se presentan disímiles, a diferencia de las características de diversidad étnica y cultural establecidas en la Constitución.

⁶⁵⁶ ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlín. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. En: Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. 2012. p. 305

En el presente texto, se pretende realizar un análisis comparativo de las normas jurídicas, jurisprudencia y doctrina de Ecuador, México, Bolivia y Colombia, respecto de las relaciones especiales de sujeción a las que están sometidas las personas pertenecientes a las comunidades indígenas en los eventuales casos que ejerzan funciones públicas o administren recursos del Estado, los cuales presentan manifestaciones independientes en cada uno de los ordenamientos jurídicos motivo del presente estudio, con la finalidad de verificar los efectos en la aplicación del Derecho Disciplinario, en los casos en que se encuentren vinculados por el ordenamiento jurídico para responder disciplinariamente.

Para el caso de Colombia, el Derecho Disciplinario es una disciplina autónoma, que emana como una vertiente del derecho sancionador administrativo. Concretamente, se entiende que el Derecho Disciplinario es un conjunto normativo de disposiciones sustanciales y procesales, que se orientan a delinear la conducta de los servidores públicos, de conformidad con los valores constitucionales y los fines del Estado.

En relación con los destinatarios de la norma disciplinaria, el artículo 25 de las respectivas Leyes 734 de 2002 y 1952 de 2019, disponen que, serán sujetos disciplinables los indígenas que ejerzan funciones públicas o administren recursos del Estado, reconociéndose con ello una particular relación de sujeción de los indígenas con el Estado, pero al mismo tiempo generando un conflicto en el cual aparentemente se limita o restringe la independencia y autonomía de las comunidades indígenas, que en el marco constitucional se encuentran amparadas por el pluralismo que comprende a su vez, la diversidad étnica y cultural de la nación.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional Colombiano en ejercicio de la revisión de la acción de tutela, así como en diversas sentencias de constitucionalidad, ha desarrollado un conjunto de sub-reglas y criterios aplicables para dirimir los conflictos de competencia, entre la jurisdicción indígena y el sistema judicial nacional, que conduce a la garantía de los pueblos indígenas en relación con su autonomía, que se representa mediante un concepto filosófico amplio y restringe la aplicación de normas ajenas a sus regulaciones jurídicas.

Es preciso anotar, que, en relación con la aplicación del Derecho Disciplinario, se presentan lagunas normativas y jurisprudenciales, para determinar los criterios de aplicabilidad de una autoridad u otra, las cuales se analizarán en el presente documento, con el fin de resaltar la autonomía de las comunidades indígenas en conjunción con la aplicación de las Leyes 734 de 2002 y 1952 de 2019.

Por otro lado, el marco jurídico ecuatoriano, que se desprende de una Constitución relativamente nueva, expedida el 20 de octubre de 2008, conserva una regulación similar en relación con las comunidades indígenas, otorgándoles independencia en el manejo de la justicia, la cual se desarrolla acorde a sus tradiciones y su derecho propio, aplicándola dentro de su ámbito territorial y con garantía de la integración de las mujeres. El Estado deberá hacer cumplir las disposiciones adoptadas en la jurisdicción indígena una vez pasen por el examen de constitucionalidad.

Por su parte, la Ley orgánica del servicio público ecuatoriano, prescribe en su contenido la regulación en materia de recursos humanos y remuneraciones, en toda la administración pública, en donde el organismo

de la justicia indígena se encuentra vinculado de conformidad con el numeral primero del artículo tercero. El capítulo cuarto de la norma en mención, desarrolla el régimen disciplinario, el cual contempla una clasificación de faltas leves y faltas graves, que dan lugar a la aplicación de la sanción que responde al principio de proporcionalidad. Sin embargo, estas disposiciones indistintamente aplican a las comunidades étnicas, que desarrollan la justicia indígena en relación con la función pública que les delega la Constitución Nacional⁶⁵⁷.

En comparación con el marco jurídico colombiano, se observa que las sanciones disciplinarias contenidas en el sistema normativo ecuatoriano, que se relacionen con sujetos pertenecientes a comunidades indígenas, encuentran convergencia en que son disciplinables los miembros de comunidades étnicas, que en desarrollo de sus funciones ejercen una labor de carácter público, destacándose la regulación jurídica colombiana, por ser más garante, al establecer una serie de requisitos para la aplicación de normas diferentes a las de la jurisdicción indígena.

Ahora, el marco jurídico mexicano, que se encuadra en las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adopta una postura fundada en la diversidad étnica y cultural, semejante a la presentada en Ecuador y Colombia, que le otorga herramientas a los estados federados para desarrollar normativas, que permitan regular las situaciones de derecho en las comunidades indígenas, respetando la autodeterminación y las manifestaciones sociales, económicas y políticas.

⁶⁵⁷ ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR. Ley Orgánica de Servicio Público. (LOSEP). (11 de agosto de 2010)

No obstante, los estados mexicanos no consagran una legislación disciplinaria de carácter federal, que desarrolle un catálogo de faltas y sanciones como en los estados analizados anteriormente, lo cual remite a una regulación propia de cada estado federado, en donde se destaca la Ley Orgánica de la Procuraduría para la Defensa del Indígena del Estado de Oaxaca, que ofrece un amparo jurídico con asistencia técnica para los integrantes de comunidades indígenas, en las cuestiones que ameriten asesoría legal.

Estas disposiciones no se equiparán con la normativa disciplinaria de Ecuador y Colombia, toda vez que no determinan un proceso disciplinario para los indígenas en ejercicio de funciones públicas, enfocándose la norma a establecer un régimen disciplinario para los integrantes de las procuradurías, como agentes defensores de los intereses indígenas.

De manera semejante, el Estado boliviano sigue los lineamientos de la constitucionalización del derecho, que se exhibe en México, Ecuador y Colombia, adoptando como norma fundante la Constitución política boliviana. Este instrumento reconoce de igual manera la composición multicultural del Estado que se matiza a partir del sentido filosófico del preámbulo, el cual permite el desarrollo de la cuestión disciplinaria en semejanza al Estado ecuatoriano, conforme a las disposiciones de la Ley Orgánica del Ministerio Público, que resalta la independencia y respeto para las comunidades indígenas, delegando al Ministerio Público la función de mediación para coordinar con la justicia indígena las situaciones que ameriten la actividad correspondiente.

En relación con los procesos en los cuales se pueda vincular una persona perteneciente a una etnia determinada, no se contemplan las situaciones disciplinarias correspondientes, sin embargo, se establece que,

“las investigaciones y procesos penales contra personas miembros de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos, en la Jurisdicción Ordinaria, el Ministerio Público actuará respetando su diversidad cultural y cosmovisión”⁶⁵⁸

De lo anterior se puede colegir que, si bien no se determina expresamente la posibilidad de disciplinar un miembro de la comunidad indígena, el ordenamiento deja abierta esta eventualidad, siempre y cuando se respete su arraigo cultural y cosmovisión.

En síntesis, el panorama planteado en derecho comparado permite deducir que, en las últimas décadas, el reconocimiento constitucional de los derechos a los pueblos indígenas de los estados latinoamericanos se constitucionalizó, destacándose principalmente la autonomía en todos los ámbitos, como el territorial y el reconocimiento de una jurisdicción especial, que responde a sus costumbres económicas, políticas, sociales y tradicionales, generando un aparente conflicto que amenaza la independencia y conservación de estas comunidades, atendiendo a las relaciones especiales de sujeción a las que se vinculan los miembros de comunidades indígenas que ejercen funciones públicas, destacándose la necesidad de analizar y establecer los efectos e incidencia de la aplicación

⁶⁵⁸ ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Ley Orgánica del Ministerio Público de Bolivia, (11 de julio de 2012). Artículo 72

del Derecho Disciplinario en la autonomía de los pueblos indígenas de Ecuador, México, Bolivia y Colombia.

Escenarios planteados que se deben analizar, en el contexto de la figura de las relaciones especiales de sujeción, entendida inicialmente y de manera general por la doctrina, como los:

[...] “vínculos especialmente estrechos entre una persona y el Estado, y que implicaron, en una época, que el individuo quedara a merced del poder; es decir, prácticamente el individuo no tenía o entregaba todos sus derechos y el Estado podía hacer con él lo que a bien tuviere en cuanto a su relación laboral. Es un vínculo estrecho que hoy todavía subsiste y seguirá subsistiendo, sólo que no con el contenido de arbitrariedad que tuvo en épocas pasadas”⁶⁵⁹

Aunado a que en los estados modernos y en la aplicación de esta figura se limitan o restringen los derechos fundamentales de aquellos vinculados con la administración o que ejercen funciones públicas (Servidores públicos y particulares), pero siempre en el marco de las finalidades de interés general. Figura de las relaciones especiales de sujeción analizada por la doctrina, en el sentido que:

[...] “necesariamente debe tener fundamento constitucional si en ellas se restringen derechos de carácter fundamental; Así resulta necesario identificar las técnicas que utilizan las Constituciones contemporáneas para definir las restricciones expresas sobre el contenido básico de los derechos fundamentales que puedan verse afectados por este tipo de

⁶⁵⁹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. 2007. Op. cit. p. 144-145

relación; A partir de esas técnicas se definen las limitaciones o restricciones expresas de los derechos, o las distintas modalidades de su ejercicio y protección como debe operar el ámbito de reserva de ley, para perfilar o tipificar los distintos prototipos de relaciones de sujeción especial; Significa lo anterior que el estudio de las RSE en el panorama constitucional debe realizarse dentro del marco general de las restricciones a los derechos fundamentales, así como dentro de las finalidades de interés general que invoquen expresamente la propia Constitución y que comporte el ejercicio de potestades administrativas. Estos dos elementos, restricción y potestad administrativa, en nuestro sentir, resultan determinantes para definir en el panorama constitucional los prototipos de relaciones de sujeción especial"⁶⁶⁰

1. DESARROLLO NORMATIVO

1.1. MÉXICO

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dictada en el marco de una revolución popular en 1917, consagra un modelo de Estado federado, que respeta la soberanía y la independencia en la administración y régimen de los estados asociados(Constitución Política, 1917), los cuales deberán ajustar sus marcos jurídicos de conformidad con las prescripciones constitucionales de la Carta Constitucional Federal, bajo una relación de prevalencia normativa que debe inspirar las constituciones de cada Estado. Los matices que caracterizan la Constitución mexicana, necesariamente hacen referencia a la composición demográfica diversa de sus regiones,

⁶⁶⁰ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. 2005. Op. cit. p. 49

que resaltan la construcción de una nación de carácter pluricultural que es sustentada originalmente en los pueblos indígenas precolombinos.

Este reconocimiento fundamental a las comunidades nativas que ocupan territorios en los estados mexicanos, se encuentra estrechamente ligada a la composición como unidad social capaz de conservar sus autoridades respondiendo a sus usos y costumbres, así como características económicas y culturales propias.

Sin embargo, el texto constitucional mexicano delega el reconocimiento de las comunidades étnicas a las constituciones y las leyes de los estados federados, las cuales deberán asegurar el derecho a la libre determinación y autonomía de las comunidades indígenas, para que presenten su organización social, económica, política y cultural, además de respetar la aplicación a sus propios sistemas normativos, en relación con la regulación y solución de sus conflictos internos, los cuales deberán estar acordes con los principios constitucionales federales. Es importante destacar, que el reconocimiento constitucional permite la incursión de las comunidades indígenas en las acciones del Estado a nivel municipal, siempre y cuando las autoridades indígenas conciban dicha participación.

En materia legal relacionada con las comunidades indígenas, la Ley General de Desarrollo Social, integra los principios de respeto a la diversidad y libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas, con la finalidad de afianzar los postulados constitucionales, sin profundizar de manera representativa, toda vez que por mandato constitucional, corresponde a cada Estado realizar el reconocimiento de derechos y promover la participación en los escenarios jurídicos y políticos que se formalicen con

fundamento legal, transfiriendo la responsabilidad a cualquiera de los 32 estados federados.

De conformidad con las cifras del Consejo Nacional de Población (Conapo) y la Comisión Nacional para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas (CDI), en el territorio mexicano se encuentran reconocidos 62 pueblos indígenas que habitan en 24 estados, ubicados en su mayoría en la parte sur del territorio, en donde se destacan los estados de Oaxaca, Chiapas, Veracruz, Puebla y Yucatán, con poblaciones indígenas que oscilan entre 1 y 2 millones⁶⁶¹, concentrados mayoritariamente en el Estado de Oaxaca, que de manera consecuente implementa un mayor número de normas jurídicas para ofrecer un amparo, como la Ley Orgánica de la Procuraduría para la Defensa del Indígena del Estado de Oaxaca, en virtud de la cual otorga la competencia a la Procuraduría para la Defensa de los Asuntos Indígenas.

En materia disciplinaria la norma rectora es la Ley General de Responsabilidades Administrativas, que emana directamente de la Constitución Política, otorgando la competencia al legislador para establecer el régimen disciplinario, que aplica de manera general para toda la República, con el objeto de formalizar principios y obligaciones que serán aplicables en las actuaciones de los servidores públicos, así como establecer faltas administrativas bajo la categoría de graves y no graves, imputables a los servidores públicos, las sanciones, los procedimientos y las competencias.

Determinando un régimen específico sancionatorio de carácter disciplinario, que recae directamente en aquellos con la condición de

⁶⁶¹ HEREDIA SÁNCHEZ, Édgar. Los pueblos indígenas en México y la CNDH. 2006. [En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/32RfZWS>>

servidor público, la cual configura una relación especial de sujeción, que no es de carácter constitucional como se presenta regularmente, pero que encuentra un rango superior a las constituciones federales por emanar del legislador nacional, en un Estado federal.

Respecto a los sujetos disciplinables, la norma contempla principalmente a los servidores públicos, ex servidores públicos y particulares vinculados con faltas administrativas graves. Es preciso anotar que, en relación con la población indígena no se contempla la aplicación de la norma en cuestión, atendiendo a la independencia que otorga la Constitución mexicana para la organización social, política y económica de las comunidades indígenas.

1.2. ECUADOR

El marco normativo ecuatoriano exhibe de manera semejante la prevalencia de la Constitución, como norma jurídica suprema, en virtud de la cual debe inspirarse el sistema jurídico. Promulgada en el año 2008, se destaca por reconocer la multiculturalidad de la nación ecuatoriana y fundar un Estado de derecho con fundamento en la justicia social. El modelo de Estado de carácter republicano descentralizado, reconoce la soberanía popular representada en las instituciones del Estado.

Teniendo las mismas características demográficas del Estado mexicano en relación con la abundante presencia de comunidades étnicas, la Constitución Política integra a los pueblos indígenas, los afro-ecuatorianos, el pueblo montubio y las comunas, al Estado único pluricultural de Ecuador, de conformidad con el artículo 56 de la Carta Política. Consecuentemente se reconocen derechos como a la autodeterminación y conservación de

sus estructuras sociales de conformidad con sus costumbres, la propiedad colectiva, la consulta previa y participación mediante sus representantes en los planes y proyectos del Estado en relación con sus prioridades.

En relación con el régimen disciplinario, el artículo 233 de la Constitución política ecuatoriana hace referencia a la responsabilidad de los servidores públicos, los cuales están llamados a responder por las contravenciones al ordenamiento jurídico en acción u omisión en el ejercicio de sus funciones.

A nivel legal se destaca la Ley Orgánica de Servicio Público, que tiene como finalidad aplicar los principios de calidad, eficiencia, eficacia para mejorar la productividad del Estado y de sus instituciones, exhibiendo un catálogo de faltas clasificadas en leves y graves, que permiten la imposición de sanciones como la amonestación verbal, amonestación escrita, sanción pecuniaria administrativa, suspensión temporal sin goce de remuneración y destitución⁶⁶².

El ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Servicio Público, presenta una concepción amplia de las dimensiones de la Administración Pública, que contempla la justicia indígena, que de conformidad con el artículo 171 superior, corresponde con la función jurisdiccional delegada a las comunidades indígenas que ejercen con fundamento en sus tradiciones ancestrales y sus normas de derecho tradicional dentro de sus territorios reconocidos⁶⁶³.

⁶⁶² Ley Orgánica de Servicio Público. (LOSEP), 2010. Op. cit.

⁶⁶³ Ibid.

Conforme a lo expuesto, en los términos del artículo tercero de la Ley disciplinaria ecuatoriana, se observa una relación especial de sujeción que se configura en los eventuales casos en que los servidores públicos pertenecientes a una comunidad étnica, que desarrollen la función jurisdiccional indígena, transgredan las normas que de conformidad con sus costumbres culturales y de derecho propio, afecten la función jurisdiccional que les confiere la Constitución ecuatoriana.

1.3. BOLIVIA

En el caso de Bolivia, su ordenamiento jurídico se desarrolla en virtud de las premisas contenidas, en la Constitución promulgada en el año 2008, exponiendo un modelo de Estado unitario, se observa que las comunidades indígenas se manifiestan presentes en la conformación de la nación boliviana, abarcando todas las dimensiones del Estado, como consecuencia de la densa tabla poblacional indígena, que de conformidad con el censo realizado en 2002, representa el 42% de la población boliviana⁶⁶⁴

El Estado boliviano presenta una situación semejante en relación con la constitucionalización de su ordenamiento jurídico, es decir, que la norma fundante boliviana de 2008, se presenta como el soporte fundamental del sistema normativo de ese país. Sin embargo, el alto volumen de comunidades indígenas del Estado boliviano, lo supeditan a conformar un modelo particular en relación con el desarrollo jurídico normativo, el cual debe ser más amplio, con la finalidad de cumplir la obligación que tiene el

⁶⁶⁴ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Sin los pueblos indígenas no hay Estado plurinacional. La Paz: Editorial GRECO, 2010. p. 10

Estado de garantizar la plurinacionalidad comunitaria, que se estipula en el artículo primero de la Constitución.

El capítulo cuarto de la Constitución boliviana, hace referencia a los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, generando un reconocimiento a su identidad, en relación con la lengua, la tradición histórica, las instituciones tradicionales, la territorialidad y su cosmovisión, establecidas previamente a la incursión de la conquista española, siendo consecuente el reconocimiento y la protección constitucional con la finalidad de preservar la integridad como nación perteneciente al Estado boliviano.

En comparación con México y Ecuador, el Estado boliviano presenta de manera semejante la protección para las comunidades indígenas, esto es permitiéndoles su autonomía, la conservación de sus autoridades, el derecho colectivo a la tierra y la participación parcial en las decisiones del Estado que los vincule como comunidad y que se relacionen con los territorios que ocupan.

Ahora, en relación con el Derecho Disciplinario, se observa que la norma que señala las sanciones por afectación a la prestación del servicio público, es la Ley 2027 de 1999, denominada estatuto del funcionario público. A diferencia del Derecho Disciplinario ecuatoriano y mexicano, el Derecho Disciplinario boliviano no cuenta con independencia absoluta del Derecho Penal, toda vez que las situaciones de afectación a la administración se sancionan por intermedio de la legislación penal.

No obstante, el estatuto del funcionario público en el capítulo quinto del título tercero de la mencionada Ley, hace referencia a los incentivos y las sanciones, señalando que dos evaluaciones consecutivas no satisfactorias y otras infracciones al presente estatuto, dará lugar a la aplicación de sanciones, en las cuales se destacan, la multa, la suspensión temporal o destitución del cargo, conforme a los reglamentos internos.

Igualmente, se observa que el Derecho Disciplinario boliviano, se encuentra fragmentado delegando a las entidades por intermedio de sus reglamentos internos el señalamiento de las faltas que conducen a la aplicación de las sanciones descritas en la Ley del estatuto del funcionario público que de manera precaria establece las sanciones aplicables. En lo atinente a las relaciones especiales de sujeción no se encuentra una categoría superior como en los ordenamientos jurídicos de México y Ecuador, se debe remitir a los reglamentos internos institucionales, los cuales resultan irregulares por la ausencia de unidad normativa. En relación con las comunidades indígenas, no se establecen normas de sujeción que vinculen de manera especial a responder por sus acciones en el ejercicio de funciones públicas.

1.4. COLOMBIA

La Constitución de 1991, reconoce los derechos de los pueblos indígenas, a partir de la consagración constitucional del pluralismo⁶⁶⁵, junto con la

⁶⁶⁵ Constitución política de Colombia, 1991. Op. cit. "art 1: Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general"

coexistencia de una diversidad étnica y cultural⁶⁶⁶ en la nación, reflejada de manera particular en la autonomía de funciones jurisdiccionales incorporadas en el artículo 246⁶⁶⁷ de la Constitución, en su ámbito territorial y, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre y cuando estas no sean contrarias a la Constitución y la Ley colombiana.

Función jurisdiccional especial que se debe coordinar con el sistema judicial nacional, la cual se ha venido regulando a través de los múltiples conflictos en materia de conocimiento de asuntos penales, civiles, agrarios, laborales, entre otros, con la jurisdicción ordinaria.

Igualmente, en el marco jurídico colombiano se encuentran aspectos comunes en relación con los sistemas jurídicos de México, Ecuador y Bolivia, en lo relativo a la supremacía constitucional. Sin embargo, el marco jurídico ecuatoriano señala expresamente, la responsabilidad de los servidores públicos por las transgresiones al ordenamiento jurídico, de manera semejante a la planteada en la Constitución colombiana. Es decir, que la responsabilidad específica que la Constitución impone de manera exclusiva y excluyente a los servidores públicos, se apoya normativamente en Colombia y en principio a partir del artículo 6 en concordancia con los artículos 123 y 124, reconociéndose y ratificando con ello la relación especial de sujeción de carácter superior por tener fundamento en la carta política⁶⁶⁸ (Constitución Política, 1991).

⁶⁶⁶ Ibid. "art 7: El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana" (Subrayas propias)

⁶⁶⁷ Ibid. "art 246: Las autoridades de los pueblos indígenas **podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial**, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República; La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional" (Subrayas propias)

⁶⁶⁸ Ibid.

Aunado a que en la Constitución y legislación colombiana se reconocen otras manifestaciones de relaciones especiales de sujeción, cuando ciudadanos particulares ejercen funciones públicas, administran recursos públicos, entre otras prerrogativas propias de los órganos del Estado, para el caso que nos ocupa, respecto de algunos miembros de las comunidades indígenas⁶⁶⁹.

A diferencia de los sistemas jurídicos de México, Ecuador y Bolivia, el Derecho Disciplinario colombiano esta unificado a partir de la vigencia de la Ley 200 de 1995, reformada por la Ley 734 de 2002 y abrogada con la Ley 1952 de 2019. Esta vertiente del *ius puniendi*, se manifiesta en Colombia como una rama del derecho independiente y autónoma, que emana del derecho sancionador administrativo, bajo un esquema inquisitivo que concentra la función de investigar, acusar y emitir la decisión que en derecho corresponda en contra del sujeto procesal implicado, en cabeza de un servidor público que pertenece a la administración del Estado.

Una de las particularidades del modelo disciplinario colombiano expuesto en las Leyes 734 de 2002 y 1952 de 2019, es el sistema de tipos en blanco y abiertos, que genera un amplio margen de valoración al servidor público encargado de emitir la decisión que en derecho corresponda. Este sistema garantiza un grado de flexibilidad, que permite integrar un catálogo de faltas disciplinarias en normas dispersas en el ordenamiento jurídico. La manifestación de la tipicidad en el escenario disciplinario, hace referencia

⁶⁶⁹ Constitución Política de Colombia, 1991. Op. cit. Artículo 123 inciso 3; artículos 25 (común), 53 y 70 del Libro Tercero de las respectivas leyes 734 de 2002 y 1952 de 2019

al principio de legalidad, como una garantía manifiesta en el derecho sancionatorio administrativo, que se desarrolla en Colombia.

Por otro lado, con la expedición de la Constitución de 1991, Colombia integró las diferentes posiciones políticas y culturales en un modelo de constitución pluricultural, en donde necesariamente se integró a las comunidades indígenas que fueron rezagadas en las constituciones anteriores. Esta posición constitucional se vio respaldada con la vigencia de la Ley 21 de 1991, en virtud de la cual se incorporó el Convenio 169 de la OIT, donde se resalta la importancia de la diversidad étnica que habita en el territorio colombiano.

La Constitución otorga un reconocimiento a las comunidades étnicas, que les permite conservar la independencia de sus territorios y costumbres económicas, políticas y sociales. Sin embargo, a pesar de la inclusión social que reconoció el constituyente y la capacidad para conservar la independencia de las comunidades indígenas, la misma Constitución y las Leyes disciplinarias 734 de 2002 y 1952 de 2019, permiten reconocer y establecer relaciones especiales de sujeción, que recaen respecto de algunos miembros de estas comunidades, en los eventuales casos que ejerzan funciones públicas o administren recursos públicos, facultando la legislación disciplinaria a investigar e imponer sanciones a estos, de conformidad con los artículos 25 (común), 53, 70⁶⁷⁰ y siguientes del libro

⁶⁷⁰ Ibid. “art 25: **Destinatarios de la Ley Disciplinaria;** Son destinatarios de la ley disciplinaria los servidores públicos aunque se encuentren retirados del servicio y **los particulares contemplados en el artículo 53 del Libro Tercero de este código; Los indígenas que administren recursos del Estado serán disciplinados conforme a este Código**”; “art 53: **Sujetos Disciplinables;** <Artículo modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011; El nuevo texto es el siguiente:> **El presente régimen se aplica a los particulares** que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales; **también a quienes ejerzan funciones públicas, de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con estas,**

tercero de las respectivas normas disciplinarias mencionadas, que aparentemente se contraponen a las competencias reconocidas por la Constitución a las comunidades indígenas, para investigar y juzgar a sus miembros de conformidad con sus normas y tradiciones.

Concretamente, el modelo normativo disciplinario colombiano, se asemeja en la categoría dogmática de las relaciones especiales de sujeción a la de los ordenamientos jurídicos de México y Ecuador, teniendo en cuenta que estas provienen de una norma de carácter superior. Ahora, en relación con las comunidades indígenas, la independencia y autonomía reconocidas a estas en los textos constitucionales, al parecer, no son un límite para la aplicación a estas de normas disciplinarias que buscan garantizar las finalidades de interés general implícitas en el ejercicio de la función pública.

2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

2.1. MÉXICO

De conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es el Tribunal Supremo Constitucional del Estado Mexicano, su función principal es asegurar la supremacía de la Constitución, así como solucionar en su condición de órgano de cierre los particulares conflictos jurisdiccionales de relevancia social. Sus competencias están orientadas a definir los medios de

y a quienes administren recursos públicos u oficiales [...] “**art 70. Sujetos Disciplinables; El presente régimen se aplica a los particulares que ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria; que administren recursos públicos;** que cumplan labores de interventoría o supervisión en los contratos estatales y a los auxiliares de la justicia” (Subrayas propias)

control constitucional, dentro de los cuales se destacan los amparos directos trascendentales, los recursos en los casos de incumplimiento de sentencias y de repetición de actos reclamados. De igual forma procede a emitir juicios de amparo que, en comparación al sistema jurídico colombiano, se asemeja la acción de tutela.

Como se mencionó, el marco jurídico mexicano contempla las relaciones especiales de sujeción, las cuáles no vinculan expresamente a las comunidades indígenas, pero habilita la construcción de dichas relaciones. En consecuencia, el análisis jurisprudencial se centra en la autonomía de las comunidades, como eje fundamental para intervenir en las acciones del Estado y de esta manera configurar una relación jurídica de sujeción en el marco de las responsabilidades atribuidas en el ejercicio de funciones públicas (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015).

En el desarrollo jurisprudencial de las altas cortes en el Estado mexicano, en relación con la autonomía de las comunidades indígenas que se amparan en las prescripciones constitucionales, se destaca lo decidido por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación Mexicana, que analizó un conflicto presentado entre el Instituto Electoral del Estado de Michoacán y la comunidad indígena, donde se dirimió la protección de los derechos políticos electorales del ciudadano, proceso que se identificó coloquialmente como el caso Cherán.

La relevancia de la sentencia en comento, se destaca por los criterios interpretativos establecidos en materia de derechos humanos, la cuestión indígena, tratados internacionales y la aplicación directa de la Constitución mexicana.

La problemática planteada se sustenta en la aplicación de dos sistemas jurídicos competentes para el caso en concreto, teniendo por un lado el derecho que emana del Estado y por el otro el derecho indígena. Sin embargo, se puede observar, que el problema jurídico planteado por el órgano jurisdiccional consiste en resolver la incógnita ¿qué derechos les corresponden a las comunidades indígenas en relación con la autonomía de gobierno?

Para resolver el problema jurídico planteado, la corte recurre a la interpretación del artículo 2º, párrafo 5º de la Constitución mexicana señalando que la conjunción de derechos allí señalados constituye expresamente el derecho fundamental a la libre determinación de las comunidades indígenas. Las diferentes dimensiones que este derecho encuentra en la realidad, permite encontrar una protección especial, manifestada no sólo en la norma fundante mexicana, toda vez que en el escenario internacional, las comunidades indígenas encuentran una regulación especial, contenida en la convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, que reconoce la protección especial de la cual deben gozar estas comunidades, en donde la libre determinación es fundamental en la conservación de sus costumbres culturales, económicas y políticas.

Específicamente, la autodeterminación atribuible a las comunidades indígenas mexicanas, confirmada en el análisis presentado por el tribunal supremo, contiene elementos como la auto disposición organizacional, que implica la capacidad de organizarse de conformidad con sus creencias y costumbres, así como la auto disposición normativa que les permite

conservar sus normas tradicionales y, la auto disposición política y acceso efectivo a la justicia estatal.

2.2. ECUADOR

El desarrollo jurisprudencial ecuatoriano, relativo a la independencia de las comunidades indígenas, resulta relevante en relación con la independencia de estas comunidades y la limitación a su autodeterminación, teniendo en cuenta el marco jurídico analizado anteriormente, dónde es posible establecer las relaciones especiales de sujeción que pueden vincular a miembros de las comunidades indígenas cuando hacen parte de la jurisdicción indígena.

El peritaje antropológico solicitado por la Corte Constitucional del Ecuador, bajo el número 210-2009-EP, desarrolla la acción extraordinaria de protección interpuesto por un miembro de la comunidad Shuar Pumpuis, al analizar un conflicto surgido entre la comunidad Shuar que se asentó en unos territorios a partir de la década de los 80 y que presentan conflicto con una comunidad salesiana que alegaba la propiedad de dichas tierras⁶⁷¹ (Corte Constitucional Ecuatoriana, 2009).

La tesis central del análisis jurisprudencial, se orienta hacia la concepción de los territorios para la nacionalidad Shuar, analizando que está noción no es la misma de la que dispone el sistema ordinario de justicia, que rige para los ecuatorianos que no pertenecen a estas comunidades, adicionando que ese vínculo estrecho con la propiedad del territorio que desarrollan los

⁶⁷¹ Constitución Política del Ecuador. 2008. Op. cit.

indígenas, les permite asegurar actividades propias de sus características culturales, como practicar la pesca, la caza la y la agricultura, actividades que están íntimamente relacionadas con su existencia y conservación como comunidad⁶⁷².

De manera semejante, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió conceptos aplicables al particular ecuatoriano, presentados en el caso *Sawhoyamaxa vs Paraguay*, que resalta los principios como la posesión tradicional de las tierras y la necesidad de que se observe desde una óptica diferente a la del Estado, es decir, que no tenga la misma connotación jurídica que las comunidades no indígenas a la propiedad (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006).

Por otro lado, los asuntos disciplinarios encuentran desarrollo jurisprudencial, mediante la sentencia número 027-16-SIS-CC, proferida por la Corte Constitucional ecuatoriana, que resuelve el cumplimiento de una acción de amparo, en el caso de la destitución de una profesora, a la cual se le vulneró el derecho al debido proceso, dejando sin efecto la resolución número 001598. En la sentencia señalada se destaca la prevalencia de la Constitución sobre los estatutos y reglamentos, además de la importancia de adelantar un proceso en donde se respeten las garantías para la imposición de sanciones que ameriten el retiro de las funciones que ejercen los servidores públicos⁶⁷³.

⁶⁷² GARCÍA, F. Peritaje antropológico solicitado por la Primera Sala de la Corte Constitucional para el período de transición, en la causa signada con el Nro. 0210- 2009-EP, acción extraordinaria de protección planteada por el señor Silverio Saant Chapaik. Quito: Corte Constitucional. 2010. p. 15

⁶⁷³ Constitución Política del Ecuador. 2016. Op. cit.

Es importante mencionar que el análisis presentado por el Tribunal Constitucional, destaca la relación especial de sujeción que tiene la profesora en su condición de servidora pública y vinculada a responder por las transgresiones que genera contra el ordenamiento jurídico en el ejercicio de sus funciones, sin embargo, este procedimiento debe desarrollarse a partir del cumplimiento de los principios constitucionales, los cuales se desconocen al no adelantarse un proceso administrativo.

2.3. BOLIVIA

De manera diferente se desarrolla el marco jurisprudencial boliviano, atendiendo a la ausencia de concentración normativa que determine un procedimiento disciplinario único, sin embargo, al estar arraigado constitucionalmente la inclusión de las comunidades indígenas con el Estado plurinacional, se observa que los pronunciamientos de las altas cortes respecto a la autodeterminación de las comunidades indígenas y su capacidad de establecer un ejercicio autónomo con fundamento en sus costumbres políticas, económicas y sociales, se aborda a profundidad, determinando objetivamente principios que permiten interpretar la autonomía de las comunidades indígenas con independencia a las relaciones especiales de sujeción de los servidores públicos.

La sentencia constitucional plurinacional número 0060/2016, emitida por la sala plena de la Corte Constitucional boliviana resuelve un conflicto de competencia presentado entre la jurisdicción ordinaria penal y la indígena originaria campesina, las cuales emanan de la potestad en cabeza del Estado para administrar justicia, que encuentra competencias derivadas de su esencia, es decir, que la jurisdicción ordinaria se ejerce por el Tribunal

Supremo de Justicia, los Tribunales Departamentales y los Tribunales de Sentencia entre otros, así como la Jurisdicción Indígena originaria campesina se ejerce de conformidad con las normas y reglas de sus propias autoridades.

El análisis presentado por el Tribunal Constitucional, parte de la interpretación del artículo 179 de la Constitución boliviana el cual establece que, tanto la jurisdicción indígena originaria campesina como la jurisdicción ordinaria se encuentran en la misma jerarquía. No obstante, existen unos ámbitos de aplicación jurisdiccional que permiten identificar cuando es aplicable la jurisdicción indígena⁶⁷⁴.

El primer ámbito, es el de la vigencia personal, que hace referencia a la colectividad humana que comparte una identidad cultural, tradición histórica institucional y territorial en el marco de una cosmovisión de carácter colectivo, que goza del reconocimiento estatal y de la protección constitucional y legal.

El segundo ámbito, es el territorial, que hace referencia a todos los hechos jurídicos que producen efectos dentro de la jurisdicción indígena originaria campesina, es decir, que estos hechos deben ocurrir dentro de los territorios ancestrales reconocidos por el Estado.

Finalmente, el ámbito de vigencia material, establece que la jurisdicción indígena es competente para conocer de los asuntos que se relacionen con la naturaleza de su conocimiento social normativo y ancestral, la cual está

⁶⁷⁴ Constitución Política del Ecuador, Op. cit. 2016.

estipulada en la Ley de deslinde jurisdiccional, sin embargo, para el tribunal es claro que la ley de deslinde jurisdiccional no aplica concretamente cuando se trata de la jurisdicción indígena, toda vez que por su naturaleza se encuentra en desventaja para la aplicación y la interpretación de una norma que se aparta de su interpretación social y cultural.

En síntesis, es posible determinar que, de conformidad con lo analizado en lo particular y en el razonamiento analógico, conduce a afirmar, que la aplicación de normas disciplinarias, en los casos donde se involucran miembros de comunidades indígenas, es posible, siempre y cuando se atiendan a los criterios personales, territoriales y materiales, que se exponen en la sentencia analizada.

2.4. COLOMBIA

La Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Disciplinaria y, eventualmente la Corte Suprema de Justicia, han venido estableciendo criterios de protección a la autonomía de los pueblos indígenas en Colombia, a través de sus pronunciamientos y específicamente cuando se resuelven conflictos entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria. Sin embargo, cuando se trata de controversias en la aplicación de la ley disciplinaria a los pueblos indígenas no existen muchos pronunciamientos al respecto, por lo cual no se ha ahondado lo suficiente sobre el tema en la jurisprudencia.

Los criterios de protección para conservar la autonomía de los pueblos indígenas en Colombia, se asemejan a los establecidos por la justicia constitucional boliviana, es decir, resolviendo conflictos de competencia

entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria. Donde se destaca la protección, garantía y regulación de los derechos relativos a la diversidad étnica y cultural, los recursos naturales de resguardos indígenas, la salud, autonomía, fuero indígena, debido proceso, participación, autonomía, identidad lingüística propia, propiedad colectiva sobre la tierra habitada por la comunidad, administración de justicia, entre otros. No obstante, la ausencia de reglas y criterios en materia disciplinaria para resolver conflictos donde se deba vincular disciplinariamente a un miembro de una comunidad indígena, no permiten establecer con claridad los efectos, limitaciones o restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas.

Es por ello que se debe acudir a los pronunciamientos de la Corte Constitucional, cuando por competencia ha debido conocer en materia de tutela y demandas de constitucionalidad, casos donde se presentan conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y la ordinaria, con el fin de tener elementos de estudio y análisis, que posiblemente puedan dar luces y claridad en materia de aplicación del derecho disciplinario a las comunidades indígenas y, sus efectos, limitaciones y restricciones a su independencia y autonomía, en el contexto de las relaciones especiales de sujeción.

Partiendo por mencionar que en la sentencia de tutela T-349 de 1996, se planteó como regla de protección de la autonomía de las comunidades indígenas para la supervivencia cultural, que esta se debe orientar a la maximización de su autonomía y la minimización en las restricciones de la misma a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía. En esta última situación sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones:

a) Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía.

b) Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Ahora, en la sentencia C-127 de 2003⁶⁷⁵, la honorable Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad contra el inciso segundo del artículo 25 de la Ley 734 de 2002 (Código Disciplinario Único Colombiano), donde se establece que es aplicable la Ley disciplinaria a los indígenas que administren recursos del Estado, al considerar el demandante que esta expresión violaba normas de carácter constitucional y en particular los artículos 1 y 246 por cuanto el precepto que se acusa permite que los integrantes de comunidades indígenas sean juzgados de conformidad con el Código Disciplinario Único, a pesar del reconocimiento constitucional a la diversidad étnica y la autonomía existente para los grupos étnicos, especialmente para juzgar de conformidad con sus propias normas y procedimientos. Norma que fue declarada exequible en su inciso segundo, bajo las siguientes consideraciones:

[...] “Tratándose de recursos públicos manejados por los servidores públicos, nuestro ordenamiento dispone una serie de procedimientos de planeación, contratación y ejecución, **pues el manejo de estos recursos involucra el interés general**, por cuanto, además de ser un aporte de todos los contribuyentes, **su destinación implica el cumplimiento de los fines del Estado; En el evento en que esos recursos sean administrados por**

⁶⁷⁵ Sentencia C-127, 2003. Op. cit.

particulares, estos se encuentran sometidos a la Constitución y a la Ley. Respecto de ellos las funciones de vigilancia y control asignadas por el ordenamiento jurídico a la Contraloría General de la República y a la Procuraduría General de la Nación deben ser ejercidas por ellas, para asegurar la pulcritud en el manejo de dineros del erario público; Así las cosas, resulta claro para la Corte Constitucional que, conforme a la Constitución Política **la inclusión como destinatarios de la ley disciplinaria de los indígenas que administren recursos del Estado, no vulnera el artículo 246 de la Carta Política, ni tampoco su artículo 1** como lo sostiene el actor. La norma contenida en el artículo 25 de la Ley 734 de 2002, **por este aspecto, coloca a quienes siendo indígenas administren recursos públicos en la misma situación de cualquier colombiano que se encuentre en esa hipótesis,** sin que ser destinatarios de la ley disciplinaria signifique decisión anticipada sobre responsabilidad alguna de carácter disciplinario, pues ella se rige por los principios y las reglas establecidas en el código disciplinario, y muy especialmente en su artículo 28; **El régimen disciplinario que controla el comportamiento de los servidores públicos, se aplica a los particulares únicamente cuando éstos cumplen funciones públicas; Por consiguiente, resulta razonable la aplicación del régimen disciplinario a los indígenas que manejen recursos del Estado, pues allí en su condición de particulares serán sujetos pasivos de la acción disciplinaria, siendo ello concordante con lo dispuesto en el artículo 53 del Código Disciplinario Único que señala como sujetos disciplinables a los particulares que administren recursos del Estado y establece el régimen aplicable a los mismos;** Así las cosas, el inciso segundo del artículo 25 de la ley 734 de 2002, no vulnera los derechos constitucionales de los indígenas al incluirlos como destinatarios de la ley disciplinaria, siempre y cuando, tal como lo señalan el Interviniente y el Ministerio

Público, el Estado capacite y asesore a las autoridades indígenas, para que se produzca una comprensión de cada una de las cláusulas del contrato, a través del cual administrarán recursos públicos y las consecuencias de su infracción"⁶⁷⁶ (Negrilla, cursiva y subrayado propio)

Sin embargo, a pesar que la Corte Constitucional en su momento declaró exequible el inciso segundo del artículo 25 de la Ley 734 de 2002, se considera que en la citada providencia no se profundizó respecto de la autonomía de los pueblos indígenas, reconocida constitucionalmente, en materia de auto gobernanza, debido a que cuando se investiga disciplinariamente de manera individual a un miembro de un grupo indígena, inescindiblemente se debe analizar, en pro de la identidad cultural y maximización de la autonomía de los pueblos indígenas, el contexto de los usos y prácticas, las particularidades de cada comunidad, la recepción y asimilación de elementos culturales externos a los mismos, como por ejemplo la asistencia a centros educativos occidentales, etc.; el conocimiento sobre la existencia de normas que prohíban conductas que atente contra los recursos del Estado, entre otros aspectos, para entrar a determinar y condicionar de manera individual el actuar del integrante de la comunidad indígena implicado en este tipo de conductas, a la aplicación de la norma disciplinaria y, por supuesto en lo atinente a las limitaciones a su autonomía, como lo expuso en el salvamento de voto de la mencionada decisión, el Magistrado **Manuel José Cepeda Espinosa**, en algunos de los siguientes apartes de la citada providencia:

⁶⁷⁶ Ley 734, 2002. Op. cit

[...] “Con el debido respeto por la Corporación y por el magistrado ponente, aclaro mi voto a la sentencia C-127 de 2003; Considero que la decisión de la Corte ha debido ser la exequibilidad condicionada del inciso 2 del artículo 25 de la Ley 734 de 2002, en el sentido de hacer depender la constitucionalidad de la norma que ordena la aplicación de la ley disciplinaria a los indígenas que administren recursos del Estado **a que, por lo menos, la persona del disciplinado se encuentre integrado a la cultura occidental**”⁶⁷⁷

2.4.1. Los límites a la autonomía indígena en materia jurisdiccional

“La labor de la Corte ha estado dedicada principalmente a establecer tanto el alcance como las limitaciones de la autonomía jurisdiccional y gubernamental que el texto constitucional en sus artículos 246 y 330 reconoce a las autoridades indígenas; Estas normas establecen en cabeza de las autoridades indígenas, como guardianas y representantes de la singularidad cultural de su pueblo respectivo, un derecho de contenido indeterminado a obrar conforme a sus propios usos y costumbres, así como y el deber correlativo, e igualmente indeterminado, de ajustar sus actuaciones a los mandatos de la Constitución y las leyes; **Dado el grado de indeterminación de los derechos emanantes de la autonomía jurídica y política reconocida a las comunidades indígenas, la Corte Constitucional ha sido la llamada a trazar los límites precisos de tales principios y derechos**”⁶⁷⁸

⁶⁷⁷ Ibid.

⁶⁷⁸ Ibid.

Ahora bien, del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo.

“Sin embargo, esto no significa que siempre que esté involucrado un aborígen en una conducta reprochable, la jurisdicción indígena es competente para conocer del hecho. El fuero indígena tiene límites, que se concretarán dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Por ahora, debemos señalar, que en la noción de fuero indígena se conjugan dos elementos: uno de carácter personal, con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad, y uno de carácter geográfico, que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas⁶⁷⁹ [...] (Negrilla, cursiva y subrayado propio)

Además, es fundamental resaltar la sentencia de tutela T-617 de 2010, donde se recogieron sub-reglas y criterios de interpretación, desarrolladas previamente por la jurisprudencia, para la definición de la competencia de la jurisdicción especial indígena, que permiten resolver los conflictos de competencia entre esta y el sistema judicial nacional.

⁶⁷⁹ Ibid.

Sub-reglas y criterios que se presentaron en un cuadro, como anexo a la citada sentencia y, se reiteraron en la sentencia C-463 de 2014, pues según la Corte Constitucional constituye la guía más adecuada para la comprensión de la jurisprudencia constitucional sobre la competencia de la jurisdicción especial indígena. Los cuales se agrupan en 4 elementos, que se relacionan a continuación:

Personal: La pertenencia del acusado de un hecho punible o socialmente nocivo a una comunidad indígena.

Territorial: Que los hechos objeto de investigación hayan tenido ocurrencia dentro del ámbito territorial del resguardo.

Institucional (a veces denominado orgánico): La existencia de autoridades, usos y costumbres, y procedimientos tradicionales en la comunidad, a partir de los cuales sea posible inferir: (i) cierto poder de coerción social por parte de las autoridades tradicionales; y (ii) un concepto *genérico* de nocividad social.

Objetivo: La naturaleza del bien jurídico tutelado. Concretamente, a si se trata de un interés de la comunidad indígena, o de la sociedad mayoritaria.

Por último, la Corte Constitucional a través de la sentencia T-921 de 2013, ha establecido 4 principios que pueden ser aplicados para la solución de casos relacionados con conflictos o tensiones entre la normatividad ordinaria o nacional y la normatividad de cada una de las comunidades indígenas,

- a) A mayor conservación de sus usos y costumbres, mayor autonomía.

b) Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio de convivencia para todos los particulares.

c) Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural.

d) Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas.

Antecedentes jurisprudenciales que permiten establecer el reconocimiento de las relaciones especiales de sujeción con fundamento en la norma constitucional, cuando se vinculan a las comunidades indígenas como ciudadanos particulares que ejercen funciones públicas o administran recursos del Estado y, en consecuencia, la aplicación del Derecho Disciplinario a las mismas. Lo anterior, significa que es posible desde el ámbito constitucional y legal limitar o restringir la autonomía reconocida por la carta magna a estas comunidades, cuando se investigan y juzgan ciertas conductas de algunos miembros, pero siempre y cuando estén involucrados intereses generales para el cumplimiento de los fines del Estado.

Sin embargo, a pesar de ello no se cuenta desde el punto de vista jurisprudencial con reglas y criterios específicos para la aplicación de la norma disciplinaria orientados a la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización en las restricciones de la misma a las necesarias para proteger intereses generales superiores.

3. DESARROLLO DOCTRINAL

3.1. MÉXICO

Destacando el particular desarrollo en el proceso de conformación jurídica de la Constitución mexicana, en el marco de una revolución que contaba con la participación de diferentes posturas políticas, reflejadas en el actual plurinacionalismo de los Estados Unidos de México, se observa que es abundante la doctrina en relación con la autonomía de las comunidades indígenas, la cual encuentra un fundamento histórico que vincula al Estado moderno, al reconocimiento de los derechos que garanticen la permanencia como comunidad. Sin embargo, la doctrina ha planteado una relación de igualdad de los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal, con la finalidad de que se presente un pluralismo incluyente y certero, como resultado de un planteamiento que busca modificar las estructuras de poder, que se exhiben en el marco jurídico constitucional⁶⁸⁰.

El primer aspecto que encuentra la doctrina para sostener la equivalencia entre el sistema jurídico estatal e indígena, es definir la complejidad de la jurisdicción indígena, la cual refiere directamente a lo que se entiende por indígena y que pertenece a su competencia, dirigiendo su análisis a observar cómo el marco constitucional mexicano desvirtúa sus postulados los cuales están llamados a replantearse.

⁶⁸⁰ ARAGÓN ANDREADE, Orlando. Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa al pluralismo jurídico. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado (118). 2007. p. 12

Con respecto al concepto de “indígena”, es un término compuesto que etimológicamente encuentra origen, en el rótulo de “indios” impuesto en el descubrimiento de América a los nativos americanos, por tener la convicción de que se había llegado a la india. No obstante, el término “indígena” es una simplificación para referirse al diverso volumen de comunidades culturales con raíces precolombinas, que omite los rasgos particulares que expresa cada etnia en relación con la cultura, lengua y sistema jurídico⁶⁸¹.

La traducción de este concepto en términos constitucionales, se observa en el artículo 2º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que fue adicionado en 2001, con la finalidad de reconocer el estado pluricultural y expresar que “la conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas”⁶⁸², reconociendo por un lado, la diversidad que contempla el concepto indígena, además de la autonomía en la aplicación de sus normas, las cuales responden a factores sociales y culturales propios de cada comunidad. Sin embargo, el texto constitucional limita el reconocimiento de los asuntos propios de la jurisdicción indígena, la cual deberá responder a unos lineamientos fundamentales con el fin de asegurar una relación de independencia y equivalencia, con respecto a la institución estatal⁶⁸³.

⁶⁸¹ BONFIL, Guillermo. Utopía y Revolución. El pensamiento político de los indios en América latina. México: Nueva Imagen, 1981. p. 20

⁶⁸² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

⁶⁸³ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eli. Jurisdicción indígena en ordenamiento jurídico mexicano. Jurídica. En: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana. p. 148

Estos lineamientos fundamentales de la jurisdicción indígena, deben responder en primer lugar a la naturaleza oral, que fue afianzada posterior a la conquista y que se presenta en la mayoría de las comunidades indígenas mexicanas, como producto de la destrucción de la tradición jurídica escrita, por el fanatismo clerical que incursionó con los españoles.

En segundo lugar, la orientación cosmológica, que se encarga de definir la forma en que las comunidades conciben su orden y como consecuencia las normas jurídicas, las cuales no son producto solo de la razón humana, toda vez que responden a un orden supremo que vincula imperativamente al cumplimiento. En tercer lugar, se debe observar el carácter colectivista, que se sustenta en la visión unitaria del indígena con el entorno, que no excluye al individuo, sino que lo concibe como parte de una comunidad.

Finalmente, los usos y las costumbres deben estar contempladas, partiendo de la aceptación de que las comunidades indígenas son heterogéneas y que cada una conserva usos y costumbres particulares, las cuales no pueden ser vulneradas en el reconocimiento de la jurisdicción⁶⁸⁴

En síntesis, la posición de la doctrina mexicana, en relación con la autonomía de las comunidades indígenas, parte del reconocimiento constitucional de los pueblos precolombinos y del pluriculturismo de la nación mexicana, la cual deberá encontrar elementos determinantes para garantizar dicha autonomía, no señalados en la norma, que se desprenden de la concepción etimológica de la palabra "indígena" y que permite

⁶⁸⁴ ARAGÓN ANDREADE, Orlando. Op. cit.

definir lo que le atañe a la jurisdicción especial, determinando las relaciones de poder que se enmarcan en la norma superior mexicana.

3.2. ECUADOR

El sistema jurídico ecuatoriano que plantea un modelo de organización social fundado en la legalidad, orientado al reconocimiento de la diversidad cultural, bajo las premisas de una reciente constitución política, orientó las disposiciones normativas a la reducción de las controversias que los indígenas presentaban en relación con la tierra, permitiendo a los pueblos ancestrales incursionar en planteamientos políticos bajo una gestión de carácter programático y con objetivos que obedecen a las necesidades de sus comunidades, que encuentran un rezago histórico producto de la ausencia en el reconocimiento normativo durante gran parte de la vida republicana de Ecuador⁶⁸⁵.

Bajo este panorama, el desarrollo doctrinal de la autonomía de las comunidades indígenas, contribuyó al desarrollo y a la introducción de posturas académicas para dimensionar las repercusiones del texto constitucional promulgado en el año 2008, como consecuencia de la inclusión al escenario político de las comunidades indígenas rezagadas y la construcción de un Estado plurinacional (Ávila, 2012, p. 181), que alcanza dimensiones jurisdiccionales y políticas, en el ámbito de la autonomía.

⁶⁸⁵ ALMEIDA, Ileana; ARROBO RODAS, Nidia; y OJEDA SEGOVIA, Lautaro. Autonomía indígena frente al Estado nación y a la globalización neoliberal. Quito: Abya-Yala, 2005. p. 20

Sin embargo, los esfuerzos por generar una inclusión intercultural de las comunidades indígenas, auspiciadas por las labores de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), quienes en el año 2007 mediante la presentación de propuestas a la Comisión del Consejo de Universidades y Escuelas Politécnicas (CONESUP), contribuyeron al desarrollo teórico de la construcción de la nueva Constitución Política del Ecuador promulgada en el 2008, se encuentran bajo una consigna meramente normativa que no se hace efectiva en términos reales, como el caso de la población Tsáchila, que elegía tradicionalmente a los gobernadores por cargos hereditarios y se convirtió en un cargo electivo seleccionado por voto universal de los adultos de la comunidad⁶⁸⁶, desconociendo las tradiciones a causa de la influencia normativa constitucional, que se aleja de la conservación de las calidades sociales políticas y culturales, a las que está llamado a proteger.

Visto el conflicto anterior por parte de la doctrina, se ha planteado una postura que se sostiene en el reconocimiento de la multiculturalidad y la colonialidad⁶⁸⁷, que permiten generar una identidad propia, que conduce a reducir las controversias normativas que limitan la autonomía de las comunidades indígenas y eclipsan la diversidad cultural contenida en el texto constitucional, teniendo como premisa el abandono a los modelos jurídicos extranjeros que durante siglos han nutrido los modelos jurídicos en el

⁶⁸⁶ PERALTA OSPINA, Pablo. Estado plurinacional y autogobierno territorial. Demandas indígenas en Ecuador. En: La autonomía a debate autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina. Quito: Flacso, 2010. p. 207

⁶⁸⁷ "Mecanismo mediante el cual una cultura, un grupo humano, domina a otro y lo despoja de todas sus potencialidades, de su historia, de su cultura, de su identidad; La colonialidad es un ejercicio de poder, que opera mediante múltiples mecanismos, que podrían sintetizarse básicamente en tres: (1) la diferenciación, (2) la jerarquización y (3) la dominación"

Ecuador, que impiden a la sociedad ecuatoriana responder efectivamente a la realidad⁶⁸⁸.

Concretamente se observa que la postura doctrinal ecuatoriana establece un límite normativo a la autonomía de las comunidades indígenas y la multiculturalidad, que encuentra complemento desde posturas socio-jurídicas, que reducen la tensión entre las instituciones del Estado y las indígenas, permitiendo sostener que, la sujeción al Estado ecuatoriano en relación con los miembros de comunidades étnicas, resulta ser relativa desde una posición doctrinal, toda vez que a pesar de contar con independencia normativa consagrada en la Constitución, se busca una relación de equivalencia que impida al Estado aplicar normas que afecten el reconocimiento de la multiculturalidad que a su vez se compone de dimensiones heterogéneas, que son consecuencia del arraigo de la colonialidad.

3.3. BOLIVIA

Encontrando un arraigo fundamental en las dimensiones de la multiculturalidad, mucho más profundo en comparación con los modelos jurídicos de México o Ecuador, el Estado boliviano fundamentó el nuevo modelo de organización política en 2008, con la expedición de una Constitución inspirada por la participación de comunidades indígenas, que encontraron respaldo en la presidencia de Evo Morales, para integrarse en la construcción del nuevo modelo de Estado, desde la conformación de

⁶⁸⁸ ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. ¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena? En: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito: Abya-Yala, 2012. p. 289

una asamblea constituyente, bajo la premisa de la plurinacionalidad, que recoge un reconocimiento expreso de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, que habitan ese territorio⁶⁸⁹.

Las repercusiones del concepto de multiculturalidad se gestaron en un ambiente meramente doctrinal, en donde se configura la fragmentación del concepto nacionalista, que concibe a la nación como un ente único y homogéneo, con la potestad de autodeterminación jurídica con aplicación en el territorio. Esta fragmentación denominada plurinacionalismo, permite la incursión de diferentes naciones con capacidad dentro del mismo territorio, teniendo repercusiones jurídicas relevantes respecto de las relaciones de poder entre las instituciones del estado central o principal y los demás entes autónomos, que se reconocen dentro del sistema jurídico del Estado boliviano, teniendo una relación de equivalencia que le impide a unas u otras ejercer hegemonía o prevalencia sobre las demás⁶⁹⁰.

Sin embargo, la capacidad de establecer diferentes gobiernos en el desarrollo de un Estado soberano de carácter centralista, hace referencia a la figura de la descentralización, caracterizada principalmente por adoptar un núcleo central con fines políticos de organización estatal, que dista en relación con la autodeterminación que se atribuye en la plurinacionalidad a cada grupo social diferenciado, en el sentido que su fundamento es meramente cultural, cuyos objetivos son consolidar un proceso de convivencia social de carácter dinámico, que reconoce la riqueza de la diversidad como identidad de la nación (Rosales, 2015, p. 159).

⁶⁸⁹ MAYORGA, Fernando. Estado plurinacional y democracia intercultural en Bolivia. En: RBCS Vol. 32 (94), 1-14.2017. p. 3

⁶⁹⁰ CORDERO PONCE, Sofia. Autonomía Indígena y Estado Plurinacional en Bolivia. En: Journal de Comunicación Social 3 (3). 2015. p. 127

Los enfoques teóricos en los que se sostiene el multiculturalismo boliviano, se nutren principalmente de la labor comparativa de otros estados, que incorporan en sus ordenamientos jurídicos el reconocimiento de la diversidad en dimensiones culturales o étnicas, en donde se cuestionan elementos propios de la organización política tradicional, como el Estado, la nación y la autodeterminación, con la finalidad de resolver los desafíos de las sociedades diversas, que en América Latina se presentaron a partir de la colonia⁶⁹¹.

Desde el concepto doctrinal de la plurinacionalidad establecida constitucionalmente en el Estado boliviano mencionado anteriormente, en contraste con las relaciones de sujeción en materia disciplinaria, se observa que la fragmentación del Derecho Disciplinario es consecuente con la necesidad de respetar la autonomía de las poblaciones indígenas, que pueden incursionar en las acciones del Estado, que encuentran una responsabilidad determinada en la estructura de cada entidad, de conformidad con el contexto de sus funciones y las necesidades propias del servicio público que prestan.

En términos generales, la autonomía de las comunidades indígenas bolivianas, se desarrolla a partir de la independencia que otorga el plurinacionalismo constitucional, sintetizado como un instrumento jurídico dinámico, que reconoce la diversidad de naciones que se encuentran en el Estado, que están llamadas a conservar su independencia y autodeterminación con sujeción a normas jurídicas, capaces de

⁶⁹¹ Ibid. p. 127

corresponder a las condiciones especiales diferenciales de cada comunidad étnica o cultural.

3.4. COLOMBIA

El modelo de fragmentación en materia disciplinaria que se implementa en el sistema jurídico boliviano, se sostuvo en el Estado colombiano hasta la vigencia de la Ley 200 de 1995, a través de la cual se presentó un compilado normativo de carácter sustancial y procesal bajo el título de “Código Disciplinario Único”, capaz de alinear las conductas de los servidores públicos con los fines del Estado y los valores de la administración, hecho que movilizó a sectores de la doctrina, para establecer bases fundamentales de independencia del Derecho Disciplinario en relación con el Derecho Penal y el Derecho Administrativo propiamente dicho⁶⁹².

Sin embargo, los esfuerzos de la doctrina por argumentar la independencia auténtica del Derecho Disciplinario con respecto al Derecho Administrativo, condujeron a establecer que no se presenta de manera absoluta, encontrando sustento en los principios de oportunidad y convivencia desarrollados en el Derecho Administrativo, respaldados en el debido proceso de rango constitucional, los cuales no eran claros con la fragmentación disciplinaria, que se presentaba con un manto de manejo discrecional, desconociendo la norma superior⁶⁹³.

⁶⁹² DAZA PÉREZ, Mario Felipe. Naturaleza jurídica del Derecho Disciplinario ¿Autónoma o Independiente? En: Actualidad Jurídica Edición, 2010. p. 59

⁶⁹³ MEJÍA OSSMAN, Jaime y SAN MARTÍN QUIÑONES, Silvio. Procedimiento Disciplinario. Bogotá: Doctrina y Ley Primera Edición, 2004. ISBN: 9586762793

Las leyes 734 de 2002 y 1952 de 2019, consolidaron de manera parcial la independencia que buscaban los dogmáticos del Derecho Disciplinario y establecieron de manera más amplia, un catálogo de conductas determinadas como faltas disciplinarias, en donde se observa que al tenor de lo consagrado en el artículo 25 (común a las dos leyes), los destinatarios de la norma disciplinaria cobija a los indígenas que ejerzan funciones públicas o administren recursos públicos del Estado, observando una tensión que recae en la autonomía de las comunidades indígenas.

Por otro lado, consecuente con la tendencia internacional de protección a las comunidades indígenas, el Estado colombiano ha consagrado la autonomía de los pueblos milenarios en diferentes ámbitos, destacándose la dimensión territorial y jurisdiccional⁶⁹⁴, en donde se observa la independencia en el desarrollo jurídico de conductas punibles, resolución de conflictos civiles o familiares al interior de los territorios en donde ejercen su autonomía los pueblos indígenas, situación que ha resuelto la jurisprudencia al establecer sub-reglas y criterios jurídicos, que permitan dirimir los conflictos de competencia.

Sin embargo, para la aplicación del Derecho Disciplinario no se cuenta con unas sub-reglas y criterios de interpretación para determinar si es viable que en ciertos casos el Estado colombiano aplique el Derecho Disciplinario a ciertos integrantes de los pueblos indígenas, para así determinar los efectos e incidencia de este ejercicio en relación con la autonomía de estos pueblos, tratamiento que se hace crítico al observar que la doctrina replica

⁶⁹⁴ RUEDA CARVAJAL, Carlos Eduardo. El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008. p. 350

los aportes jurisprudenciales, sin destacar particularidades que faciliten la interpretación al aplicador disciplinario.

Teniendo en cuenta el panorama anterior, se observa que es fundamental dimensionar la autonomía de las comunidades indígenas en el Estado colombiano, con la finalidad de determinar la afectación de ésta en los eventuales casos en que la Procuraduría General de la Nación, discipline a los miembros de las comunidades indígenas. Es importante destacar, que al respecto la doctrina ha sido abundante en el desarrollo de la autonomía de las comunidades indígenas de manera semejante a los países latinoamericanos, permitiendo establecer la afectación de la multiculturalidad en comparación con el marco jurídico colombiano.

Desde una postura doctrinal, la autonomía de las comunidades indígenas en Colombia, tienen una relación directa con la democracia, en el entendido en que estas comunidades representan un movimiento social traducido como una fuerza política⁶⁹⁵ que, por primera vez en la historia republicana de Colombia, se reconocieron sus intereses a partir de la promulgación de la Constitución de 1991.

La inclusión de las comunidades indígenas al escenario político, les permitió representar intereses por intermedio de sus delegatarios, a partir de la década de los setentas con la aparición de organizaciones como, el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), la Organización de Estudiantes Indígenas del Choco (UNDICH) y la Organización Regional indígena del Vaupés (CRIVA), que aunaron esfuerzos para la conformación

⁶⁹⁵ OSORIO CALVO, Carlos Alberto. Autonomía indígena y democracia en Colombia. En: El Ágora (1), 2017. p. 107

de la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), que participó en la Asamblea Nacional Constituyente, como la voz política de las demandas indígenas⁶⁹⁶. Sus solicitudes principales se relacionan con el respeto a la propiedad de los territorios ancestrales y la conservación de la independencia como comunidad autónoma.

En relación con las demandas relativas a la tierra, las comunidades indígenas encontraron un reconocimiento a la propiedad de los territorios que ancestralmente ocuparon y que se reconocieron parcialmente desde épocas coloniales. Este reconocimiento de conformidad con lo reportado por la ONIC, cobija el 47% de la población indígena con títulos reconocidos, teniendo un 53% de la población sin formas de acreditación de la propiedad, cifras que permiten observar el rezago que presentan esas comunidades con respecto a la población en general⁶⁹⁷.

En materia judicial, la Constitución de 1991 desarrolla la función jurisdiccional, a partir de la delegación de competencias (ordinaria, contenciosa administrativa y constitucional) con la finalidad de atender de manera organizada las competencias propias de la función pública administradora de justicia. De igual forma, atendiendo al reconocimiento de la multiculturalidad, el constituyente concibió otorgar autonomía jurisdiccional a las comunidades indígenas, las cuales podrán aplicar sus normas y procedimientos en su ámbito territorial, con sujeción a la Constitución y la Ley.

⁶⁹⁶ DUQUE DAZA, Javier. Las organizaciones políticas étnicas en Colombia. Los indígenas y las elecciones 1990-2006. *En*: Iberoamericana, VIII, (32), 2008. p. 13

⁶⁹⁷ MONTES BERTEL, Ibeth. El Estado y a la autonomía de los pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2017. p. 10

La sujeción legal y constitucional de la jurisdicción especial indígena, presenta un complejo manejo del que se ha ocupado principalmente la jurisprudencia, que adopta como tesis principal la prevalencia de la norma superior sobre los usos y costumbres de las comunidades ancestrales, omitiendo determinar el alcance de afectación a la autonomía jurisdiccional, que se produce por la complejidad de los sistemas y formas implementadas tradicionalmente por los pueblos indígenas, generando un conflicto con dos dimensiones que afectan la aplicación de las normas y procedimientos de cada comunidad, así como la consolidación de formas administradoras de justicia⁶⁹⁸.

Razones por las cuales, la interpretación respecto de la independencia jurisdiccional indígena, se realiza en el marco de la interpretación exegética de las prescripciones constitucionales, encontrando a la Procuraduría General de la Nación competente para sancionar disciplinariamente a miembros de comunidades indígenas en los casos en que administren recursos públicos, atendiendo a criterios de competencia personal, territorial, institucional y objetiva (Corte Constitucional, 2014).

No obstante, se observa que la limitación o restricción que se genera en relación a la autonomía indígena, se presenta de manera horizontal en la aplicación de la Constitución y la Ley, en el entendido que de manera general se impone la sujeción, desconociendo particularidades como el grado de aislamiento de cada comunidad que varía según las características de cada grupo humano y que puede justificar el

⁶⁹⁸ CARRILLO GONZÁLEZ, Diana María. Jurisdicción Especial Indígena: ¿Mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas? Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2013. p. 176

desconocimiento de las actuaciones ejecutadas que son motivo de reproche, creando un ambiente de inimputabilidad cultural sustentada en el aislamiento⁶⁹⁹, posición doctrinal que se encuentra en ascenso y que se dirige a materializar de manera efectiva la plurinacionalidad bajo la adopción de elementos propios del concepto plurinacional.

De la misma manera, se colige que la aplicación del derecho disciplinario a las comunidades indígenas deviene de las relaciones especiales de sujeción reconocidas por la norma superior dentro del Estado moderno y, desarrolladas por la Ley, bajo el entendido que la persona vinculada con la administración, que ejerce funciones públicas o administra recursos del Estado (Servidores públicos y particulares), está sometida al control del mismo en ejercicio de potestades administrativas y, por ende a la restricción y limitación de sus derechos y garantías, siempre y cuando estén en juego los fines esenciales del Estado y la prevalencia del interés general, pero garantizando la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización en las restricciones de la misma a las necesarias para proteger los intereses generales superiores.

Lo anterior, se ha venido estudiando por la doctrina, en el contexto de las relaciones especiales de sujeción, en los siguientes términos:

[...] “Así las cosas, las RSE se definen constitucionalmente, en las puntuales restricciones o limitaciones de los derechos fundamentales, con el propósito de permitir que la Administración ejerza potestades unilaterales,

⁶⁹⁹ BLANCO BLANCO, Jacqueline. Tierra, autonomía y ancestralidad, una triada de poder al interior de la jurisdicción especial indígena en Colombia. En: Prolegómenos. Derechos y Valores. vol. XIV, (28), julio-diciembre, 2011. p. 39

en cumplimiento de las finalidades que le son propias, que, como sabemos, corresponden al servicio de los intereses generales. La restricción prevista expresamente en la Constitución debe suponer, una vez cumplida la reserva legal, el ejercicio de potestades administrativas, para que pueda configurarse el fenómeno de las RSE⁷⁰⁰

[...] “Evidentemente el entendimiento de las RSE, como relaciones jurídicas que se desenvuelven en el marco del Estado Social de Derecho, obligó a los doctrinantes a distinguir entre la estructura básica y la estructura de funcionamiento de la relación; En la primera están referidas las limitaciones mínimas y suficientes a las libertades y derechos de los subordinados en cada relación de sujeción especial, de modo que se cumpla con los propósitos constitucionales de contenido esencial, de limitación mínima, de restricción justificada, etc., que garanticen los derechos constitucionales de estos individuos; A su vez, por estructura de funcionamiento de organización se entienden concernidos todos los poderes de que goza la Administración sobre los individuos que integran la relación de sujeción especial como medios personales que son de dicha administración para el cumplimiento de los fines que rigen la correspondiente relación de sujeción especial”⁷⁰¹

[...] “El servicio de los intereses generales, por consiguiente, es el justificante del ejercicio de las potestades administrativas en una relación de sujeción especial y el soporte de los llamados deberes funcionales de quienes se encuentran sometidos a dicha relación”⁷⁰²

⁷⁰⁰ MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. 2005. Op. cit. p.50

⁷⁰¹ Ibid. p. 67-68

⁷⁰² Ibid. p. 71

CONCLUSIONES

Para concluir, se observa que la diversidad social, cultural y política desarrollada en gran parte del continente americano, se encuentra marcada por acontecimientos históricos de origen colonial, los cuales repercuten en los ordenamientos jurídicos de los países latinoamericanos, orientándolos a la construcción de sociedades diversas, que con el fenómeno del constitucionalismo, buscan el reconocimiento como comunidad social activamente política, que está llamada a la inclusión social y el reconocimiento de derechos.

Por otro lado, la función pública no se presenta ajena al escenario de integración social presente en las constituciones de México, Ecuador, Bolivia y Colombia, se destaca principalmente por orientarse a la consecución de los fines del Estado, además de facilitar el desarrollo de las relaciones entre las instituciones y los asociados, basándose en una relación de legalidad que garantiza la objetividad en los procedimientos. Sin embargo, la desviación en el ejercicio de las funciones legales de los servidores públicos, ha conllevado a la consolidación del Derecho Disciplinario como un instrumento de prevención y de corrección de conductas que afectan el servicio público, que encuentra características propias en cada ordenamiento jurídico en donde se materializa, reflejando con ello las relaciones de sujeción que emanan del marco constitucional y de la Ley.

El ejercicio de la función pública relacionada con la inclusión de las comunidades indígenas en los estados modernos y la capacidad que desarrollan para ejecutar las acciones del Estado en pro de su bienestar, ejerciendo una función pública circunstancial, genera un fenómeno que

alude principalmente a la autonomía de las comunidades y la facultad que tiene el Estado para adecuar las conductas de los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas, toda vez que por la función que desarrollan, se vinculan al régimen disciplinario del Estado. No obstante, los ordenamientos jurídicos de cada país se destacan por conservar rasgos particulares que obedecen a la tradición jurídica de cada país y al marco constitucional sobre el cual sustentan sus decisiones, permitiendo una relación especial de sujeción, que tiene más o menos autonomía según el Estado.

Por su parte, el régimen jurídico mexicano, que se desarrolla a partir de la Constitución de 1917, contempla el concepto de la pluriculturalidad de la nación, que se enriquece gracias a la diversidad étnica ubicada en ese territorio, vinculando a las constituciones federales a la preservación de la diversidad cultural y al favorecimiento de las comunidades étnicas en condiciones diferenciales de la población general. Los sujetos disciplinables, de conformidad con la Ley General de Responsabilidades Administrativas son, los servidores públicos, ex servidores públicos y particulares vinculados con faltas administrativas graves, las cuales refieren directamente a conductas de corrupción. Los sujetos pertenecientes a comunidades indígenas no se vinculan a la norma disciplinaria, atendiendo a la prevalencia que otorga el constituyente a la autonomía de las comunidades.

La jurisprudencia y la doctrina mexicana, reafirman la posición legal, en el entendido que es relevante conservar la autonomía indígena sin sujeción a las normas nacionales, toda vez que, la afectación a las normas

tradicionales y las instituciones comunales indígenas, afecta su núcleo de conservación.

Es pertinente precisar, que las relaciones de sujeción que se expresan en el marco constitucional mexicano, no contemplan la posibilidad de vincular a un miembro perteneciente a una comunidad indígena a la aplicación de normas disciplinarias, en el entendido que la incursión del derecho estatal vulnera de cualquier forma la autonomía de las comunidades, las cuales pueden acceder a las intervenciones del Estado, por intermedio de sus representantes, los que si se vinculan al cumplimiento de la Constitución y la Ley.

De igual forma, el Estado ecuatoriano ha diseñado un marco jurídico de rango constitucional para la protección de las comunidades indígenas, otorgando independencia en el manejo jurisdiccional, como resultado de la conformación de una nación única pluricultural. La norma superior, contempla el régimen de responsabilidades para los servidores públicos y se encuentra desarrollado por la Ley Orgánica del Servicio Público, la cual contiene un catálogo de contravenciones al ordenamiento jurídico, consagrando normas disciplinarias sancionables por acción u omisión en el ejercicio de sus funciones. A diferencia del modelo mexicano, la Ley Orgánica del Servicio Público si contempla la sujeción con respecto a los servidores públicos, siendo sujetos disciplinables los miembros de comunidades indígenas que se desempeñen laboralmente en la Jurisdicción Especial Indígena.

En materia jurisprudencial, se observa una sujeción a principios constitucionales del Derecho Disciplinario, sin desarrollar en gran medida las

relaciones especiales de sujeción que se dan con ocasión a la función pública. En relación con la autonomía de las comunidades indígenas, se destaca la necesidad de que la autonomía jurisdiccional de las comunidades indígenas, se conserve con la independencia en la aplicación normativa propia de cada comunidad, exaltando la óptica constitucional y los avances de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tomando distancia de la interpretación exegética constitucional, que se complementa con las posturas doctrinales que presentan la sujeción en un ámbito relativo, que obedece al reconocimiento de la multiculturalidad y la colonialidad para asimilar sus particularidades y aplicar acertadamente una u otra norma.

Con una diferencia en la concepción de la pluralidad con respecto a México y Ecuador, enriquecido con el reconocimiento de sus raíces culturales, el pueblo boliviano, en ejercicio de su soberanía dictó la Constitución Plurinacional del Estado boliviano, que abandona la concepción moderna del estado único nacional, para generar un reconocimiento de diversas naciones que adoptan un cuerpo normativo para su coexistencia, que impone grandes retos al Estado, pero que responde al reconocimiento de la realidad como población diversa. La relación con las comunidades indígenas presenta las características de autonomía, conservación de autoridades, el derecho colectivo a la tierra y la incursión parcial en las decisiones de Estado. El Derecho Disciplinario es fragmentado y corresponde a cada institución definir el catálogo de faltas con excepción de las señaladas en la Ley 2027 de 1999. Concibe las relaciones especiales de sujeción sin determinar de manera expresa la sujeción de las comunidades indígenas.

La doctrina y la jurisprudencia, de manera uniforme desbordan el análisis con respecto a la multiculturalidad, que se configura como un instrumento jurídico de carácter dinámico, que responde a la realidad diversa de naciones en el Estado boliviano, conservando la independencia y el respeto a las disposiciones políticas, económicas, jurídicas y sociales, que se adopten en el marco de la autonomía, encontrando límites en la constitución, que está llamada a resolver las controversias con sujeción a sus tradiciones.

Finalmente, el sistema jurídico colombiano contempla las relaciones especiales de sujeción para los servidores públicos, a partir de la responsabilidad atribuida a los agentes del Estado, que emana de la Constitución y que se complementa con los desarrollos legales que integran el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, reglamentos y normas disciplinarias, entre otras, con el fin de buscar el desarrollo adecuado de la función pública que asegura la consecución de los fines del Estado. Esta relación de carácter constitucional y legal, contempla de manera expresa la aplicación de normas disciplinarias a miembros de comunidades indígenas, en los casos en que ejerzan funciones públicas o administren recursos del Estado, marcando una diferencia con respecto a México, Ecuador y Bolivia.

La jurisprudencia colombiana, ha incursionado activamente en determinar el grado de afectación a la autonomía de las comunidades indígenas, en los casos en que se presentan conflictos de competencia con la jurisdicción ordinaria. Esta situación expresa la necesidad de interpretar directamente la norma superior, para determinar los factores que resalten los límites de la autonomía indígena. La interpretación del tribunal constitucional, ha establecido la valoración de criterios personales, territoriales, institucionales

y objetivos, como determinantes para realizar una valoración objetiva, que vislumbra el marco de acción jurisdiccional.

Sin embargo, la doctrina ha interpretado que no todos los conflictos de competencia deben responder a los mismos factores, como los criterios personales, territoriales, institucionales y objetivos, teniendo en cuenta que en el marco de la autonomía otorgada a las comunidades indígenas, se consolida la aplicación de normas propias, que responden a criterios culturales, los cuales no pueden sucumbir a la sujeción constitucional y legal en todo caso, en el entendido que esta autonomía adoptaría un significado simple y retórico, que puede sanearse respondiendo a un factor de integración, el cual debe ser examinado de tal manera que permita observar, que tan perjudicial concibe el grupo étnico el desconocimiento de normas constitucionales y legales, o que grado de separación de la sociedad moderna alcanza la comunidad, para interpretar las disposiciones constitucionales y legales que son ajenas a su concepción cósmica, partiendo de la premisa de que no se puede exigir el mismo grado de sujeción a una comunidad que no habla español, o que no ha tenido contacto con las actividades estatales, en comparación a una comunidad que participe activamente en las acciones del Estado o que este más relacionada con la sociedad en general, configurándose un punto de observación fundamental, en donde se puede determinar el grado de afectación a la autonomía de las comunidades indígenas.

Por consiguiente, es posible sintetizar del presente análisis las siguientes ideas generales:

1. En primer lugar, el reconocimiento unánime en el ámbito constitucional de la autonomía de las comunidades indígenas, bajo el amparo del pluralismo (diversidad étnica y cultural), en los 4 estados analizados.

2. Reconocimiento expreso de algunos de los estados respecto de la figura de las relaciones especiales de sujeción con las comunidades indígenas, cuando estas ejercen funciones públicas, por vigencia de la Constitución o la Ley.

3. Aceptación en términos generales de limitaciones y restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, en el marco de un Estado moderno, cuando estas ejercen funciones públicas y, se encuentran en juego intereses superiores, es decir, intereses generales. Lo anterior, con fundamento en las potestades del Estado.

4. En consecuencia, con base en las relaciones especiales de sujeción, que devienen de la norma superior y la Ley, se reconoce en el ordenamiento jurídico de algunos de los estados objeto de estudio, con sus respectivas particularidades, la posibilidad que, el Derecho Disciplinario se aplique a los indígenas cuando ejerzan funciones públicas.

5. La obligación del Estado de garantizar la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y la minimización en las restricciones de la misma a las necesarias.

6. De lo expuesto, se colige inicialmente que disciplinar a los indígenas cuando ejercen funciones públicas en su condición de particulares y, en el marco de las relaciones especiales de sujeción, es una manera efectiva de integrar a las comunidades indígenas al Estado moderno y, por ende, una forma de reconocimiento a la autonomía y diversidad étnica, entre otros derechos y garantías.

7. Situaciones planteadas que son viables mediante un instrumento jurídico (Ley de coordinación) del Estado con las comunidades indígenas,

para la protección efectiva de sus derechos y garantías, de acuerdo a los diferentes enfoques de los estados latinoamericanos y, con el fin de equilibrar la autonomía de los indígenas respecto del ejercicio de la función pública.

8. Establecer por vía jurisprudencial y doctrinal, la creación o construcción de reglas y criterios propios de interpretación para la aplicación del Derecho Disciplinario a las comunidades indígenas, en esas particulares relaciones de sujeción de estas con el Estado, cuando ejerzan funciones públicas y, en protección de los intereses generales superiores.

9. De lo contrario, estudiar la posibilidad de acudir a las sub-reglas y criterios de interpretación creados por la jurisprudencia para la definición de la competencia de la jurisdicción especial indígena, en la resolución de los conflictos de competencia entre esta y el sistema judicial nacional, para utilizarlos en resolver los conflictos que se presenten con los indígenas en materia disciplinaria.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA, Ileana; ARROBO RODAS, Nidia; y OJEDA SEGOVIA, Lautaro. Autonomía indígena frente al Estado nación y a la globalización neoliberal. Quito: Abya-Yala, 2005.
- ARAGÓN ANDREADE, Orlando. Los sistemas jurídicos indígenas frente al derecho estatal en México. Una defensa al pluralismo jurídico. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado (118). 2007.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE BOLIVIA. Constitución Política del Estado de Bolivia. (7 de febrero de 2009)
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE ECUADOR. Constitución Política del Ecuador. (20 de octubre de 2008)
- ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL BOLIVIANA. Ley Orgánica del Ministerio Público. (12 de julio de 2012). Gaceta Oficial 396NEC
- ASAMBLEA LEGISLATIVA PLURINACIONAL DE BOLIVIA. Ley Orgánica del Ministerio Público de Bolivia, (11 de julio de 2012).
- ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR. Ley Orgánica de Servicio Público. (LOSEP). (06 de octubre de 2010)
- ÁVILA SANTAMARÍA, Ramiro. ¿Debe aprender el derecho penal estatal de la justicia indígena? En: Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador. Quito: Abya-Yala, 2012.
- BLANCO BLANCO, Jacqueline. Tierra, autonomía y ancestralidad, una triada de poder al interior de la jurisdicción especial indígena en Colombia. En: Prolegómenos. Derechos y Valores. vol. XIV, (28), julio-diciembre, 2011.
- CARRILLO GONZÁLEZ, Diana María. Jurisdicción Especial Indígena: ¿Mecanismo de fortalecimiento o debilitamiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas? Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2013.

BONFIL, Guillermo. Utopía y Revolución. El pensamiento político de los indios en América Latina. México: Nueva Imagen, 1981.

CONGRESO DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA. Constitución Política de Colombia. (julio 6 de 1991).

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA. Ley 1952 (28 de enero de 2019). “Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el Derecho Disciplinario” Diario Oficial No. 50850

CONGRESO DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE OAXACA. Ley Orgánica de la Procuraduría para la Defensa del Indígena del Estado de Oaxaca. (8 de octubre de 1994). Periódico Oficial del Estado de Oaxaca del. México.

CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Ley General de Desarrollo Social. (20 de enero de 2004).

CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ley General de Responsabilidades Administrativas. (18 de julio de 2016)

CONGRESO NACIONAL BOLIVIANO. Ley 2027. (27 de octubre de 1999) “Estatuto del Funcionario Público”. Gaceta Oficial 2176 del.

CORDERO PONCE, Sofia. Autonomía Indígena y Estado Plurinacional en Bolivia. En: Journal de Comunicación Social 3 (3). 2015.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. (2014). Sentencia C-463. (9 de julio de 2014). [M.P. María Victoria Calle Correa].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-127 (18 de febrero de 2003). [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-127 (18 de febrero de 2003). [M.P. Alfredo Beltrán Sierra]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-341 (25 de junio de 1996) [M. P. Antonio Barrera Carbonell]

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-349. (8 de agosto de 1996). [M.P. Carlos Gaviria Díaz].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-617. (5 de agosto de 2010) [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-921 (5 de diciembre de 2013). [M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub].

CORTE CONSTITUCIONAL ECUADOR. Sentencia 0210-2009-EP. (2009).

CORTE CONSTITUCIONAL ECUADOR. Sentencia 027-16-SIS-CC. (2016). Caso N. 00056-11-IS.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Sawhoyamaxa vs Paraguay. (2006).

DAZA PÉREZ, Mario Felipe. Naturaleza jurídica del Derecho Disciplinario ¿Autónoma o Independiente? En: Actualidad Jurídica Edición, 2010. p. 59

DEFENSORÍA DEL PUEBLO. Sin los pueblos indígenas no hay Estado plurinacional. La Paz: Editorial GRECO, 2010.

DUQUE DAZA, Javier. Las organizaciones políticas étnicas en Colombia. Los indígenas y las elecciones 1990-2006. En: Iberoamericana, VIII, (32), 2008.

ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales. En: Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. 2012.

GARCÍA, F. Peritaje antropológico solicitado por la Primera Sala de la Corte Constitucional para el período de transición, en la causa signada con el Nro. 0210- 2009-EP, acción extraordinaria de protección planteada por el señor Silverio Saant Chapaik. Quito: Corte Constitucional. 2010.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del derecho Disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. ISBN: 9789587727173. 4ª ed

- HEREDIA SÁNCHEZ, Édgar. Los pueblos indígenas en México y la CNDH. 2006.
[En línea] Disponible en: <<http://bit.ly/32RfZWS>>
- MAYORGA, Fernando. Estado plurinacional y democracia intercultural en Bolivia. En: RBCS Vol. 32 (94), 1-14.2017.
- MEJÍA OSSMAN, Jaime y SAN MARTÍN QUIÑONES, Silvio. Procedimiento Disciplinario. Bogotá: Doctrina y Ley Primera Edición, 2004. ISBN: 9586762793
- MOLANO LÓPEZ, Mario Roberto. Las relaciones de sujeción especial en el Estado Social. En: Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público. (9). 2005.
- MONTES BERTEL, Ibeth. El Estado y a la autonomía de los pueblos indígenas en Colombia. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2017.
- OSORIO CALVO, Carlos Alberto. Autonomía indígena y democracia en Colombia. En: El Ágora (1), 2017.
- PERALTA OSPINA, Pablo. Estado plurinacional y autogobierno territorial. Demandas indígenas en Ecuador. En: La autonomía a debate autogobierno indígena y Estado plurinacional en América Latina. Quito: Flacso, 2010.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Pablo. Sangre y mestizaje en la América Hispánica. En: Anuario colombiano de historia social y de la cultura (35). 2008. p. 298
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eli. Jurisdicción indígena en ordenamiento jurídico mexicano. Jurídica. En: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana.
- RUEDA CARVAJAL, Carlos Eduardo. El reconocimiento de la jurisdicción especial indígena dentro del sistema judicial nacional en Colombia. El debate de la coordinación. Bogotá: Universidad del Rosario, 2008
- SÁNCHEZ HERRERA, Esiquio Manuel. Dogmática Practicable del Derecho Disciplinario, Bogotá: Nueva Jurídica, 2016. ISBN: 9789588450766.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MÉXICO. (2015). Acción de Inconstitucionalidad 83 y sus acumuladas 86/2015, 91/2015 y 98/2015. Ministro Ponente. Jorge Mario Pardo Rebolledo.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN MÉXICO. Controversia Constitucional 32. (2012). [M.P. Margarita Beatriz Luna Ramos].

TRIBUNAL PLURINACIONAL CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA. Sentencia Constitucional Plurinacional 0060/2016. (2016). [M.R. Macario Lahor Cortez Chávez].

CONCLUSIONES GENERALES

Conclusiones finales del proyecto

TITULO I

Hoy la relación jurídica funcional en Colombia de la cual se deriva la potestad disciplinaria se fundamenta tímidamente en la teoría de ascendencia germana de las relaciones especiales de sujeción, cimientos, estructura y arquitectura, de la Ley 734 de 2002 y de la Ley 1952 de 2019. La figura data del siglo XIX pues nace en el Imperio Prusiano, y ha logrado sobrevivir a la caída del Imperio de la Alemania Guillermina, al periodo del Nacional Socialismo y a dos guerras mundiales; sin embargo, el debate sobre su existencia o abandono definitivo se empezó a dar en Alemania hace sesenta y tres (63) años, en donde se encuentra constitucionalizada en la Ley Fundamental de Bonn de 1949; en España hace veintiséis (26) años por Mariano López Benítez e Iñaki Lasagabaster Herrarte, entre otros autores, en Colombia se observan algunos atisbos de lo que puede ser una gran aportación.

TITULO II

El Estado en el ejercicio de sus funciones ha dotado de autoridad y revestido de poder a los servidores que lo integran y representan frente a la sociedad, concediéndoles en consecuencia una serie de derechos y prerrogativas de orden laboral, así como de investidura de mediadores y administradores en la sociedad, exigiendo en consecuencia de esta misma manera un comportamiento por parte del servidor, quiera debe acogerse a una serie

de deberes y prohibiciones que buscan garantizar de manera correcta el cumplimiento de sus fines constitucionales.

La construcción de un concepto debe partir desde los fundamentos de su origen, razón suficiente para permitirnos hablar de una relación de subordinación y de poder entre el servidor público y el Estado, quien impone una serie de cargas soportables al servidor público que de manera voluntaria, a excepción de las personas privadas de libertad, desea hacer parte de la investidura de representación del Estado, permitiéndose así una serie de restricciones en sus derechos en aras de garantizar el cumplimiento de los fines del Estado, así como de la satisfacción del cumplimiento de sus deberes y especialmente de sus funciones para las cuales ha sido integrado al Estado.

De esta manera podremos definir las Relaciones Especiales de Sujeción como una categoría dogmática que fundamenta la existencia de una relación jurídica especial que describe la integración del individuo a la estructura del Estado, invistiéndolo de autoridad, y poder para el cumplimiento y ejecución de los fines del Estado, relación rodeada por el respeto de los principios constitucionales y las garantías fundamentales, pero con la imposición de una serie de deberes y obligaciones que implica una responsabilidad disciplinaria frente a su deber funcional.

TITULO III

Resulta claro que la relación que existe entre el Estado, entendido como organización y sus habitantes, deriva una serie de relaciones que al ser abordadas desde el punto de vista del Derecho, asumen condiciones

especiales; dibujándose en consecuencia, un vínculo general de sujeción entre los ciudadanos y el Estado, el cual llanamente nace por el hecho que aquellos pertenezcan al mismo, lo que conlleva ciertos imperativos que se hacen exigibles cuando se traslucen en un marco normativo (Poder Sancionador).

Así las cosas, inequívoco resulta concluir que la organización Estatal, para que resulte eficaz, debe arraigar un orden que se entronice en el comportamiento de quienes lo integran, para lograr su eficacia; pues las libertades absolutas no existen o no deben existir, entendiéndose que fincar un Estado Anárquico, implica concebir su desmoronamiento, a partir de las libertades personales ejercidas sin ningún tipo de control o vigilancia.

En esta línea argumentativa, y desde esa óptica bien resultaría admisible afirmar que existe una relación de sujeción únicamente entre el Estado y "ciertas personas", sin embargo, debe expresarse que esta predica ata a todo el conglomerado social, es decir, igual existen unas relaciones de sujeción, que, aunque generales, son un vínculo entre la institucionalidad y cada uno de los administrados.

TITULO IV

Es claro que existe un vínculo general de sujeción entre los ciudadanos y el Estado el cual nace por el hecho de ser parte del mismo, lo que conlleva ciertas obligaciones y deber de obediencia a un marco jurídico que lo regula y que se encarga de sancionar a quien infrinja estas disposiciones normativas, ahora bien, cuando se habla de relaciones especiales de sujeción se refiere a ese vínculo estrecho que existe entre unas personas

determinadas (funcionarios públicos y particulares que ejercen funciones públicas) y el Estado, presentando una relación distinta a la que se tiene con el resto de la población, ya que estos funcionarios son los encargados de la administración pública y son controlados y sancionados por el Estado en el despliegue de su actividad.

TITULO V

Según lo enseña el tratadista alemán Friedrich Karl von Savigny, para que una norma tenga sentido, esto es, para poder darle su alcance y verdadera interpretación, se requiere que sea compatible con la voluntad del legislador. En Colombia, por voluntad del legislador primario, esto es, el constituyente de 1991, se dispuso en el artículo 6° de la Carta Política, adoptar la figura de responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos, decisión desarrollada a través de otros siguientes artículos constitucionales, y plasmada a través de las leyes disciplinaria comúnmente conocidas como Código Único Disciplinario y Código General Disciplinario.

Y es que contrario con lo que sucede con la generalidad de los particulares y su ámbito de relaciones generales de sujeción contenidos en el artículo 16 constitucional, el cual reconoce el derecho al libre desarrollo de su personalidad que le asiste al común de los individuos, con el único límite del respeto a los derechos de los demás y el de cumplir con el ordenamiento jurídico, la Constitución y la ley le imponen a los servidores públicos, adicionales deberes para con el Estado, por la relación jurídica que el cargo desempeñado representa, denominados comúnmente Relaciones Especiales de Sujeción.

Aceptando que el término Relaciones Especiales de Sujeción no se encuentra expresamente plasmado en nuestra Carta Política con esta u otra similar denominación, no se puede desconocer que dicha categoría dogmática surge, como ya se señaló, de la interpretación del contenido del artículo 6º constitucional; Así, desde los albores de la Corte Constitucional, ha sido reconocida y analizada en sus diversas providencias, institución bajo la cual, a través de la jurisprudencia y con la ayuda de avezados doctrinantes criollos, ha sido el cimiento para reconocer la autonomía e independencia del derecho disciplinario.

Y es que el Derecho Disciplinario, como rama del derecho sancionador, posee sus propias categorías dogmáticas de tipicidad y culpabilidad, las cuales, aunque comparten denominación, difieren en concepto de las del derecho penal, aparte de otras exclusivas como la ilicitud sustancial, de suerte que las mismas conductas en las que un juez penal haya proferido una sentencia absolutoria, el operador disciplinario podrá en un momento dado y conforme a las categorías propias del derecho disciplinario ya enunciadas, proferir fallo totalmente contrario a la decisión penal, imponiendo al investigado la sanción disciplinaria a la que se hiciera acreedor.

Explica el Profesor Gómez Pavajeau su denominación de categoría dogmática superior del derecho disciplinario a la figura de la Relación Especial de Sujeción, señalado que es incuestionable "... su factura genética "dogmática", toda vez que nace en el ámbito de la "Teoría General del Derecho", como expresión del conceptualismo y formalismo

jurídico” en búsqueda de la determinación y sistematización de los conceptos jurídicos fundamentales”⁷⁰³

Efectivamente a través de la teoría de las Relaciones de Sujeción Especial se legitima la existencia y fines del derecho disciplinario, dado que como se señaló en Sentencia C-280 de 1996, “el cumplimiento de funciones públicas implica la asunción de cargas especiales”⁷⁰⁴, como lo es precisamente la generada, con todos sus rigores, por el derecho disciplinario, dirigido tanto a los servidores públicos como a los particulares que cumplen funciones públicas, en casos de incumplimiento del primordial deber general que como tal les asiste, de propender por el buen funcionamiento del aparato estatal, sin que se pueda afirmar que el instituto en estudio otorga facultades ilimitadas al Estado, en cabeza de quien aplica la respectiva ley disciplinaria, para que desconozca los derechos fundamentales y garantías constitucionales y legales que les asiste a los sujetos procesales.

Se entiende como DOGMÁTICA DEL DERECHO DISCIPLINARIO, el método de estudio de las normas que conforman esta rama del Derecho, en búsqueda de una correcta y unificada interpretación de la ley disciplinaria.

Así, teniendo como punto de partida que la dogmática le otorga soluciones efectivas para la correcta interpretación y aplicación integral de la ley, en caso de vacíos, contradicciones o inconsistencias, podemos concluir además, que la dogmática disciplinaria es una efectiva herramienta para que al decidir los asuntos sometidos a su consideración, el operador

⁷⁰³ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario, 2017. Op. cit. p.23-24.

⁷⁰⁴ Sentencia C-280, 1996. Op. cit.

disciplinario, al momento de interpretar y de aplicar la ley disciplinaria, pueda solucionar satisfactoriamente los vacíos, contradicciones o incongruencias detectadas, garantizando con ello la efectividad de los principios que le asisten a los sujetos procesales, al igual que la prevalencia de la justicia y la efectividad del derecho sustantivo, fines últimos de la ley disciplinaria.

A manera de conclusión se puede afirmar que través de la dogmática disciplinaria se reduce el margen de error en la toma de decisiones disciplinarias. Más aún, contribuye a disminuir el margen de libertad que, bajo el amparo de la discrecionalidad para interpretar la ley, tiene el juez disciplinario en la toma de decisiones, reduciendo los posibles caprichosos atropellos mediante sanciones e inhabilidades desproporcionadas e inmerecidas que a través de la facultad sancionadora éste podría imponer. Es referente además de la aplicación efectiva del principio de igualdad contenido en los artículos 15 del CDU y 7° del CGD; y es que tanto procedimiento como sanción, deben ser adelantados y aplicados por igual a todos los destinatarios de la ley disciplinaria, sin diferencia alguna, salvo los criterios agravantes y atenuantes señalados por la propia ley, al momento de graduar la respectiva sanción.

TITULO VI

La categoría dogmática de relación especial de sujeción en Colombia, tiene como naturaleza jurídica la Constitución Política, en cuyo artículo 6, exige a los servidores públicos y a los particulares que ejercen función pública un deber de sujeción especial, por cuanto son responsables por infringir la Constitución y las leyes como los particulares, pero también por la

omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, lo que de suyo implica que los servidores públicos tienen un grado de subordinación con el Estado, a través de esa relación especial de sujeción (deber funcional).

Y es esa relación especial de sujeción, la que explica la razón de la existencia y la finalidad del derecho disciplinario y justifica el ejercicio de la acción disciplinaria, sobre las bases de un Estado Social y Democrático de derecho, titular de la potestad disciplinaria, donde se respeta la dignidad humana, el debido proceso, el principio de legalidad, y que aun cuando se presenta una limitación forzosa de los derechos fundamentales, esto obedece al tipo de relación especial, fundada en la observancia del deber funcional.

Con el derecho disciplinario se exterioriza la categoría dogmática de relación especial de sujeción que se explica por su misma naturaleza jurídica constitucional, toda vez que la potestad disciplinaria del Estado Social y Democrático de derecho coloca a los funcionarios públicos y a los particulares que ejercen función pública en una típica relación especial de sujeción, que será válida en cuanto cumpla con las exigencias que demanda el estado colombiano como son que se encuentre en la constitución, que sea legal, que se respeten los derechos fundamentales en especial el debido proceso y que los actos disciplinarios puedan ser objeto de un control judicial.

TITULO VII

El estudio de las Relaciones Especiales de Sujeción ha llevado a la imposibilidad de definir de manera completa esta figura jurídica y tampoco se ha logrado la unificación de criterios acerca de los elementos o

presupuestos que la conforman, por lo tanto, cada autor y doctrinante, tiene su propio concepto y clasificación de sus presupuestos.

La figura jurídica de las RES, presupone un vínculo con la Administración por parte de un individuo que conforma un grupo determinado o colectivo, el cual lo diferencia y distingue del resto de personas que, por sí mismas, tienen una relación general de sujeción con el Estado.

Por lo tanto, los presupuestos de esta figura jurídica se hallan inmersos en la definición o concepto que sobre las Relaciones Especiales de Sujeción haga cada estudioso del tema. En el caso que nos ocupa como aporte académico y teniendo como pretensión contribuir a una definición lo más completa posible de las RES, se puede predicar que estas se presentan en:

“Aquellos vínculos o sujeciones con arraigo constitucional que de manera voluntaria y permanente, se generan entre personas pertenecientes a un determinado grupo o colectivo con la Administración, que les otorga un estatus especial de dependencia y que, a diferencia de las relaciones generales de sujeción, les implica un sometimiento y vigilancia que tiene como razón de ser el acatamiento de los deberes y obligaciones impuestos por una determinada normatividad, estructurado en un tratamiento distinto respecto del ejercicio de los derechos fundamentales y de libertad, para el cumplimiento de los fines del Estado y del orden público”.

TITULO VIII

Las relaciones especiales de sujeción constituyen categoría dogmática del derecho disciplinario determinante en el análisis de la ilicitud sustancial, por tal razón no es procedente, ni pertinente, abandonarlas para en su lugar hablar de la condición del servidor público en el ámbito laboral y político, empero, a causa de la evolución del concepto, se hace necesario trascender a la interpretación de que constituyen la llana subordinación del servidor público al Estado como consecuencia de la atribución de una función pública, para dar paso a una nueva inferencia de adecuación como "relaciones especiales del servicio público", por las que el servidor público adquiere un status especial derivado de esa vinculación, de la que surge la exigencia no solo de actuar con transparencia en el cumplimiento de obligaciones y la observancia de deberes funcionales, sino, además, de obrar con honestidad y mantener una buena reputación."

TITULO IX

Aunque la Constitución Política de 1991, establece una cláusula general de competencia en materia disciplinaria en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, el mismo Constituyente, determinó que a los funcionarios de la Rama Judicial -esto es, aquellos que tienen a su cargo la función de administrar justicia (jueces y magistrados, con excepción de los que gozan de fuero constitucional)- deben ser investigados y sancionados disciplinariamente por la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Lo anterior significa que en la praxis disciplinaria existen mayores garantías para quienes están sometidos a una potestad disciplinaria en donde se dictan actos disciplinarios de naturaleza administrativa verbigracia los que emanan de la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Distritales y Municipales y las Oficinas de Control Disciplinario Interno, porque el acto se puede atacar ante la administración en procedimiento administrativo, pero también se puede atacar ante el Contencioso Administrativo, mientras que las providencias que emanan de la Jurisdicción Disciplinaria, son actos disciplinarios, pero de naturaleza jurisdiccional, que hacen tránsito a cosa juzgada y son verdaderas sentencias.

Y si compara la naturaleza de dichos actos disciplinarios con el derecho Constitucional vemos que el derecho de igualdad se ve afectado, porque quienes están sometidos a la jurisdicción disciplinaria (funcionarios de la rama judicial y ahora empleados de la rama judicial y los mismos abogados en el ejercicio de su profesión) no pueden acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para que se revise la legalidad de la actuación.

TITULO X

A partir de la sentencia del 14 de marzo de 1972 proferida por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, se deja en claro que la categoría de las relaciones especiales de sujeción, debe ser modulada de acuerdo con los parámetros que establece el modelo de Estado Social de Derecho, esto es, que si bien las relaciones especiales de sujeción se mantienen en el servicio público, su carácter de fundamento dogmático de la facultad sancionatoria, se debe ajustar a principios constitucionales como la reserva de la ley, la legalidad y sobre todo a los derechos fundamentales. Para el

caso español y colombiano, se mantiene la finalidad que tenían estas relaciones especiales de sujeción en la monarquía constitucional alemana.

La jurisprudencia constitucional da cuenta de ella, eso sí llama la atención el desconocimiento de principios de raigambre constitucional como el de legalidad, reserva de la ley y garantía de derechos fundamentales, pues dicha figura no se encuentra consagrada en normatividad alguna, recordando que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio de la Ley, pues la doctrina y la jurisprudencia son criterios auxiliares en la actividad judicial.

TITULO XI

En los países latinoamericanos (México, Ecuador, Bolivia y Colombia), los Estados se instituyeron como Estados democráticos de derecho, Pluriétnicos, Multiculturales que reconocen la diversidad étnica y cultural de los pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas existentes en sus territorios; además de reconocer autonomía jurisdiccional en cada uno de los Estados para investigar y sancionar las conductas de sus miembros dentro de su ámbito territorial, con excepción en algunas áreas del derecho como disciplinario o administrativo, algunas conductas en materia penal, civil, laboral y agrario.

TÍTULO XII

La diversidad social, cultural y política de gran parte del continente americano, se encuentra marcada por acontecimientos históricos de origen colonial, los cuales repercutieron en los ordenamientos jurídicos de los países

latinoamericanos, orientándolos a la construcción de sociedades diversas, que, con el fenómeno del constitucionalismo, buscan el reconocimiento como comunidad social activamente política, que está llamada a la inclusión social y el reconocimiento de derechos.

Lo anterior, implica un reconocimiento unánime en el ámbito constitucional de la autonomía de las comunidades indígenas, bajo el amparo del pluralismo (diversidad étnica y cultural), en los 4 estados analizados.

Igualmente, la función pública no se presenta ajena al escenario de integración social presente en las constituciones de México, Ecuador, Bolivia y Colombia, destacándose principalmente por orientarse a la consecución de los fines del Estado, además de facilitar el desarrollo de las relaciones entre las instituciones y los asociados, basándose en una relación de legalidad que garantiza la objetividad en los procedimientos. Sin embargo, la desviación en el ejercicio de las funciones legales de los servidores públicos, ha conllevado a la consolidación del Derecho Disciplinario como un instrumento de prevención y de corrección de conductas que afectan el servicio público, que encuentra características propias en cada ordenamiento jurídico en donde se materializa, reflejando con ello las relaciones de sujeción que emanan del marco constitucional y de la Ley.

En consecuencia, el ejercicio de la función pública relacionada con la inclusión de las comunidades indígenas en los estados modernos y la capacidad que desarrollan para ejecutar las acciones del Estado en pro de su bienestar, ejerciendo una función pública circunstancial, genera un fenómeno que alude principalmente a la autonomía de las comunidades y la facultad que tiene el Estado para adecuar las conductas de los servidores

públicos y los particulares que ejercen funciones públicas, toda vez que por la función que desarrollan, se vinculan al régimen disciplinario del Estado.

Escenario que conlleva al reconocimiento expreso de algunos de los estados mencionados respecto de la figura de las relaciones especiales de sujeción con las comunidades indígenas, cuando estas ejercen funciones públicas, por vigencia de la Constitución o la Ley. No obstante, que los ordenamientos jurídicos de cada Estado se destacan por conservar rasgos particulares que obedecen a la tradición jurídica de cada país y al marco constitucional sobre el cual sustentan sus decisiones, permitiendo una relación especial de sujeción, que tiene más o menos autonomía según el Estado.

Lo cual, comporta la aceptación en términos generales de limitaciones y restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas, en el marco de un Estado moderno y en el contexto de la figura de las relaciones especiales de sujeción, cuando estas ejercen funciones públicas y, se encuentran en juego intereses superiores, es decir, intereses generales. Lo anterior, con fundamento en las potestades del Estado.

Por tal razón y, con base en las relaciones especiales de sujeción, que devienen de la norma superior y la Ley, se reconoce en el ordenamiento jurídico de algunos de los estados objeto de estudio, con sus respectivas particularidades, la posibilidad que, el Derecho Disciplinario se aplique a los indígenas cuando ejerzan funciones públicas.

De lo expuesto, se colige que disciplinar a los indígenas cuando ejercen funciones públicas en su condición de particulares y, en el marco de las

relaciones especiales de sujeción, es una manera efectiva de integrar a las comunidades indígenas al Estado moderno y, por ende, una forma de reconocimiento a la autonomía y diversidad étnica, entre otros derechos y garantías.